QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

22

(1993)

Per Federico Cammeo

giuffrè editore milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

PAGINA INTRODUTTIVA

Ecco un Quaderno, di cui il Redattore si compiace, perché è testimonianza viva di quel banco comune di lavoro fra storici del diritto e cultori del diritto positivo, che appare nel programma scientifico della nostra Rivista fin dal suo nascere. Per questo volume il compiacimento è inoltre specialissimo per almeno tre ragioni: è una ricerca collettiva, che trova la sua sollecitazione prima nello stimolo di un cólto ed intelligente studioso del diritto pubblico italiano, Giuseppe Morbidelli; è stata progettata — con collaborazione paritaria — insieme a valenti colleghi amministrativisti; serba nella propria struttura una assoluta prevalenza dei loro contributi scientifici. Senza forzature, con una spontaneità autentica che è segno indubbio di una meritoria sensibilità culturale, il giuspubblicista lascia per un momento l'incandescenza del suo attuale sapere per chinarsi con umiltà e rispetto a meditare su una grande riflessione del passato, forte della certezza che attraverso quella riflessione si individuano con limpidità radici del presente e del presente si possono comprendere meglio viluppi e sviluppi; un passato — quello segnato dai ' classici ' del pensiero giuridico — svincolato dalla mortificazione delle contingenze temporali ed anzi legato con l'oggi da intensa continuità spirituale, ed anzi gremito di quel futuro che siam tutti — storici e non — impegnati a costruire.

Il giurista italiano non ha bisogno di motivazioni sostanziali per giustificare la scelta del personaggio Federico Cammeo quale oggetto di un intiero volume dei nostri Quaderni e, perciò, di una grossa indagine collettiva; con Cammeo egli ha infatti dovuto fare i conti per tutto lo svolgersi del Novecento, come è dimostrato dal recupero che compieva all'inizio degli anni Sessanta Giovanni Miele di un suo « Corso di diritto amministrativo » citatissimo ma rimasto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

confinato nell'esilio delle edizioni litografiche ad uso degli studenti, come è dimostrato appena ieri dalla riproposizione che di quel ' Corso ' (unitamente alle « Lezioni di procedura civile ») ha fatto Alberto Trabucchi inserendolo nella sua ' Collana ' di Classici della Casa Editrice Cedam.

È per i giuristi non-italiani (che pur rappresentano parte non indifferente dei lettori dei Quaderni) che si devono spendere alcune righe introduttive: Cammeo può loro risultare meno noto per essere restata troppo tempo sottratta a una più larga attenzione la sua produzione didattica e per assumere la porzione più rilevante della sua opera o il carattere formale di commento a leggi italiane o il carattere frammentario della annotazione di un giudicato particolare; con il rischio di apparenti connotazioni provincialistiche. Al contrario, sono convinto che la sua riflessione, isolata e antesignana nel contesto culturale e tecnico da cui scaturì e in cui si inserì, culturalmente e tecnicamente assai aperta, curiosissima verso esperienze straniere e sempre protesa alla comparazione, meriti di essere riproposta e additata anche fuori dei confini italiani. È un'opera scientifica che si snoda dal 1892, data di apparizione della prima nota a sentenza sulla ' Giurisprudenza italiana ', al 1938, quando le infami leggi italiane sulla razza costrinsero l'israelita Cammeo al silenzio (sarebbe morto l'anno dipoi, nella più completa prostrazione), e che investe le branche più varie del sapere giuridico, dal diritto civile e commerciale al diritto processuale, al diritto pubblico nei più diversi aspetti ma soprattutto nella sua manifestazione più delicata di ' diritto amministrativo '. Qui lo scavo lungo e costante di Cammeo fu particolarmente incisivo: in un momento in cui, nel rapporto fra cittadino e amministrazione pubblica, si conclamava il primato e la superiorità di questa con una visione spiccatamente autoritaria e con la conseguente orditura del diritto amministrativo quale territorio assolutamente separato e sorretto da regole ad esso soltanto peculiari e riservate, alta e sicura si levò la voce del Nostro nel tentativo — allora solitario — di trasferire anche in questo ramo dell'ordine giuridico principii e schemi della tradizione civilistica, di cogliere il rapporto fra cittadino e amministrazione come paritario, di recuperare al massimo la posizione del cittadino nella pienezza delle sue libertà. Un messaggio di straordinaria freschezza per il giurista di oggi e di domani, che può consentirci di qualificare grande la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

testimonianza di Federico Cammeo senza timore di incorrere in affermazioni basso-retoriche e trionfalistiche (timore da cui non si è lasciato sfiorare Massimo Severo Giannini, cultore acutissimo del diritto pubblico positivo, che ha voluto un simile aggettivo nello stesso titolo del contributo col quale si apre il Quaderno).

Questo solo voglio ora sottolineare e — ripeto — unicamente per invogliare alla lettura il giurista non-italiano. Certamente, è solo un accenno, e riduttivo di un'opera che si impone per ricchezza e complessità notevoli, ricchezza e complessità ben rispecchiate e valorizzate nel presente volume, che costituisce l'approfondimento di una personalità che ha avuto il privilegio di esercitare sempre nei suoi scritti tre virtù somme (e rare a vedersi congiunte in uno stesso giurista): sensibilità acuta del metagiuridico, e quindi intelligenza dei segni dei tempi e coscienza del mutamento; e parimente, padronanza perfetta di una conoscenza tecnica intesa quale essenziale sapere filtrante; infine capacità costruttive, e quindi sistematorie, sempre tuttavia partendo dal dato testuale, dal caso pratico o dal raffronto comparativo, quasi per non edificare a vuoto e in astratto il sistema giuridico. Il lettore non-italiano ha senza alcun dubbio qualcosa da apprendere dall'incontro con un personaggio siffatto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ABBREVIAZIONI DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE MAGGIORMENTE CITATE (*)

Arch.giur.	= *Archivio giuridico*
Dir.comm.	= *Il diritto commerciale*
Dir.proc.amm.	= *Diritto processuale amministrativo*
Foro amm.	= *Foro amministrativo*
Foro. it.	= *Foro italiano*
Giur.it.	= *Giurisprudenza italiana*
Giust.amm.	= *Giustizia amministrativa*
Rass.dir.pubbl.	= *Rassegna di diritto pubblico*
Riv.amm.	= *Rivista amministrativa*
Riv.dir. comm.	= *Rivista di diritto commerciale*
Riv.dir.proc.	= *Rivista di diritto processuale*
Riv.dir.proc.civ.	= *Rivista di diritto processuale civile*
Riv.dir.pubbl.	= *Rivista di diritto pubblico*
Riv.it.dir.pubbl.comun.	= *Rivista italiana del diritto pubblico comunitario*
Riv.it.sc.giur.	= *Rivista italiana per le scienze giuridiche*
Riv.trim.dir.proc.civ.	= *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*
Riv.trim.dir.pubbl.	= *Rivista trimestrale di diritto pubblico*

(*) Soltanto come ausilio per il lettore non-italiano si offre qui un elenco delle abbreviazioni usate nel citare — in seno al volume — le Riviste italiane di diritto positivo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MASSIMO SEVERO GIANNINI

FEDERICO CAMMEO IL GRANDE

1. Può forse essere interessante sapere che nella mia vita incontrai Federico Cammeo una volta sola, verso fine anni 38, in piena persecuzione razziale: egli era stato privato della sua cattedra a Firenze, ma moltissimi amici gli erano rimasti tali, come era successo per tanti ebrei del mondo della scienza. Non volli interessare del mio desiderio né Santi Romano, presidente allora del Consiglio di Stato, né mio padre, allora anche ambasciatore, perché avevano posizioni pubbliche che temevo di turbare (ma mio padre, quando poi lo seppe, se ne dolse: in materia di ebrei strillava con tutta la sua voce autorevole, ben più forte di quella di un pivellino come me). Ne chiesi allora al mio Maestro, Guido Zanobini, che difatti telefonò a Cammeo e fissò per me l'appuntamento. Mi recai dal Maestro con una trepidazione che non avevo mai avuta, ed egli mi accolse con quell'affettuosità che solo un Maestro può avere nei confronti di un giovane. Parlammo a lungo, si interessò dei temi che stavo studiando (non avevo ancora pubblicato nulla) e ci lasciammo, ma senza promesse.

Non ebbi più occasione di rivederlo perché l'anno dopo moriva. A differenza di un altro grande perseguitato, Ugo Forti, che incontravo spesso nelle sue venute a Roma (ma vi era tra noi l'intermediazione sottile degli Scialoja), e che più tardi, divenuto io capo di gabinetto al Ministero della Costituente, non esitai a proporre a Nenni, il quale del resto consentì sulla fiducia, come presidente della Commissione per gli studi giuridici per la Costituente.

Forse deve chiedere scusa al lettore di essermi abbandonato a questo ricordo personale; ma serviva solo per mostrare come Cammeo fu il solo dei « grandi » della mia giovinezza con cui non ebbi consuetudine di rapporti, e me ne dolsi tanto. Degli scritti di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Cammeo — credo tutti — non fui che un divoratore. Questa metafora letteraria non è fra le più belle, ma non so trovare espressione più esatta.

Di ogni cosa che scriveva Cammeo, fu porgitore elegante e forbito. Ma sempre mantenendo il suo dire nel campo della scienza giuridica, talora somma, come quando si occupava di problemi e di teorie generali.

Cammeo cominciò nel 1892 (a 20 anni) la sua attività di annotatore di sentenze, nella *Giurisprudenza italiana*, e la proseguì sino al 1938 (l'anno prima della morte). In tale rivista pubblicò anche, dal 1895 al 1931, dieci articoli; i più in materia processuale amministrativa (ma tra essi sono anche i noti scritti sullo stato d'assedio, sulle tasse, sulla prescrizione). I giovani Maestri fiorentini hanno raccolto questi scritti in fotocopia: formano, insieme, due bei volumi. Le note sono 152, e coprono 45 anni di studio. 4 sono di diritto privato, civile e commerciale, le altre spaziano su tutto il diritto pubblico, dal costituzionale, all'amministrativo, al tributario, all'ecclesiastico. Di quelle di diritto amministrativo, che costituiscono la maggioranza, la più parte riguarda il diritto processuale amministrativo, sia dei giudici amministrativi in senso proprio, che di altri giudici. Questo si spiega considerando che il diritto processuale amministrativo era nella sua maggior parte ancora da scrivere, e che Cammeo fu anche un grosso processualista, tanto che pubblicò un corso di diritto processuale civile e tenne l'insegnamento di tale disciplina dal 1906 al 1913, prima a Palermo poi a Bologna. Nel 1913, a Bologna, passerà definitivamente alla scienza del diritto amministrativo.

Le note a sentenze in diritto amministrativo e in altre, spessissimo della nota non hanno che la veste tipografica: in realtà sono scritti monografici su un tema di rilievo centrale della materia: basti ricordare quelle sulle concessioni comunali d'illuminazione, del 1894 (poi nel 1903), che fondò l'intera problematica; sugli atti del potere politico, del 1894, e sul ricorso gerarchico; due note del medesimo anno, sulle spese comunali di culto, del 1895; sull'azione popolare nei confronti di amministratori comunali, del 1895; sulla natura del diritto a pensione, del 1897; dello stesso anno, sui regolamenti d'organizzazione e sui provvedimenti definitivi. Poi sulle strade comunali (1905); indi le varie note sull'errore, il dolo e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la violenza nei provvedimenti amministrativi (1907, 1913, 1918, 1923), sulla motivazione dei provvedimenti (1908), sul dazio consumo (1908); sulla privativa postale (1910); sulla definitività dei provvedimenti (1911); sulle spese sanitarie (1911); sulla violazione delle circolari come eccesso di potere (1912 e 1920); sulle donne e gli impieghi pubblici (1921); sull'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato (1924); sugli impiegati degli enti pubblici (1927); sull'annullamento d'ufficio dei contratti (1928); sull'interpretazione autentica dei regolamenti (1936); sull'interpretazione autentica dei regolamenti (1936). L'elenco può sembrare lungo, ma sono state ricordate solo quelle principali di diritto sostanziale, e si può dire senza esagerazione che ciascuno di questi studi diveniva immediatamente un « classico » dell'argomento, da cui non si poteva più prescindere.

Le note a sentenza sono stati gli scritti che hanno dato a Cammeo la maggior fama sul piano scientifico. Però vi sono anche importanti scritti monografici. Prescindendo da scritti giovanili, come quello sulle « Questioni amministrative » del 1903, nel 1901 appare la monografia sulle « manifestazioni di volontà dello Stato » nel Trattato Orlando; nel medesimo Trattato è la monografia sulla sanità. Dell'anno 1903 è il preziosissimo « Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa ». Viene poi il più popolare corso « Lezioni di diritto amministrativo », in edizione litografica, tale rimasto fino alla ripubblicazione a stampa, che ne fece Miele nel 1960 (l'ultima edizione è del 1993).

Per completezza va ricordato che Cammeo pubblicò anche, in edizione litografica, un « Corso di diritto processuale civile », nel 1916, e poi le due opere che scrisse quando fu nominato consulente dello Stato Città del Vaticano, ossia il noto « Per la sistemazione e l'interpretazione dell'ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano » (in « Rivista di diritto pubblico », 1931), e « L'ordinamento giuridico dello Stato della città del Vaticano » (Firenze 1932), rimasti sino ad oggi gli studi fondamentali, sull'argomento.

Gli articoli non pubblicati sulla « Giurisprudenza italiana » sono pochissimi. Vi sono due articoli nella « Rivista di diritto commerciale » del 1903 e del 1919, il primo sui titoli del debito pubblico; tre sulla « Rivista di diritto pubblico » (1911, 1928 e 1931, quest'ultimo sullo Stato Città del Vaticano) e due voci, nel « Digesto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

italiano » e nell'« Enciclopedia giuridica ». Sono scritti di facile reperimento ed è superfluo dire che aprirono nuove prospettive nella scienza del diritto amministrativo.

Cammeo dunque scrisse dai 20 anni alla morte e sempre con vigore e maestria. Chi scorra l'indice delle note in Giur. it., o quello degli altri scritti, di una cosa si rende subito conto: che Cammeo è stato tra i giuristi stimolati dalla curiosità. Il non noto, il non studiato avevano su di lui un'attrazione singolare (del resto non si sarebbe applicato al diritto amministrativo a preferenza del processuale civile, se tale non fosse stata la sua inclinazione). Di ciò sono indice principale appunto le note in Giur. it. Basti considerare che taluni dei temi trattati da Cammeo hanno aperto la strada a tanti studi successivi: ricordiamo solo quelli sulla costituzionalità delle tasse (1899), sui trasporti comunali (1894), sugli ospizi dei catecumeni (1895), sulla vigilanza sulle opere pie (1897), sul calmiere (1899), sui consorzi (1903), sugli emigranti (1908), sul debito pubblico (1908), sui medici condotti (1913), sulle sovrimposte (1920), sull'energia elettrica (1927), sui giudizi di falsità, sui vizi degli atti amministrativi (in vari anni), e ciò per restare ai soli temi delle « note » non di diritto processuale.

Tutto ciò mostra come Cammeo fu un acuto ed elegante esegeta, attratto dall'analisi e dai risultati ricostruttivi, sempre di non comune rigore. Ma fu altresì un solido e preciso sistematico, com'è mostrato dalla monografia sulle manifestazioni di volontà dello Stato, e soprattutto dalle opere più ampie (il commentario e il corso). Il commentario in particolare costituì la prima ricostruzione sistematica della giustizia amministrativa, e dominò anche la giurisprudenza.

È raro trovare congiunti in un giurista attenzione esegetica e gusto sistematico: ma proprio per questo Cammeo è tra i sommi del suo tempo: tra i fondatori della scienza del diritto amministrativo è stato quello che ha arato più vasti campi, e ha ovunque proposto astrazioni durature, tanto che molti dei suoi elaborati reggono tuttora il tempo.

2. Se la produzione scientifica di Cammeo colpisce a primo impatto per la sua accuratezza e per la sua estensione, essa è anche, per il suo contenuto, di pregio non comune.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Secondo una diffusa consolidata opinione, la scienza del diritto pubblico, in Italia, ha avuto come fondatore Vittorio Emanuele Orlando, il quale aprì i nostri giuristi alla scienza tedesca, controbilanciando il pur importante influsso della dottrina francese. Non è facile dire delle linee portanti della ricostruzione di Orlando, che trattò di diritto costituzionale e, attraverso esso, l'intero diritto pubblico.

Ho già esposto altrove la vicenda successiva, che si può così sintetizzare: da Orlando presero le mosse tre maestri, che furono Santi Romano, Oreste Ranelletti e Federico Cammeo: tre temperamenti di studiosi che non ebbero nulla in comune tra loro, salvo, ovviamente, l'oggetto di studio e la dedizione alla ricerca.

I « Principi generali di diritto amministrativo » di Santi Romano, si aprono con due capitoli generali descrittivi (nozioni e fonti) e poi si sviluppano in nove « teorie » (teoria generale dei rapporti, dell'organizzazione, della protezione giuridica verso le pubbliche amministrazioni, delle limitazioni amministrative all'attività privata, delle prestazioni agli enti amministrativi, delle prestazioni degli enti amministrativi, della proprietà pubblica, del regime amministrativo della proprietà privata, dei rapporti di diritto privato degli enti pubblici). Tutte queste partizioni sono rimaste successivamente nella disciplina. Se ne sono aggiunte altre, ma come intavolazioni della materia, più che come « teorie » in senso proprio. Lo stesso Romano del resto non vi tornò su, nei corsi successivi (perché questi furono opere brevi, che coprivano al massimo due delle « teorie » dei « Principi »), però in tutta la sua opera posteriore è sempre rimasta la categorizzazione fortemente dogmatica. Nei « Principi » vi è di più: vi è il tentativo di pervenire proprio a delle teorie, a teorizzazioni pure e generali delle diverse materie, con l'elaborazione di principi e di concetti generali, di principi e di concetti subordinati, per giungere infine alle applicazioni positive.

Quel che sopratutto restò di Romano, fu l'ordine concettuale, largamente ripreso del resto anche dagli altri due maestri « fondatori », e rimane anche negli elaborati odierni. Si rilevi che, quanto alle fonti austro-tedesche, Romano ebbe presenti tutti i maggiori maestri, ma si ispirò sopratutto ai minori, elaboratori del diritto amministrativo in senso proprio.

Il contrario fu per O. Ranelletti, che portò in Italia tutto lo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Staatsrecht, nei suoi autori più brillanti; egli rese popolari in Italia personalità di studiosi come Laband, Jellinek, Gerber, ecc., e impostò la sua ricerca giuridica proprio in termini di « diritto dello Stato », nel senso autotedesco. Anche quando tratta temi di stretto diritto amministrativo, si avverte quasi che vi sono dei punti di arrivo del diritto dello Stato, che continuamente si riafferma presente. Talora anzi il diritto dello Stato è esposto come una premessa; talora anche lunga, alla materia amministrativa vera e propria: basti ricordare i « Principi », primo dei volumi del diritto amministrativo, in cui si allineano argomenti come la società, lo Stato e le funzioni « giuridica » e « sociale » dello Stato, il concetto di Stato, gli uffici e gli organi dello Stato, i poteri dello Stato e la loro divisione. Infine si giunge all'amministrazione dello Stato.

Ovviamente non in tutti gli scritti vi è siffatta distribuzione di materie. Ma in tutti si avverte che la statuizione amministrativa in senso stretto è un punto d'arrivo di un itinerario talora non esplicitato. E dal punto di vista della logica di tal modo di procedere non può essere che così. A titolo di esempio, la breve nota sull'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato (Riv. trim. dir. pubbl., 1951) muove dalla divisione dei poteri, quella sugli enti di diritto pubblico dall'inquadramento sindacale del personale (Rendiconti R. Istituto Lombardo di Scienze e lettere, 1942), e via di questo passo.

Il seguito che ebbe Ranelletti si spiega per questa inconsueta ampiezza di orizzonti, che poi, nella pratica, significava esporre anche il più piccolo dei problemi in un arco che toccava sempre i principi, onde il tutto diveniva più accessibile. Al criterio si attennero i suoi allievi, sì che ne risultò un preciso e denso movimento culturale.

Come ho già messo in evidenza altra volta, anche F. Cammeo trova nella sua scienza tedesca il suo tesoro, ma egli parte di più lontano, in quanto si ispirerà direttamente alla pandettistica. Questa aveva ormai permeato il diritto privato e il diritto processuale. Insigne studioso di questo secondo, come già avvertito, Cammeo trovò un canale diretto di accesso, che utilizzò appieno. Si è detto da alcuni che Cammeo sarebbe stato un pandettista applicato al diritto amministrativo italiano: giudizio, in sé, troppo elementare, però, con molte precisazioni, non inesatto.

Così Cammeo certamente possedette a fondo e applicò la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

metodologia della pandettistica dell'età d'oro, usando i modi d'approccio e gli ordini concettuali di questa anche come base metodologica. Anzi taluni degli ordini concettuali di questa sono ripresi mantenendosi invariato il contenuto: così, per fare degli esempi, quelli di rapporto giuridico, di diritto soggettivo, di validità ed invalidità.

Ancora nel « Corso di diritto amministrativo », la scrittura della materia è pandettistica: amministrazione e diritto amministrativo, fonti, applicazione del diritto soggettivo, rapporti giuridici, diritti soggettivi, soggetti, cose, prestazioni, vicende dei rapporti, fatti e atti giuridici, tutela dei diritti.

Tuttavia Cammeo deve essere salutato come colui che meglio espone e spiega la materia del diritto amministrativo. Perché?

Vi è chi dice che al perché non può rispondersi se non in termini personali, quasi a dire che per capacità intrinseche Cammeo era superiore agli altri due fondatori. Spiegazione inappagante perché la chiarezza che gli altri due fondatori dispiegano nell'esporre le nozioni e i concetti è quasi sempre inoppugnabile. Basterebbe pensare le nove teorie di S. Romano, che ancor oggi sono rimaste insuperate come inquadramento generale della materia; e per Ranelletti basterebbe solo aprire la tuttaltro che facile monografia sulle manifestazioni di volontà dello Stato, per constatare immediatamente la chiarezza dell'intelaiatura e degli sviluppi.

Gli è che Cammeo presenta le sue opere usando delle tessiture che da tempo erano entrate nell'uso comune, per opera della scienza del diritto privato e processuale; al lettore sembra dunque di trovarsi in un clima più familiare e più consueto; in cui tutte le asperità che nella precedente dottrina, specie dello scorso secolo, si rinvenivano negli scritti di diritto amministrativo (si pensi, da noi, al più celebrato di tali scrittori, il Meucci) di colpo si smorzano, recedendosi in un mondo in cui tutto, dai rapporti giuridici alla tutela dei diritti, è sistemato secondo moduli divenuti quasi familiari da un uso ripetuto continuo.

3. Più volte la dottrina del passato si è chiesta, ragionando su Cammeo, se egli, utilizzando così largamente i modelli pandettistici, riprendendo idee e concetti elaborati dalla pandettistica, utilizzando impostazioni e soluzioni di chiara derivazione pandettistica, non abbia voluto prendere posizione a favore di una tesi di unità della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scienza giuridica. Sta di fatto che Cammeo non si soffermò mai su questa problematica, né sinora sono stati individuati, dagli interpreti, passi, in alcuno dei suoi scritti che mostrino una propensione in una qualche direzione.

È stato peraltro osservato che ciò che conta è il risultato, per cui se questo, p. es., è nel senso che l'accordo amministrativo si compone degli stessi elementi reperibili nell'accordo di diritto privato, perché insistere sulle concezioni tralaticie, secondo le quali si sarebbe di fronte a cittadini di due repubbliche profondamente differenziate?

Tale osservazione invero sarebbe fondata solo nel caso in cui i « parallelismi » tra pubblico e privato, scoperti e presentati da Cammeo fossero in misura tale da assumere carattere dominante, e basterebbe forse anche una sola pubblicazione di Cammeo, così articolata, per rendere la questione quantomeno degna di essere ripresa, ripensata, approfondita. Ma così non è.

In altre parole in nessuno dei suoi scritti Cammeo si spinge a presentarci delle analogie e delle simiglianze così strette. La corrispondenza di taluni istituti, come appunto gli accordi, nei due settori del diritto, va spiegata nel modo più ovvio come corrispondenza di strutture, o di funzioni; e allora ha più ben scarsa forza ai fini dell'instaurazione di un discorso generale, poiché istituti corrispondenti per struttura, per funzione, e altro, si rinvengono in tutti i rami del diritto. La realtà sembra essere molto più semplice: che Cammeo ritenne di trovare nella Pandettistica, con la sua metodologia e i suoi itinerari logici, un criterio applicabile a qualsiasi scienza giuridica, e lo applicò alla nuova disciplina nascente, quella del diritto amministrativo. I risultati furono certamente positivi, e ciò convalidò in Cammeo la fruttuosità dell'ipotesi assunte.

Si noti che in nessuno degli scritti di Cammeo compare traccia di quel complesso di inferiorità che, in quel periodo, il pubblicista sovente sentiva nei confronti della scienza del diritto privato: complesso che quasi sempre si mostrava con rilievi come quello che nel diritto privato tutto è chiaro e sicuro, mentre nel diritto pubblico tutto è buio e incerto. Come si è detto, Cammeo affronta le questioni del diritto pubblico con un piglio sicuro, non esitante e non aperto a dubbi: esso è per lui, cultore di varie scienze giuridiche, una scienza giuridica come tutte le altre, in bene e in male: non interessa

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

se è nata da poco, anzi questo è un dato che ne rende più appassionante lo studio; né interessa che il legislatore ne scriva anche le norme, quasi lo maltratti allorché ne costituisce la stessa sostanza, né che la giurisprudenza qualche volta ci si perda dentro, senza cavarne statuizioni sicure. In questo la posizione di Cammeo corrisponde a quella degli altri due fondatori. Quel che interessa Cammeo è che il diritto pubblico, amministrativo in particolare, presenti nozioni e concetti giuridici propri e originali, perché con essi una scienza giuridica a sé si elabora. Ed in effetto la lunga, diffusa e appassionata ricerca di Cammeo a siffatti risultati approda: sia le sue tante note, sia gli scritti generali, sono una continua, si direbbe quasi inesauribile, presentazione di nozioni e di concetti nuovi. Né egli si ferma dopo che li ha individuati e rivelati, perché si affretta poi a mostrare quale ne sia il peso sociale, il significato di politica del diritto, il possibile variare non strettamente giuridico o tecnico di essi. Nessuno eguagliò Cammeo in queste, che potremmo anche dire escursioni nel non giuridico, volte però a rendere ancor più giuridico, se così si può esprimere, ciò che come giuridico era presentato.

L'insegnamento di Cammeo avrà poi imitatori e seguaci negli sviluppi che seguirono della scienza del diritto amministrativo.

4. L'opera più significativa di F. Cammeo è certamente il Corso di diritto amministrativo, recentemente ripubblicato per la seconda volta a stampa dalla CEDAM. In esso si mettono in evidenza le linee portanti di fondo, e gli oggetti di trattazione, specie nei loro nessi con gli elaborati della pandettistica. Questo Corso è rimasto sempre un'opera un po' misteriosa, poiché Cammeo lo mantenne, sino all'ultima edizione lui vivente, in veste litografica, quasi lo considerasse prodotto non definitivo, e da integrare. Senonché i cambiamenti tra le varie edizioni litografiche sono minimi, talora anzi non ve ne sono (e ciò a prescindere dall'osservazione che cambiamenti possono aversi anche tra diverse edizioni a stampa di un qualsiasi corso). Questo farebbe allora pensare che Cammeo fosse insoddisfatto del Corso, e che il mantenerlo in edizione litografica significasse solo una riserva di edizione definitiva; anzi secondo Ranelletti e Romano questa sarebbe stata la spiegazione loro fornita dallo stesso Cammeo.

Quando Miele, nel 1960, pubblicò il « Corso » a stampa, non

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dette spiegazioni del mutamento tipografico, e la questione parve chiusa con la sua carica di mistero; e ormai certamente è cosa che attiene al passato, rimasta sotto l'impero dei forse, ma senza altri sbocchi in negativo.

Può però essere interessante rilevare che un'altra delle opere maggiori di Cammeo, il « Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa » uscì subito in edizione stampa, dell'editore Vallardi, ed era opera che comportava precise gamme di prese di posizione teoriche, per il settore della giustizia amministrativa, allora neonato. Né può essere posto in dubbio l'impegno delle scelte operate da Cammeo con quest'opera. Basti solo considerare che, formalmente, essa si compone di due parti: principi generali e giurisdizione amministrativa nel diritto italiano. Che nella prima parte si prendono in considerazione tutti i massimi problemi del diritto pubblico di allora, ossia allo studio iniziale del suo impianto come scienza. Quindi si inizia con il problema del diritto « obiettivo » e della giurisdizione nei rapporti « di ragione privata », la distinzione tra diritto « obbiettivo e subbiettivo », la divisione dei poteri, il diritto pubblico « subbiettivo » e gli interessi individuali e collettivi, le garanzie di legittimità e di opportunità dell'interesse collettivo attraverso i controlli. Fin qui siamo in quella che oggi diremmo teoria generale del diritto pubblico, che Cammeo ritenne di dover preporre alla trattazione, non solo perché, allora, compresa nello Staatsrecht, ma perché comunque ritenuta necessaria come premessa di teoria generale.

Con il cap. VI inizia la trattazione specificamente attinente alla giurisdizione, ed inizia con l'esame dell'incidenza delle giurisdizioni civile, penale, e delle azioni popolari (cap. VII) sugli atti delle amministrazioni e sulle relative conseguenze. Alla giurisdizione amministrativa sono dedicate le ultime tre parti (VIII, IX e X), rispettivamente attinenti ai principi generali, alla pluralità delle giurisdizioni amministrative in senso proprio, ed ai rapporti tra le diverse giurisdizioni, nonché ai conflitti. Ma anche la trattazione dei principi generali è tenuta in problematiche più di teoria generale del processo che di giurisdizione amministrativa in senso proprio: i problemi che si discutono sono infatti quelli del valore del principio della regiudicata verso l'amministrazione, della *causa petendi* e dell'esecutorietà nei confronti dello Stato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È nella seconda parte che si affronta la tematica della allora esistente giurisdizione « amministrativa », e lo si fa esponendo un disegno che resta poi radicato nelle trattazioni successive: elementi storici, legge 20 marzo 1865, conflitti di attribuzioni, ricorsi amministrativi nelle loro varie specie, azioni giudiziaria e correlativa problematica diritti-interessi, conflitti, procedure e vari tipi di procedimenti.

L'interesse dell'opera sta in una notazione storica: come potesse considerarsi « giustizia amministrativa » un sistema di normazione positiva monco, come quello che, non conoscendo i giudici ordinari che di diritti, non si ammetteva l'azionabilità di pretese attinenti ad interessi legittimi. La risposta di Cammeo è positiva: la tutela giurisdizionale c'è sempre ed è, a sua opinione, efficace. Il grande successo che ebbe il Commentario (opera di oltre 1100 pagine) si spiega facilmente se si considera l'alta validità processualistica delle trattazioni degli argomenti, che a Cammeo derivava, in particolare, dal suo essere anche cultore della scienza processualistica e grande avvocato. Oggi, purtroppo, il Commentario serve meno, perché è opera in cui manca la parte oggi più viva, il processo dinanzi al giudice amministrativo, ma rimane sempre tra i massimi elaborati teorici della materia.

E anche qui si apre un interrogativo: perché Cammeo non tornò più, con opere generali, sulla « giustizia amministrativa » dopo che questa si era completata con l'istituzione dei giudici amministrativi specifici — G.P.A., Consiglio di Stato, giudici amministrativi speciali —? Una risposta non è possibile: non si conoscono da altra fonte, neppure per indizi, le ragioni del silenzio, che restano ignote. Da notizie ricevute da altri che gli furono amici, come U. Forti e S. Lessona, sembrerebbe che egli ricevette molte e autorevoli sollecitazioni a scrivere una trattazione ammodernata della giustizia amministrativa. Perché le lasciò cadere, dato che, in fondo, si sarebbe solo trattato di riprendere il Commentario completandolo?

Tutte questi interrogativi, è chiaro, oggi altro non sono che rimpianti di moderni studiosi nei confronti di un Maestro, perché non è neppur dubbio che ogni opera di pensiero ha un suo fato. Si ricordi che Cammeo, tutto sommato, non ebbe una vita facile!

5. Nella breve storia della scienza del diritto, processuale e sostanziale, amministrativo di giuristi emergono F. Cammeo e U.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Forti. Sarà forse perché ambedue avevano assorbito la Pandettistica, ossia un modo di essere storico della scienza del diritto privato che, ovviamente, di questa riprendeva la problematica dell'esporre e del procedere? Ossia di ogni argomento si iniziavano col chiarire le premesse, nel modo che fosse più accessibile, anche a costo di riprendere profili e aspetti già noti. Poi alla trattazione che si poteva dire specificamente propria della materia, si facevano seguire osservazioni, apparentemente talora collaterali o accessorie, su aspetti applicativi e conseguenziali. Il risultato era che ogni argomento si legge, per così dire, al completo: premesse, trattazione, applicazioni e conseguenze.

Ciò rese Cammeo il più letto dei grandi Maestri del diritto amministrativo, in quanto in lui, oltre a questo perfezionismo esteriore di esposizione, si avevano sempre soluzioni chiare e decise. In questo risiede, ci sembra, la ragione segreta di tanto successo. Cammeo non fu un elaboratore di grandi teorie di fondo, come invece lo furono Romano e Ranelletti; ma sono rari i casi in cui, dopo un suo contributo su una materia qualsiasi, non si potesse dire che mancasse una trattazione teorica soddisfacente. Basti considerare come, a partire dalle note, i suoi elaborati furono raccolti dalla successiva dottrina come elaborati « teorici » della materia trattata.

Nella storia della scienza giuridica italiana non vi sono altre discipline che abbiano avuto un'alba contrassegnata da quattro personalità d'eccezione tutte assieme. Ma è che allora l'Italia era un Paese serio.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIUSEPPE MORBIDELLI

FEDERICO CAMMEO: L'ITINERARIO CULTURALE E DI VITA

1. Introduzione. — 2. Lo studente e i suoi maestri. — 3. Dalla laurea alla cattedra. — 4. Gli anni da processualista. — 5. Le fasi dell'opera scientifica di Cammeo. — 6. Cammeo nel privato. — 7. Più avvocato o professore? — 8. Cammeo e l'Università. — 9. Le coordinate costituzionali di Cammeo. — 10. Cammeo e il metodo di Orlando. — 11. Cammeo e le Pandette. — 12. La concretezza e la attenzione verso il nuovo. — 13. Il pluralismo dei criteri metodologici di Cammeo. — 14. La tristizia degli uomini.

1. *Introduzione.*

Sia consentito premettere un ricordo personale. Subito dopo la laurea, alla solita richiesta di consigli di letture che si fa al docente cui si chiede (o meglio si chiedeva) di « rimanere in Istituto », il mio primo maestro Giovanni Miele mi invitò a leggere il « Corso » di Federico Cammeo. E pochi giorni dopo, per rendere più pressante il consiglio, ebbe a consegnarmi una copia di tale Corso, nella edizione ristampata e corredata di note di aggiornamento a cura dello stesso Miele (1).

Fino ad allora, il nome di Cammeo mi evocava — e a stento — alcune citazioni che nel preparare l'esame di diritto amministrativo, avevo letto distrattamente nelle note dello « Zanobini » (si sa che le note vengono lette soprattutto dai professori, sovente più del testo, con lo scopo precipuo di vedere — ove vi siano i presupposti cronologici — se si è citati, mentre gli studenti fanno giustamente il contrario). Il Corso di Cammeo si rivelò — è inutile dirlo — una miniera di insegnamenti: scritto con chiarezza e con molti esempi

(1) F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, ristampa con note bibliografiche di aggiornamento a cura di G. Miele, Padova, 1960.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(era infatti diretto agli studenti), offre una serie ordinata di principi, non fini a se stessi, ma utilizzati di continuo di fronte alla complessa e articolata legislazione amministrativa. Mi colpirono in particolare il largo spazio dedicato alle fonti, l'attenzione verso gli aspetti più disparati della legislazione amministrativa (basti pensare alla questione dell'applicazione dei regolamenti igienici locali nei vagoni ristorante (2) o al caso dell'obbligo o meno della museruola per i cani dell'Imperatore di Germania a Venezia (3) o alla « privativa » della neve a Napoli (4)), ma soprattutto mi colpirono la paritetica padronanza e della legislazione amministrativa e degli istituti del diritto privato, nonché i continui richiami alle disposizioni codicistiche per fondare i principi del diritto amministrativo: è vero che questo era inevitabile in un diritto amministrativo ai primi passi, che si sorreggeva sulle salde e collaudate colonne del diritto civile, ma costituiva anche la dimostrazione per cui il diritto è un fenomeno unitario, talché le partizioni sono prevalentemente scolastiche, e senza una conoscenza che vada al di là dei rigidi confini di materia, non si arriva alla sostanza dei problemi e spesso anzi si provocano effetti distorcenti. La lettura giovanile, per la solita *vis attractiva* delle iniziazioni, ebbe l'effetto di attirare la mia attenzione sulle altre opere di Cammeo, dal monumentale « Commentario » alla voce « Demanio » del « Digesto » alle tantissime note pubblicate per oltre 40 anni sulla « Giurisprudenza italiana », e devo dire traendo sempre conferma delle doti di grande padronanza dell'argomento discettato, di capacità di « sezionare » il problema in esame in ogni suo profilo, con finezza ed accuratezza, di rigore nel ricostruire, partendo anche dalla casistica più minuta, principi di ordine generale. Ed invero Cammeo coniugava sia l'autorità di fondatore (con Orlando, Ranelletti e Romano) del diritto amministrativo per le sue elaborazioni di teoria generale (non solo nel Corso e nel Commentario, ma anche negli scritti c.d. minori), sia la capacità di risolvere questioni concrete: come ha scritto Giannini (5), Cammeo è stato il

(2) *Corso,* cit., 291.

(3) *Corso,* cit., 300.

(4) *Corso,* cit., 241, nota 2.

(5) M.S. GIANNINI, *Federico Cammeo il grande*, in questo *Quaderno*, 18 (lo stesso concetto venne espresso da U. FORTI (che fu legato a Cammeo da profonda amicizia, e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

maestro più letto, perché dava sempre soluzioni chiare e decise, ed aveva una espressione raffinata e stringata. L'interesse verso Cammeo era rafforzato dalla immagine dell'uomo che ancora negli anni '70 molti anziani avvocati fiorentini evocavano: immagine che era scolpita non solo attraverso il suo grandissimo successo nell'attività forense (6) e le infami persecuzioni che subì a causa delle leggi razziali sino alla privazione della cattedra universitaria, ma anche attraverso la ricca anedottica che accompagnava il « Professore » così preso dai propri impegni, così autorevole e temuto, ma nello stesso tempo pieno di umane debolezze, che non aveva orari ma era meticolosissimo, coltissimo quanto alla mano con tutti, ironico e scanzonato quanto generoso e buono (7).

Questo personalissimo quanto poco approfondito rapporto con Cammeo venne risvegliato leggendo le dense pagine che, in una monografia sulle origini della nozione di interesse legittimo, Bernardo Sordi ha dedicato al contributo di Cammeo al nostro sistema di giustizia amministrativa (e in genere alla formazione del diritto amministrativo) (8). Dopo poco, la figura di Cammeo, la sua alta statura scientifica, le sue tragedie personali, venivano rievocate con vivacità e passione da Paolo Grossi nel suo « Stile fiorentino » (9).

---

che come lui subì le persecuzioni razziali): v. *Federico Cammeo (compiendosi il trentennio del suo insegnamento)*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1933, I, 301 ss.; v. anche, dello stesso GIANNINI, una sintetica quanto efficace rivisitazione del contributo di Cammeo alla scienza giuridica, *Prefazione* a F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, 1992 (ristampa anastatica) nella Collana « I classici della CEDAM », a cura di A. TRABUCCHI, VII ss.

(6) E che tra l'altro non era circoscritto al campo del diritto amministrativo: basti dire che aveva primeggiato nel processo dello « smemorato di Collegno » (v. in proposito P. CALAMANDREI, *Federico Cammeo (nel decennale della sua morte)*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1949, 394, ed era stato il consulente della Santa Sede nella redazione della legislazione costituitiva dell'ordinamento dello Stato della Città del Vaticano.

(7) Taluni aneddoti su Cammeo sono raccontati da E. BRUNORI, *Galleria privata*, Firenze, 1971, 55 ss.

(8) B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nello Stato liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, 379 ss. Dello stesso SORDI v. anche *Il ritorno di un « vecchio amico » (a proposito di F. Cammeo, Corso di diritto amministrativo)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1992, 681 ss.

(9) *Stile fiorentino. Gli studi giuridici della Firenze italiana, 1859/1950*, Milano, 1986, 129 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nel frattempo, proprio dalla scuola di Grossi, erano usciti diversi contributi volti ad indagare in una ricostruzione storica il pensiero giuridico di altri sommi fondatori del diritto amministrativo italiano, quali gli studi di Maurizio Fioravanti su Orlando e su Romano (10). Perché allora non occuparsi direttamente anche di Cammeo? E anzi, come era stato fatto per Calamandrei e per Mortati, perché non dedicargli un volume dei Quaderni fiorentini a lui che era stato fra i fondatori della Facoltà giuridica fiorentina, che a Firenze era vissuto fin dalla prima giovinezza e che a Firenze era morto, solo e abbandonato pressoché da tutti? La mia proposta in tal senso venne subito accolta da Paolo Grossi, che l'ha perfezionata ed arricchita da par suo.

Come risulta dai vari saggi che compongono questo volume, il contributo di Cammeo alla scienza giuridica è stato indagato da molteplici punti di vista: esaminando il suo metodo, la sua visione di taluni istituti, le caratteristiche delle sue opere più importanti, le influenze che ha avuto sulla dottrina e sulla giurisprudenza, i presupposti costituzionali da cui partiva e così via.

Qui non voglio (né lo potrei) fare la sintesi o la rivisitazione di tali contributi, né tantomeno ripercorrere il complesso, amplissimo e talvolta non lineare itinerario scientifico di Cammeo: intendo invece collocarlo nel suo percorso di vita, scientifica, accademica, professionale, personale. Ricostruire tale percorso non è agevole: sono scomparsi coloro che l'hanno conosciuto più profondamente e anche i suoi collaboratori. È ancora viva la figlia Elisa (nata il 3 maggio 1913), dalla quale ho attinto notizie interessanti ma tutto sommato di contorno, anche perché si sposò giovanissima (nel 1931), lasciando così la casa paterna. Del resto la figlia non dispone di alcuna parte dell'archivio di casa Cammeo, andato distrutto a seguito della deportazione ad opera dei nazisti della moglie Clotilde e della figlia Maria (poi « disperse » a Aüschwitz nel 1944 e fatte

(10) V. M. Fioravanti, *La vicenda intellettuale del « giovane » Orlando (1881-1897)*, Firenze, 1979; Id., *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1981, 169; Id., *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in A. Mazzacane (cur.), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia tra Otto e Novecento*, Napoli, 1986, 311 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

oggetto di sentenze di morte presunta), e dell'abbandono della propria abitazione, che tra l'altro era stata pesantemente investita dai bombardamenti su Firenze dell'agosto 1943 (la casa di Cammeo era infatti in via Mannelli, vicinissima cioè alla stazione Campo di Marte, oggetto delle incursioni aeree degli alleati); così pure non v'è alcuna traccia dello studio Cammeo, che venne chiuso nel 1939 alla morte del Nostro, e in piccole parti disperso tra i collaboratori (11) e in gran parte confluito nell'archivio personale di casa Cammeo, e così venuto a distruzione come si è appena detto: si sono reperite solamente tre filze (peraltro significative) nell'ordinato archivio del suo collaboratore Avv. Guido Bisori (deceduto nel 1983, che era stato studente di Cammeo a Bologna, che rimase nel suo studio dal 1923 al 1938, e che dopo la guerra fu a lungo senatore e varie volte sottosegretario) (12). E i fascicoli personali delle Università dove ha insegnato contengono poco o nulla di rilevante: lettere di ringraziamento al Rettore e al Preside per la chiamata, lettere del Rettore di trasmissione di onorificenze, lettere del Preside o al Preside per comunicazioni di servizio, note ministeriali per la trasmissione di pubblicazioni afferenti a concorsi, rimborsi per missioni *et similia*.

2. *Lo studente e i suoi maestri.*

Cammeo nacque a Milano il 20 luglio 1872, figlio di Cesare Cammeo (un funzionario di banca) e di Elisa Gerbi. Attraverso la nonna paterna, secondo la tradizione familiare, Cammeo discendeva da Benedetto Spinoza (ricorda Jemolo, tra l'altro inserendo un punto interrogativo in tale discendenza, che di questa progenie Cammeo non faceva mistero) (13). Come il padre, anche la madre era

(11) I suoi collaboratori furono, oltre a Guido Bisori, di cui appresso, Ubaldo Baldi Papini, Francesco Serlupi Crescenzi, Lucia Bracco, Pasquale Galli, tutti scomparsi; per un breve periodo fece « pratica » nello studio di Cammeo anche Umberto Benedetto, vivente, noto registra teatrale, televisivo e soprattutto radiofonico.

(12) Su cui v. G. Bisori, *Scritti e discorsi*, Prato, 1982, e *ivi* cenni biografici di C. Caponi, A. Petri, G. Nuti.

(13) V. A.C. Jemolo, *Commemorazione del corrispondente Federico Cammeo*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei. Rendiconti. Classe di scienze morali, storiche e filologiche*, CCCXLV (1948), 130 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di razza ebraica (14). Il padre, di origine livornese, venne prima trasferito a Torino, e poi a Firenze, dove il Nostro risulta iscritto ai registri anagrafici dal 1886 (vi risulta iscritto sino alla morte, salvo il periodo 1° dicembre 1922-30 agosto 1923 ove risulta trasferito a Bologna, per ragioni connesse all'obbligo giuridico di avere la residenza nel luogo di servizio) (15).

Cammeo si può considerare fiorentino o comunque toscano a tutti gli effetti: sia per la formazione, sia perché entrambi i suoi genitori erano toscani (di Livorno, ove v'era una importante comunità ebraica), sia perché Firenze rimase sempre al centro dei suoi interessi, e della sua famiglia (la moglie, Clotilde detta « Tilde » Levi, nata il 12 ottobre 1879, era fiorentina di nascita anche se da giovane aveva vissuto a Parigi al seguito del padre, importante banchiere poi andato in dissesto), e del resto — come ricorda Carnelutti (16) — anche la sua parlata era « toscana ».

Fu uno studente modello. Nel luglio 1890 ottenne la licenza liceale (al liceo Galileo di Firenze), ottenendo 10 in tutte le prove orali (letteratura italiana, letteratura latina, lingua greca, matematica

---

(14) Si può appurare dalla scheda che lo stesso Cammeo fece pervenire all'Accademia d'Italia (era socio corrispondente dal 1930 della classe delle scienze morali): l'Accademia infatti, in esecuzione di una circolare del Ministro dell'Educazione Nazionale, aveva provveduto al censimento dei soci accademici di razza ebraica, distinguendo se lo fossero per entrambi i genitori e se lo fosse anche il coniuge, se avevano abbracciato altra fede religiosa etc. (v. Archivio Accademia dei Lincei, lettera 30 settembre 1938 prot. 1302, che sollecitamente dava esecuzione, dopo aver raccolto le risposte dei soci, alla circolare datata 19 agosto 1938).

(15) Nel fascicolo personale di Cammeo dell'Università di Bologna si trova infatti una comunicazione del Preside 20 novembre 1921, in cui si legge: « Il Ministro della Istruzione con circolare del 6 ottobre u.s., n. 23076, richiamando all'osservanza del disposto dell'art. 31 del T.U. delle leggi per l'Istruzione Superiore, ha richiesto l'elenco di tutti i professori che hanno dimorato lo scorso anno fuori dalla propria sede, epperciò questo Rettorato si è rivolto ai Presidi delle Facoltà ed ai Direttori delle Scuole Universitarie per informazioni in merito. Pertanto, avendo il Sig. Preside della Facoltà di Giurisprudenza notificato aver la S.V. Chiar.ma dimorato fuori sede, a Firenze, gliene dà notizia affinché Ella possa addurre le eventuali sue giustificazioni, che saranno comunicate al Ministero ». Di tali giustificazioni non v'è traccia nel fascicolo, dall'anagrafe di Firenze invece risulta nella scheda di Cammeo questa soluzione di continuità.

(16) F. Carnelutti, *Federico Cammeo nella scienza italiana del diritto*, in *Federico Cammeo*, a cura del Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori di Firenze, Firenze, 1961, 10.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

etc.); mentre alle prove scritte ottenne nove in letteratura italiana, nove nella versione dal latino in italiano, dieci in matematica, e... solo otto in lingua greca. Nella colonna « osservazioni » della pagella si legge che Federico Cammeo era esonerato a ginnastica, e che ogni anno aveva ottenuto il premio di 1° grado (17). Non diverso fu il suo *cursus* come studente universitario. Iscritto a Giurisprudenza nell'Università di Pisa, nella sessione di giugno del primo anno, dal 16 giugno al 25 giugno 1891 sostenne sei esami (talvolta quindi uno al giorno) e precisamente: Istituzioni di diritto civile, Istituzioni di diritto romano, Statistica, Storia del diritto romano, Diritto ecclesiastico, Filosofia del diritto, ottenendo quattro 30 e due 30 e lode (a ecclesiastico e Filosofia del diritto). Analogamente gli anni successivi; sicché nei 18 esami del corso di laurea ottenne dieci volte 30 e lode (tra cui ovviamente a diritto amministrativo e a diritto costituzionale), sette volte 30 e un 27 a Medicina legale (ultimo esame, superato il 29 giugno 1894) (18). Si laureò il 5 luglio 1894, con 110 e lode, svolgendo la tesi scritta su « I monopoli comunali specialmente in riguardo al diritto amministrativo italiano » e la tesi orale sul tema « *La res iudicata* non è giusta causa di usucapione ». La Commissione, presieduta da Gabba, e di cui facevano parte, tra gli altri, Filippo Serafini, Giuseppe Toniolo, David Supino, Lodovico Mortara, Alfredo Codacci Pisanelli, fece inserire nel verbale la seguente dizione: « La Facoltà inoltre esprime il desiderio che la dissertazione scritta venga data alla stampa » (come infatti avvenne).

Del resto, l'ingegno e la capacità di Cammeo erano stati subito intuiti dai suoi professori, e in particolare da Mortara (che insegnava come ordinario procedura civile e per incarico diritto costituzionale ma che in precedenza era stato incaricato anche di diritto amministrativo) (19), il quale l'aveva invitato fin dal 1892 (quando cioè era ancora studente, e del secondo anno) a collaborare alla Giurisprudenza italiana su temi processuali. Temi che affrontò con una nota nel 1892 (firmata con le soli iniziali F.C.) riguardante i limiti di

(17) V. Archivio di Stato di Pisa, *III Versamento archivio studenti Università* - Sc. 42, n. 3926, n. immatricolazione 3084.

(18) V. *Archivio Storico degli studenti laureati nell'Università di Pisa*.

(19) V. in proposito A. Pizzorusso, *Prefazione*, in L. Mortara, *Lo Stato moderno e la giustizia*, Napoli, 1992, nota 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

competenza del pretore nella denuncia di nuova opera; con quattro note nel 1893 (20) e con due note nel 1894; la terza nota di tale anno e prima firmata per esteso (e ben più ampia delle precedenti) è invece dedicata al notissimo tema della revocabilità delle concessioni comunali per l'illuminazione a gas al sopraggiungere dell'energia elettrica (21): che Cammeo aveva affrontato nella tesi di laurea (e che riprenderà, sviluppandolo e integrandolo, in un successivo scritto pubblicato a puntate nell'« Archivio giuridico ») (22). Dopo le due note del 1894 (presumibilmente anteriori alla laurea) Cammeo non tratterà più argomenti di stretto processo civile, anche se, come è ben noto, si dedicherà con grande impegno al processo amministrativo, che era allora agli albori, e questo già con le note del 1894 sulla nozione di atto politico, sui rapporti tra ricorso gerarchico e ricorso giurisdizionale, sul vizio di eccesso di potere. Come è risaputo, Cammeo fu allievo di Mortara (al quale dedicò il « Commentario »), non solo seguì i suoi corsi di diritto costituzionale e di procedura civile ma — come si è visto — fu certamente Mortara, che ne era, con Gabba, il direttore, ad iniziarlo alla collaborazione alla « Giurisprudenza Italiana ».

Ma perché Cammeo non venne avviato alla procedura civile (come sembrava dalle prime note a sentenza)? È stato osservato che in realtà Cammeo non venne del tutto distolto dalla procedura; al contrario, Mortara affidò a Cammeo il compito di delineare il quadro del sistema di garanzie offerto dalla recente legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato (23). Secondo Cipriani, « l'eccezionale versatilità di Mortara e il suo particolare interesse per

---

(20) La nota « *Modificazione delle liste testimoniali davanti al Pretore* », in *Giur. it.*, 1893, I, 1, 629, in cui si critica una sentenza della Cass. Roma, è postillata da una nota della « Direzione », in cui si scrive: « all'ultima ora ci giunge la notizia che in una recentissima sentenza la Corte romana ha pronunciato sentenza pienamente conforme ai concetti svolti in questa nota ».

(21) L'elenco delle opere di Cammeo, seppur con qualche lacuna e imprecisione, è pubblicato in calce a F. Cammeo, *Società commerciale ed ente pubblico*, Pubblicazione della Università degli studi di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza, Firenze, 1947, 37 ss.

(22) *I monopoli comunali*, in *Arch. giur.*, 1895, vol. LIV, 296-314; 1895, vol. LV, 99-115; 304-327; 551-591, 1986; vol. LVI, 1896, 71-100; 362-387; 521-546.

(23) F. Cipriani, *Prefazione a* F. Cammeo, *Lezioni di procedura civile*, in *I classici della Cedam*, a cura di A. Trabucchi, I, Padova, 1992, IX.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il diritto pubblico spiegano la ragione per la quale Federico Cammeo, da studiare procedura, si ritrovò a studiare amministrativo; evidentemente, il suo maestro, che per la procedura poteva già contare su un delfino del calibro di Lessona, capì ch'era il caso che quella fondamentale disciplina, che aveva visto moltiplicare la propria importanza con l'istituzione, nel 1889, della IV Sezione del Consiglio di Stato, fosse studiata *ex professo* da uno studioso che credesse come lui nei diritti del cittadino nello Stato libero e che si battesse insieme con lui affinché la p.a. rispettasse le leggi poste dal parlamento » (24).

Ciò può essere vero, ma solo in parte. Intanto non va trascurato che Cammeo si era laureato in diritto amministrativo, sotto la guida di Codacci Pisanelli, con una tesi sui monopoli comunali (che Codacci Pisanelli aveva trattato in una breve nota nel 1892) (25), e nelle sue pubblicazioni dopo la laurea ritornò più volte su tale argomento (26), come pure sui temi dell'eccesso di potere e dei regolamenti (27), che erano stati particolarmente studiati da Codacci Pisanelli (28). Il rapporto di scuola con Codacci Pisanelli, del resto formalmente menzionato da Cammeo nella sua prolusione pisana

---

(24) CIPRIANI, *Prefazione,* cit., IX.

(25) V. A. CODACCI PISANELLI, nota in *Giur. it.*, 1892, I, 2, 54.

(26) *I monopoli*, cit.; *Le concessioni comunali per l'illuminazione*, in *Giur. it.*, 1894, I, 2, 505; *Illuminazione*, in *Enc. giur. italiana*, VIII, 1, Milano, 1897, 46 ss.; *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, in *Giur. it.*, 1903, I, 1, 473.

(27) Sull'eccesso di potere v. già *Sul licenziamento del medico condotto ed eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1894, III, 57; sui regolamenti, oltre a *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, vol. III, Milano, 1901, spec. 110 ss., v. le note: *Pareri consultivi per i regolamenti di organizzazione*, in *Giur. it.*, 1897, III, 165; *Valore regolamentare di atti e istruzioni ministeriali, ivi*, 1900, III, 273; ma il tema della potestà regolamentare era stato affrontato anche in altre note: v. ad es., *Se i vice-cancellieri di tribunale che cessano dall'ufficio possano essere iscritti nell'albo dei procuratori*, in *Giur. it.*, 1896, I, 1, 172.

(28) V. *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *La giustizia amministrativa*, 1892, IV, 1 ss., e poi in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 249 ss. (per l'importanza del contributo di Codacci Pisanelli nella storia dell'eccesso di potere v. per tutti M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 3a ed., Milano, 1993, 322); ID., *Legge e regolamento*, Napoli, 1888, e poi in *Scritti di diritto pubblico,* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del 1899 (29), si ricava anche da un altro fatto (30). Come è risaputo, e come più volte ricorderemo, Cammeo fu profondamente attratto dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dalla stessa legislazione straniera, cui spesso ricorreva, per tracciare paragoni, per trarre esperienze, per confortare i propri assunti. Ad es., la monografia sulla « Manifestazione di volontà » ha un intero capo (I, nella parte III) dedicato a « Storia e diritto comparato della facoltà regolamentare ». E Codacci Pisanelli, oltre ad essere titolare di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione, tenne in Pisa prima il corso libero di « diritto pubblico comparato » (nel 1891-92; nel 1892-93; nel 1893-94) e poi (nel 1895-96), il corso libero di « legislazione pubblica comparata » (31), corso che il diligentissimo studente Cammeo (che, come si conveniva nelle famiglie israelite, partecipi di una comunità senza frontiere, aveva studiato le lingue) certamente ebbe a seguire, tanto che uno dei suoi primi saggi è dedicato a « Il diritto amministrativo degli Stati Uniti d'America » (32). La stessa conoscenza e inclinazione verso i grandi maestri tedeschi non poté non essergli stata inculcata da Codacci, che aveva trascorso due anni di perfezionamento presso l'Università di Berlino e nelle sue opere largamente attingeva alla dottrina dello *Staatsrecht* (33). In secondo luogo, se è indubbio che Cammeo fu legatissimo a Mortara, da questi trasse, più che lo stimolo ad assoggettare alla « procedura giudiziaria » la « nuova provincia » del processo amministrativo, l'insegnamento per cui il processo non va ritenuto fine a se stesso, ma come strumento di garanzia dei diritti dei cittadini: nell'assumere l'incarico di diritto costituzionale a Pisa, nel 1888, a giustificazione di tale funzione, Mortara affermava: « ...mi danno conforto la

---

(29) *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (contratti di diritto pubblico)*, in *Giur. it.*, 1900, IV, 1.

(30) Mette conto altresì segnalare che nel corso della discussione parlamentare che condusse alla legge Giolitti sulla municipalizzazione Codacci Pisanelli ebbe a ricordare che dalla sua scuola di Pisa era scaturita la prima monografia italiana sul tema della municipalizzazione (appunto quella di Cammeo): v. ANIDEL, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Selezione legislativa, in *Atti e discussioni parlamentari*, Roma, 1961, 578.

(31) V. i corrispondenti Annuari della R. Università di Pisa.

(32) In *Giur. it.*, 1895, IV, 81 ss.

(33) Sulla vita di Codacci Pisanelli v. F. SOCRATE, *Codacci Pisanelli Alfredo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, 1982, *ad vocem*, 559 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fiducia di cui sono stato onorato e la lusinga di potermi giovare degli studi con affetto costante sempre coltivati nel campo di questa scienza ch'io reputo strettamente collegata con quella del diritto giudiziario a cui la mia attività più specialmente è dedicata. Imperocché io stimo che a trattare scientificamente del diritto giudiziario non basti la fredda analisi degli atti di procedura e delle loro forme, o la discussione arida delle fattispecie contenziose; ma si debba risalire alle ragioni somme della giustizia, le quali non possono essere conosciute se non portando indagini accurate e profonde su le discipline del diritto pubblico, dove hanno radice l'essere e l'agire della giustizia, di questa aspirazione e meta suprema della civile convivenza » (34). Cammeo tenne sempre fede, anche nei suoi scritti più tecnici e comunque a partire dalla sua teoria dell'atto amministrativo (35), a questa visione del processo come garanzia delle libertà fondamentali, e come strumento di giustizia, di equità, di giuridicizzazione del potere (36): allievo sì di Mortara, ma soprattutto del Mortara costituzionalista (inclinazione che poi — anche in Mortara — tracimava fin nelle pagine più impregnate di necessario tecnicismo) (37). Ma come non collegare questa visione della giustizia amministrativa, come strumento di difesa verso l'Amministrazione,

---

(34) V. *Lotta per l'uguaglianza* (prolusione al corso di diritto costituzionale nell'anno accademico 1888-1889), Pisa, 1889, ora in *Quaderni Fiorentini*, 1990, 145 ss.

(35) Nel senso che l'attribuzione del carattere della negozialità all'atto amministrativo svolge la precisa funzione di garantire un carattere pienamente giustiziale della tutela (su cui v. *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, s.i.d. (ma 1911), 92 ss.), v. L. Ammannati, *Il dibattito dottrinale dopo le leggi del 1889-90*, in ISAP, *Le riforme crispine*, vol. II, *Giustizia amministrativa*, Milano, 1900, 651.

(36) Per il rilievo che il motivo più evidente dell'opera di Cammeo è dato dalla difesa contro i possibili arbitri dell'amministrazione facendo leva sui « superiori principi di giustizia » e che in questo il riferimento precipuo di Cammeo è stato Mortara, v. Ammannati, *Il dibattito dottrinale dopo le leggi del 1899-90*, cit., 648 ss.

(37) Sull'opera e sulla vita di Lodovico Mortara v. S. Satta, *Attualità di Lodovico Mortara*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, 459 ss.; *Pagine autobiografiche di Lodovico Mortara*, in S. Satta, *Quaderni del diritto e del processo civile*, I, Padova, 1969, 34 ss.; F. Cipriani, *Le « poche cose » e la lunga vita di Lodovico Mortara*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XIX, 1990, 85 ss.; G. Mortara, *Appunti biografici su Lodovico Mortara, ibid.*, 107 ss.; F. Cipriani, *Il testamento e il « caro discepolo » del figlio del rabbino di Mantova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 179 ss.; Id., *Storie di processualisti e di oligarchi*, Milano, 1991; nonché da ultimo, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, Pizzorusso, *Prefazione,* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sulla base del rilievo che — come ravvisò con parole intrise di passione il Nostro nella notissima Introduzione al Commentario — « il problema della legalità dell'Amministrazione... è il vero problema della libertà dei cittadini (38) », con la teoria di Codacci Pisanelli sulla importanza costituzionale delle questioni amministrative in un diritto pubblico il cui « centro di gravità... si è spostato passando dalla costituzione all'amministrazione (39)? Certamente l'insegnamento di Mortara conduceva Cammeo a sostenere con vigore la natura giurisdizionale della IV Sezione (che Codacci Pisanelli negava) (40), e dunque ad aprire grandi spazi al controllo sul corretto esercizio del potere; ma restava sempre combina con l'idea guida di Codacci Pisanelli volta a rafforzare gli strumenti della giustizia amministrativa sì da rendere possibile una maggiore penetrazione della discrezionalità amministrativa (41).

3. *Dalla laurea alla cattedra.*

La carriera accademica di Cammeo fu bruciante. Partecipa al concorso per posti di perfezionamento all'interno delle Facoltà (oggi si direbbe ricercatore) per l'anno 1884/5, e si classifica primo con 50/50. La sua produzione scientifica è subito intensa: 9 note a sentenza nel 1894; 7 nel 1895; 5 nel 1896; ancora 9 nel 1897 (nella *Giur. it.* saranno 174 complessive) e tra esse alcune di grande impegno e che costituiscono tuttora dei punti di riferimento: così quelle sugli atti politici e sulle concessioni comunali per illumina-

---

(38) *Commentario delle leggi di giustizia amministrativa,* cit., 2.

(39) A. CODACCI PISANELLI, *Come il diritto amministrativo si distingua dal diritto costituzionale e che sia la scienza dell'amministrazione*, in *Filangieri*, 1887, I, 1 ss. (prolusione tenuta all'Università di Pavia l'11 giugno 1887: v. in proposito C. MOZZARELLI e S. NESPOR, *Giuristi e scienze sociali nell'Italia liberale*, Venezia, 1981, 91 s.).

(40) A. CODACCI PISANELLI, *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 270. La tesi della natura non giurisdizionale (ma « giustiziale ») delle Sezioni non consultive dal Consiglio di Stato fu riproposta dal Codacci Pisanelli in sede di Commissione per la riforma delle leggi sulla giustizia amministrativa istituita nel 1910: v. in proposito AMMANNATI, *Il dibattito dottrinale,* cit., spec. 668 s.

(41) V. per tale obiettivo, come immanente negli scritti di Codacci Pisanelli, AMMANNATI, *Il dibattito dottrinale,* cit., 669.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione o quella sul licenziamento di maestri elementari « per semplice professione di idee socialiste ». A queste si aggiungono altri saggi (pubblicati in genere nella parte IV della *Giur. It.*), taluni dei quali destinati a divenire dei classici: così quello sull'appello al Consiglio di Stato avverso le decisioni della G.P.A., quello sui decreti di stato d'assedio, quello sulla costituzionalità delle tasse.

Va a trovare Scialoja, per avere consiglio e indicazioni (42), e intanto Mortara, con cui collabora da vari anni, e che è nel Consiglio di direzione del Digesto, affida al giovane Cammeo la importante voce « Demanio » (edita nel 1897). La voce è un'opera monumentale (43): 120 pagine del Digesto e dunque 240 colonne. La sua tecnica è chiara ed esaustiva, ed inaugura un percorso argomentativo che troveremo nelle altre opere: si parte dalla semantica della parola demanio; indi la storia (con particolare riferimento al diritto romano e al diritto medioevale) delle proprietà collettive; cenni alle legislazioni straniere (Francia, Belgio, Germania, Inghilterra, U.S.A.); e poi l'esame distinto del demanio, del patrimonio indisponibile, del patrimonio disponibile. Ognuno di questi settori inizia con le fonti, poi si passa all'esame specifico di ciascuna categoria di beni (es., per i beni del demanio, acque, strade etc.); indi il regime dei beni, le posizioni soggettive dei cittadini, le concessioni e le autorizzazioni, modi di acquisto, i controlli etc. In quest'opera Cammeo dimostra già il suo stile: chiarezza, coerenza, completezza dell'informazione; ricerca dei principi generali, tratti anche dalle fonti classiche; conseguenzialità logica (si veda ad es. la confutazione della tesi, allora prevalente, e che si basava sulla tradizione romana, che le poneva tra la *res sanctae*, per cui le mura e le porte della città costituiscono demanio comunale: v. p. 883), grande attenzione alla giurisprudenza (anche straniera); alle fonti (anche romane); conoscenza della dottrina, che tra l'altro significa anche tutta la dottrina civilistica (si veda ad es. le parti dedicate alla problematica del soggetto titolare di diritti sul demanio e della

(42) Lo ricorda lo stesso V. SCIALOJA, *Federico Cammeo*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, Padova, 1933, I, IV.

(43) E del resto ebbe largo seguito: basti vedere come sia continuamente citata e utilizzata 40 anni dopo da E. GUICCIARDI, nella sua classica monografia su « *Il demanio* », Padova, 1934.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

natura di tali diritti, o quelle sulla natura di diritti dei cittadini sul demanio). Secondo Cianferotti (44), a partire dalla voce « Demanio », la conoscenza diretta e sempre più approfondita della pandettistica ne rivela a Cammeo il carattere di ricchissimo armamentario di nozioni, di schemi di principi, di teorie utilizzabili come strumenti tecnici neutri, fungibili, polivalenti, adattabili alla costruzione degli istituti anche delle discipline pubblicistiche. Questa osservazione può essere seguita, anche se Cammeo già prima aveva dato contezza di ben conoscere la dottrina pandettistica: ma è evidente che essa si è estesa e perfezionata dovendo affrontare temi di così vasto respiro e che impingono su tradizionali istituti del diritto civile (45).

Le sue qualità di giurista di teoria generale indussero Orlando ad affidargli, nel suo Trattato, il compito di trattare « Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo »; ovverosia a trattare delle leggi e dei regolamenti (il sottotitolo è infatti: « legge e ordinanza (decreti e regolamenti) » (46). La monografia si rivela come un'opera di grande impegno, nella quale Cammeo esamina tutta la teoria delle fonti, affronta il tema dei caratteri indentificanti le norme giuridiche (che per Cammeo si precisa attraverso il binomio comando-sanzione), e poi tratta della generalità (però con eccezioni) e della « novità » che connotano il precetto legislativo; e indi della procedura (in cui esamina diffusamente la sanzione regia), delle vicende della legge (abrogazione, sospensione, dispensa) e infine percorre tutta la tematica del regolamento, con contributi ed innovazioni tuttora tenuti presen-

(44) *Gli scritti giovanili di Federico Cammeo (1892-1899)*, in questo *Quaderno*, 131 ss.

(45) Che nel lavoro sul demanio Cammeo abbia trasferito nel territorio del diritto amministrativo tutta la teoria privatistica delle cose e dei rapporti reale sulle cose fu messo in luce da G. PACINOTTI, *La scuola italiana di diritto amministrativo*, in *Filangieri*, 1901, 902.

(46) Nella scelta del Nostro, non deve essere stato irrilevante il fatto che il tema era stato trattato *ex professo* da Codacci Pisanelli: non è da escludere che Orlando si sia rivolto prima a costui, e che Codacci Pisanelli abbia declinato l'incarico, indicando in sua vece l'allievo, anche perché si apprestava ad intraprendere la carriera politica (fu eletto deputato per la prima volta nel 1897), fatto che ridusse decisamente la sua operosità scientifica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ti (47), anche se è superata la tesi circa il fondamento del potere regolamentare (48).

È pronto così, in meno di quattro anni dalla laurea, per l'esame di libera docenza. Con decreto ministeriale 14 maggio 1898 viene infatti abilitato per titoli alla libera docenza in diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione presso l'Università di Pisa (nella stessa tornata di Santi Romano, che ottiene la libera docenza in diritto amministrativo presso l'Università di Palermo, ma che peraltro era di tre anni più giovane — era nato nel 1875 — e si era laureato solo due anni prima, nel 1896). Come libero docente, non tiene corsi nel 1898-99 (figura nell'Annuario 1898-99 della Università di Pisa tra gli « Insegnanti privati con effetti legali che nell'anno corrente non danno corsi »); mentre nel 1899-1900 tiene un corso libero di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione, inaugurandolo con la notissima prolusione su « La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico » (49), corso che tenne anche nel 1900-1901.

Subito dopo, nel 1899, partecipa al concorso alla cattedra di professore ordinario di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione bandito dalla Università di Macerata. Facevano parte della Commissione Federico Persico, che la presiedeva, e poi Vittorio Emanuele Orlando, Giuseppe Leporini, Antonio Longo, Alfredo Codacci Pisanelli. Al concorso parteciparono, fra gli altri, Santi Romano e Ranelletti. Il concorso venne vinto da quest'ultimo (che era nato nel 1868, aveva dunque quattro anni più di Cammeo) (50), cui vennero assegnati punti 42; nell'ordine seguirono Armanni (punti 41) e Brondi (40); poi, a pari merito, ma sempre tra gli eleggibili (oggi si direbbe tra gli idonei) Cammeo e Romano (39) (gli

---

(47) Ad es. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1. *L'ordinamento costituzionale italiano — Le fonti normative*, 6a ed., aggiornata a cura di F. Crisafulli, riconosce con grande evidenza (anche per esteso nel testo) la fondatezza delle tesi di Cammeo sulla natura di interpretazione amministrativa dei testi unici di mera compilazione: v. p. 9.

(48) V. A. Pizzorusso, *Il potere regolamentare in Cammeo*, in questo *Quaderno.*

(49) Pubblicata in *Giur. it.*, 1900, IV, 1.

(50) Sulla vita di Ranelletti v. O. Ranelletti, *Oreste Ranelletti nell'opera sua*, ora in *Scritti giuridici scelti*, I, 1, *Lo Stato*, Napoli, 1992, 603 ss.; v. altresì P. Calandra, *Oreste Ranelletti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1138 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

eleggibili potevano essere chiamati come « straordinari » (51) — rispettando le graduatorie — da altre Università che avessero il posto di straordinario disponibile).

Cammeo produsse tra i propri titoli, oltre alle note a sentenza e talune recensioni, le pubblicazioni « Il diritto amministrativo degli Stati Uniti d'America », « I monopoli comunali », « Il Demanio », « Illuminazione pubblica e gas e luce elettrica », « Lo stato d'assedio e la giurisdizione », « Le manifestazioni di volontà dello Stato », « Commentario alle leggi della giustizia amministrativa » (evidentemente una parte parzialissima, se nel Concorso di Cagliari — un anno dopo — la Commissione diceva « che è stata redatta solo una parte introduttiva »...): « In tutti i suoi lavori rivela in una forma sempre perspicua e spesso geniale, una mente limpida, ordinata e organizzatrice. È altrettanto acuto e valoroso critico di giurisprudenza, quanto equilibrato e positivo teorico. Si mostra fornito di ottimi studi non solo nelle materie del concorso, ma anche in diritto costituzionale, in economia politica e in procedura civile. Nello scritto sui monopoli comunali, già molto noto e pregiato, trattò, per il primo, organicamente, un tema sino ad allora poco esplorato. « *Legge e ordinanza* » è la più completa monografia italiana sull'argomento. Anche questo candidato (come Romano: *n.d.r.*) (52) se avesse avuto titolo didattici, avrebbe potuto conseguire posizione più alta di quella già elevata che gli spetta nel presente concorso ».

---

(51) Può essere interessante ricordare che la Commissione così si pronunciò su Romano: « È forte nella parte teorica e anche nella critica giurisprudenziale. Paziente e accurato ricercatore, lascia talvolta qualcosa a desiderare per precisione e sobrietà. Conosce molto bene la letteratura giuridica tedesca, che predilige, risentendone forse talvolta un po' troppo l'influenza. La sua intelligente, assorta e feconda operosità lo rende già meritevole di occupare un posto elevato tra i candidati. Se avesse avuto titoli didattici pari a quelli scientifici, avrebbe potuto aspirare anche più in alto ».

(52) Da avvertire che lo straordinario non era il primo gradino della carriera del professore di ruolo, destinato a divenire dopo una valutazione di idoneità professore ordinario, ma comunque avente già le stesse funzioni e le stesse facoltà di questo, come ora; all'epoca gli straordinari avevano bisogno di conferma annuale, non facevano parte del corpo accademico, né potevano essere membri delle commissioni di concorso. Peraltro, si diventava ordinari anche per promozione da straordinario, attraverso un giudizio di idoneità; occorreva peraltro che la facoltà ove si insegnava destinasse un posto di ordinario alla materia: le linee essenziali della carriera universitaria dell'epoca sono ora state ricostruite da F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi,* cit., 43.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La Commissione concludeva, a proposito dei due (Cammeo e Romano), che « sono due belle speranze per l'insegnamento e due già notevoli affermazioni scientifiche » (53).

L'anno dopo, partecipa al concorso per professore ordinario alla cattedra di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione nell'Università di Cagliari. Della Commissione (i cui lavori terminarono il 17 ottobre 1900) facevano parte ancora Orlando, Codacci Pisanelli, Longo e Leporini, cui si aggiungeva Vacchelli.

Il giudizio su Cammeo fu il seguente: « il concorrente Cammeo nel breve tempo interceduto fra questo e l'ultimo concorso ha aggiunto quale titolo didattico l'effettivo insegnamento come libero docente della materia nella R. università di Pisa e non poche nuove pubblicazioni, tra le quali taluni degli scritti contenuti nel volume *Scritti* (in realtà, *Questioni: n.d.r.*) *di diritto amministrativo*, la prolusione al corso libero sulla volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico, lo studio sulle tasse e la loro costituzionalità, qualche altro capitolo al commentario sulle leggi della giustizia amministrativa, opera di mole stando all'intelaiatura, ma della quale fin da ora non esiste che una parte introduttiva. Oltre a tutto questo, numerose note giurisprudenziali nelle quali continua a rivelarsi un conoscitore profondo del diritto vigente e critico acuto delle questioni che vi si riferiscono. Le pubblicazioni dell'autore considerate nel loro complesso addimostrano i pregi e le eminenti qualità che la precedente commissione già ebbe a riscontrare nel concorrente, e nessuno può negare che una precoce maturità intellettuale e una singolare perspicacia, accompagnate da una larga cultura e ad una grande attività lo hanno in breve portato ad occupare fra gli scrittori della materia un posto ragguardevole. La commissione non ha quindi che compiacersi di aver trovato un concorrente di tanto valore e che gioverà all'incremento della scienza ».

Il primo posto nella graduatoria fu però assegnato ad Armanni, perché « non è nuovo all'insegnamento e ai concorsi universitari, ma deve altresì aggiungersi che supera tutti gli altri concorrenti per quanto riguarda l'anzianità didattica e i giudizi ottenuti in prece-

(53) La relazione della Commissione, che fu unanime in tutte le sue decisioni e concluse i lavori il 23 aprile 1899, è pubblicata in *Bollettino Ufficiale del Ministero della Pubblica Istruzione*, 1900, Parte non ufficiale, 1990, 1369 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

denti concorsi ». È evidente però che il giudizio più lusinghiero è quello che venne formulato nei confronti di Cammeo (e di Santi Romano): che vengono posposti solo per ragioni di età; secondi (ancora) *ex aequo*, con 40 punti (42 Armanni) (54).

Avvenne tuttavia che Armanni non ascese alla cattedra di Cagliari. Titolare della cattedra di Diritto pubblico presso la R. Scuola superiore di commercio di Venezia, preferì continuare ad insegnare in tale sede pur priva del rango universitario (del resto come libero docente teneva corsi liberi nell'Università di Padova), anziché affrontare il disagio della sede cagliaritana, forse pago della soddisfazione « morale » (e del resto dovette ritenersi davvero appagato, perché dopo non pubblicò praticamente più nulla); e comunque consapevole, dallo stesso risultato concorsuale, di come gli sarebbe stato difficile in futuro avvicinarsi alla sua residenza abituale. In sua vece salì così alla cattedra di Cagliari (a partire dal 1° febbraio 1901) (55) il poco più che ventottenne Cammeo (Santi Romano, che era stato giudicato *ex aequo*, insegnava nella Università libera di Camerino, ed inoltre essendo stato dichiarato eleggibile anche in un concorso ordinario di diritto costituzionale — Padova, 1898 (56) — aveva più *chances* di essere chiamato: ed infatti l'anno dopo, nel 1902, venne chiamato a Modena come straordinario di diritto costituzionale).

4. *Gli anni da processualista.*

Chiaramente, Cammeo aspira ad avvicinarsi a Firenze, ove aveva iniziato l'attività professionale nello studio legale più prestigioso di Firenze (che era quello dell'Avv. Giovanni Rosadi) (57), tantopiù che

(54) I lavori vennero chiusi il 17 ottobre 1900. La relazione è pubblicata in *Bollettino ufficiale del Ministro della Pubblica Istruzione*, Parte non ufficiale, 1901, 545 ss.

(55) La nomina avvenne con R.D. 20 gennaio 1901. A Cagliari insegnò per incarico, senza soluzione di continuità, il diritto canonico (nel 1901-1902: v. D.M. 10 gennaio 1902; per gli anni 1902-1903; 1903-1904; 1904-1905: v. D.M. 28 settembre 1904; per l'anno 1905-1906: v. D.M. 12 ottobre 1905).

(56) Lo si evince dai verbali del concorso di Macerata (v. *retro* nota 53).

(57) Fu prima deputato dal 1897 e poi senatore dal 1924 (morì nel 1925); ricoprì anche le cariche di sottosegretario alla Pubblica Istruzione nei due governi Salandra (1914-1916) e sottosegretario alle Belle Arti con Giolitti e Nitti nel 1919-1922. Fu celebre come grande penalista e eminente conferenziere.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'epoca la trasferta a Cagliari richiedeva sei ore di treno sino a Civitavecchia e 20 ore di navigazione. Non aprendosi possibilità di una chiamata per trasferimento, partecipa al concorso per la cattedra di ordinario di Diritto amministrativo e Scienza dell'amministrazione nella Università di Pavia, bandito nel 1904.

La Commissione è presieduta da Antonio Salandra; vi sono altresì Antonio Longo e Giovanni Vacchelli, che erano stati suoi commissari nei concorsi precedenti, ne fanno inoltre parte Gaetano Mosca e Vittorio Brondi. Al concorso partecipano anche Ranelletti (che era sempre ordinario a Macerata) e S. Romano, il quale — l'ho appena ricordato — era professore straordinario di diritto costituzionale a Modena (ebbero a parteciparvi altri studiosi che poi avrebbero fatto strada: Borsi, Forti, Pacinotti, Raggi). Poiché nel frattempo era stato introdotto per i concorsi ad ordinario il sistema della terna, la Commissione concluse i lavori nel seguente modo: al primo posto della terna, a voti unanimi, Oreste Ranelletti; al secondo posto della terna, a maggioranza di tre voti contro due, Federico Cammeo, due voti avendo riportato il Prof. Romano; al terzo posto della terna, a voti unanimi, il Prof. Santi Romano (evidentemente non era più possibile l'*ex aequo* tra Cammeo e Romano).

Di Cammeo la Commissione scriveva: « La larga ed intensa produzione di scritti, monografie e note giurisprudenziali di questo candidato dimostra il singolare pregio di una precisa conoscenza del diritto positivo nei suoi diversi rami, congiunta ad eminenti attitudini all'analisi e alla critica degli istituti giuridici, senza che difetti la conoscenza delle condizioni storiche e sociali ed economiche che li hanno determinati. Anche per questo concorrente si deve riconoscere che in un periodo breve di tempo ha raggiunto indiscutibilmente maturità scientifica, segnatamente per i suoi numerosi scritti attinenti alla giustizia amministrativa, della quale a ragione va annoverato fra i più competenti e seri cultori » (58).

Per tornare nel « continente » (nel frattempo si era sposato, ed aveva avuto una figlia, Maria, nata a Firenze il 21 ottobre 1902; ebbe

(58) La Commissione concluse i lavori il 20 novembre 1904: la relazione è in *Bollettino ufficiale del Ministero della Pubblica Istruzione*, Parte non ufficiale, 1905, 98 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

altri due figli, uno, Cesare Jr., nato a Firenze il 20 aprile 1912 (59); l'altra, Elisa, tuttora vivente, è già stata ricordata), Cammeo è dunque costretto a partecipare al concorso per straordinario di procedura civile e ordinamento giudiziario, bandito dall'Università di Padova, materia di cui non era libero docente, che non aveva mai insegnato neppure per incarico, e che del resto non aveva mai trattato espressamente (se non nei primi e brevissimi studi giovanili), ma semmai l'aveva applicata al processo amministrativo, ed inoltre per un posto di rango inferiore a quello che ricopriva. La Commissione, composta da M. Mariani, G. Triani, G.P. Chironi, V. Simoncelli, Giuseppe Chiovenda (quest'ultimo relatore), lo dichiarerà vincitore, anteponendolo nell'ordine ad Afredo Rocco e ad Agostino Diana (60). Cammeo vince così un concorso, quello di procedura

---

(59) Quest'ultimo, assistente di diritto civile, pubblicò un libro su *I contratti della pubblica amministrazione — Capacità e legittimazione a contrarre*, Firenze, 1937; si suicidò nel 1941, non solo in seguito alle persecuzioni che gli rendevano impossibile la professione e la carriera accademica, ma anche a causa di una malformazione fisica, che in concorso con la morte del padre e con l'infame legislazione razziale aveva spento in lui ogni energia e ogni desiderio di vita: nel suo « Diario » (*Diario 1939/1945*, a cura di G. Agosti, I, Firenze, 1982, 302-3). In data 14 febbraio 1941, Calamandrei ebbe a scrivere in proposito: « Si è ucciso con un colpo di rivoltella Cesarino Cammeo, figlio di Federigo. Anche questo sangue di questo povero ragazzo ricade sull'unico responsabile: il responsabile di tutta la cattiveria che ha tormentato tanti innocenti. Ecco una famiglia distrutta: Cammeo cinque anni fa era all'apice della fama e dell'autorità: e, nel suo cinismo, in questo povero ragazzo aveva il suo fine d'affetto, la sua tenerezza. Non ne parlava senza commuoversi. Ora spazzato tutto: il funerale di Cammeo alla macchia, il suicidio del figlio, il genero esule va in Inghilterra... Come si fa a credere di fronte a casi come questi, nella giustizia immanente? Come si può non darsi alla disperazione se non ci si illude sull'aldilà? ».

(60) Il giudizio della Commissione (in cui è evidente lo sforzo teso a enfatizzare la produzione processualistica del Nostro; e del resto non vi fu unanimità: un commissario gli antepose Agostino Diana, perché « non solo aveva dimostrato le potenzialità per gli studi processuali, ma aveva su questi fatto già buona prova dedicandovisi *ex professo* ») è il seguente: « La Commissione considera con particolare compiacenza la conoscenza di questo studioso e la sua attività scientifica. La quale prese le mosse da studi di diritto processuale (da n. 1 a 7 dell'elenco dei titoli), e poi si estense man mano in altri campi del diritto pubblico, specialmente amministrativo (n. 9 a 42 dell'elenco), con escursioni anche in quello del diritto privato. Questa produzione frammentaria dapprima e quasi frammezzata all'esercizio della pratica, si arricchì poi di una larga e notevolissima monografia sulle « manifestazioni di volontà dello Stato », cui seguirono incessantemente nuovi studi, in cui si venne delineando la predilezione per le questioni sulla giustizia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

civile e per di più non di ordinario, ma di straordinario (anche se, per la posizione acquisita sarebbe rimasto comunque ordinario). Verrebbe però da dire finalmente, perché, incredibile ma vero, Cammeo non ha mai vinto un concorso di amministrativo. Ma ciò dimostra solo che la graduatoria concorsuale — ora come allora — non è mai decisiva del valore dei candidati.

Dell'insegnamento di procedura civile da parte di Cammeo e della sua collocazione nel campo dei processualcivilisti, scrive ampiamente Cipriani (61). Si può solo aggiungere che dopo aver insegnato a Padova per cinque anni venne chiamato per trasferimento all'università di Bologna sempre alla cattedra di procedura civile e ordinamento giudiziario; e il trasferimento fu proposto all'unanimità dalla Facoltà di giurisprudenza di tale Università, considerati « i titoli di lui dottrinali e didattici, dai quali risulta il suo distinto valore di insegnante e di studioso ».

Come ha scritto Cipriani, onorò i suoi dieci anni di insegna-

---

amministrativa (nn. 46, 47, 51, 55, 56, 57, 60, 62, 64, 66, 67, 68, 69, 72 dell'elenco). Questi studi furono in parte raccolti in un volume di « Questioni di diritto amministrativo », in cui merita speciale menzione lo scritto sul conflitto fra « eccezione d'incompetenza e eccezione di cosa giudicata ». Profonda cultura così nel campo del diritto pubblico come del privato; ingegno lucido, acuto, versatile; eccellente temperamento di teorico e di pratico, risultavano dai suoi e risultano dal più vasto, non anche compiuto, « Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa ». Questa pubblicazione, frutto di una lunga preparazione teorico-pratica, non è scevra di difetti, perché vi si notano disuguaglianza, ripetizioni, incertezze del sistema, dovute in parte al modo di pubblicazione. Ma la trattazione è ampia e spesso magistrale, e, ciò che più interessa agli effetti del presente concorso, l'ampio modo d'intendere la giustizia amministrativa permette al candidato d'attrarre nel suo studio il processo civile, dedicando a questo digressioni di principale importanza, tali da costituire monografie vere e proprie che occorrerebbero ogni più maturo studioso della materia. E il saggio sulla « azione del cittadino contro la pubblica amministrazione », parzialmente rifuso nelle ultime parti stampate del Commentario, facendo geniale applicazione di moderne teorie e partizioni processuali nella sfera d'interpretazione degli artt. 2 e 4 della legge sul contenzioso amministrativo, porta nell'intricatissimo tema come un riordinamento generale. Senza una profonda conoscenza della disciplina speciale che è oggetto di questo concorso, il Cammeo non avrebbe potuto conferire un così prezioso contributo allo studio della giustizia amministrativa del quale può dirsi veramente benemerito ». Gli atti della Commissione, i cui lavori si conclusero il 2 novembre 1905, sono pubblicati sul *Bollettino Ufficiale del Ministero della Pubblica istruzione*, Parte non ufficiale, 1906, 126 ss.

(61) V. *Federico Cammeo e la procedura civile*, in questo *Quaderno*, 561 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento come titolare di procedura civile e ordinamento giudiziario, scrivendo un corso di procedura civile, e partecipando attivamente alle vicende accademiche della materia. Ad es. nel 1913 Federico Cammeo, con Antonio Castellani, Carlo Lessona, Giuseppe Chiovenda e Alfredo Rocco fu commissario al concorso per la cattedra di professore straordinario di procedura civile e ordinamento giudiziario nella R. Università di Pavia, che vide affermarsi nell'ordine Redenti e Zanzucchi (62). Nel 1915, con Lessona, Chiovenda, Rocco e Messina fu membro della Commissione giudicatrice della promovibilità ad ordinario di Redenti, straordinario di procedura civile ed ordinamento giudiziario nell'Università di Parma (63); sempre nel 1915 (anzi, la Commissione, identica, si riunì lo stesso giorno — 15 aprile 1915 — per entrambi i concorsi, anche se il concorso per la cattedra di Padova si chiuse il 27 aprile 1915, e fu approvato — ma allora era normale — dal Consiglio Superiore il 1° maggio 1915), è membro (e relatore) della Commissione per il concorso per professore straordinario alla cattedra di procedura civile e ordinamento giudiziario della Università di Padova (con Lessona, Chiovenda, Messina e Rocco) che vide vincitore Carnelutti e secondo Calamandrei (64).

Ma il suo legame maggiore rimane con gli amministrativisti (e i costituzionalisti), tantovero che (all'epoca non v'era corrispondenza tra materia insegnata e materia di concorso richiedendosi che trattisi di « persone conosciute per la loro perizia in simili materie e in quelle che vi sono affini e per la loro esperienza nell'insegnamento ») fu chiamato (nel 1911) a comporre la Commissione giudicatrice per il concorso a professore straordinario di Diritto amministrativo e Scienza dell'amministrazione presso l'Università di Camerino (con Ranelletti e con Romano), che dichiarerà vincitore Silvio Trentin (65). Nel 1914 (con Vittorio Brondi, Oreste Ranelletti, Santi Romano e Errico Presutti) è membro della Commissione giudicatrice della promozione ad ordinario di Ugo Forti dell'Università di Caglia-

(62) V. *Boll. Uff. Min. P.I.*, Parte non ufficiale, 1913, 2897.
(63) V. *Boll. Uff. Min. P.I.*, Parte non ufficiale, 1915, 2791.
(64) V. *Boll. Uff. Min. P.I.*, Parte non ufficiale, 1915, 2879.
(65) V. *Boll. Uff. Min. P.I.*, Parte non ufficiale, 1911, 1280.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ri (66); sempre nel 1914 (con Alberto Morelli, Luigi Rossi, Gaetano Mosca, Gaetano Arangio-Ruiz e Santi Romano) è membro della Commissione giudicatrice della promozione ad ordinario di Gino Solazzi, straordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Sassari (67); nonché è membro della Commissione giudicatrice (che ha la stessa composizione di quella relativa alla promozione di Solazzi, e si riunisce lo stesso giorno, 15 novembre 1914) della promozione ad ordinario del Prof. Manfredi Siotto-Pintòr, straordinario di Diritto costituzionale nella R. Università di Catania (68).

Cammeo ritorna ad insegnare come titolare diritto amministrativo nel 1915, per trasferimento nella stessa Università di Bologna. La vicenda è singolarissima e non del tutto decifrabile. Per l'anno accademico 1915-1916 si rende vacante la cattedra di diritto amministrativo (fino ad allora insegnato per incarico) (69), ma Cammeo, che pur scriveva — e cose fondamentali — di diritto amministrativo e aveva dettato negli anni 1911-1914 un corso di diritto amministrativo, che era già diffuso e apprezzatissimo, nella seduta del 19 aprile 1915 non solo non si propone (*rectius*: non si fa proporre), ma propone egli stesso che venga chiamato « il Prof. Ranelletti, che gli pare degnissimo di coprirla per i suoi meriti eminenti di studioso e di insegnante ». Nel contempo il Preside comunica alla Facoltà che « gli consta che il Prof. Ranelletti, se chiamato, sarebbe lieto di accettare »; la Facoltà propone così di chiamare Ranelletti. Nella seduta del 15 giugno « il Preside comunica che fino ad oggi non è arrivata alcuna risposta ministeriale circa le proposte fatte in merito alle Cattedre di Diritto Amministrativo e di Scienza dell'Amministrazione. La Facoltà prende atto di ciò e su proposta dei Professori Stoppato e Brini prega il Preside che scriva al Prof. Ranelletti, perché dichiari immediatamente se accetta la nomina e se è disposto ad assumere l'insegnamento pel principio del prossimo anno accademico; senza di che la Facoltà entro il 24 corrente intende proce-

(66) V. *Boll. Uff. Min. P.I.*, Parte non ufficiale, 1915, 670.

(67) *Ibidem*, 1406.

(68) *Ibidem*, 1405.

(69) Da A. Gamberini, libero docente di diritto amministrativo, che aveva pubblicato taluni studi sui decreti d'urgenza e sui decreti delegati: l'ultimo suo studio edito risulta essere *I decreti d'urgenza in teoria e in pratica*, Bologna, 1903.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dere a nuove deliberazioni ». Nella riunione del 24 giugno « il Preside comunica la risposta del Prof. Ranelletti in merito alle deliberazioni sulla corrispondenza passata tra lui e il detto professore. Il Prof. Cammeo a questo punto si assenta dall'adunanza. Dopo matura discussione è approvato alla unanimità il seguente ordine del giorno: « La Facoltà, avuta notizia che esistono circostanze le quali tolgono la possibilità che il Prof. Ranelletti sia trasferito a Bologna prima dell'inizio dell'anno accademico 1915-16, delibera di revocare, come revoca, il voto fatto nell'adunanza del 19 aprile per il trasferimento del Prof. Ranelletti alla Cattedra di Diritto Amministrativo e per il conferimento allo stesso dell'incarico dell'insegnamento della Scienza dell'Amministrazione ». A questo punto « il Prof. Bolaffio osserva essere una necessità assicurargli che per l'inizio del prossimo anno scolastico sia provveduto alla Cattedra di Diritto Amministrativo e propone che a questa cattedra sia chiamato il Prof. F. Cammeo, trasferendolo dalla Cattedra di Procedura Civile, a termini della lettera B dell'art. 34 della Legge sull'Istruzione Superiore (Testo Unico) ». Il 3 luglio, « la Facoltà, considerato che il Prof. Cammeo ha già occupato in altra Università come ordinario la Cattedra di Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione ed ha acquistato e mantenuto in questa materia un'alta reputazione scientifica, fa voto, in conformità dell'art. 34 lett. B del Testo Unico delle Leggi sull'Istruzione Superiore, che il Prof. Cammeo sia trasferito dalla Cattedra di Procedura Civile a quella di Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione, vacante in questa Università. Al tempo stesso la Facoltà esprime la riserva — che le consta corrispondere al pensiero dello stesso prof. Cammeo — che in seguito la materia possa essere di nuovo scissa in due insegnamenti e la Scienza dell'Amministrazione ricostituirsi in insegnamento separato » (70).

Ho voluto ricordare anche nei dettagli questa vicenda (71):

---

(70) Il d.l. (luogotenenziale) 11 novembre 1915 di trasferimento è pubblicato, con le motivazioni del Consiglio di Facoltà (*ex* art. 35 T.U. leggi istruzione superiore) in *Min. P.I., Boll. uff.*, 1915, 3281.

(71) Ho potuto ottenere con rapidità i resoconti dei verbali del Consiglio di Facoltà grazie alla cortesia del Prof. Marco Cammelli, attuale Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

certamente Ranelletti non intendeva più rimanere a Pavia (ed infatti qualche anno dopo andrà a Napoli), e altrettanto certamente aveva largo seguito nella Facoltà bolognese; Cammeo — per non rischiare di essere sconfitto in casa — fa buon viso a cattiva sorte e propone lo stesso Ranelletti, ma poi quest'ultimo, o perché non voleva trovarsi nella stessa sede di Cammeo (ed è improbabile, perché doveva ovviamente aspettarselo quando dette la sua adesione), o per ragioni sopraggiunte non ben valutabili (non dimentichiamo però che tra la proposta di chiamata di Ranelletti e la revoca della stessa vi fu la dichiarazione di guerra) o anche perché si profilava la sua nomina a Rettore dell'Università di Pavia (fu infatti tale dal 1915 al 1920) (72), ci ripensa, e allora alla Facoltà bolognese non resta che... ripiegare su Cammeo. A meno che — ma qui si entra nella dietrologia più trita — non sia stata tutta una « *combine* » tra i due grandi « fondatori » perché dopo aver scelto... e perso Ranelletti la Facoltà non avesse tempo per rivolgersi altrove. Il fatto è che Cammeo, per essere chiamato a diritto amministrativo senza contare su rinunzie di altri, dovrà addirittura adoperarsi per ottenere l'istituzione di una nuova Facoltà (73). Ma di questo ha parlato Grossi nel suo « Stile fiorentino ». Tornando al 1915, due giorni dopo la chiamata ad « amministrativo », il Nostro, Sottotenente di milizia territoriale

(72) V. *Oreste Ranelletti nell'opera sua*, ora in *Scritti giuridici scelti*, I, cit., 23.

(73) Comunque Cammeo lasciò Bologna con rimpianto. Anche se ci troviamo di fronte ad una lettera di circostanza, da essa traspare con chiarezza l'orgoglio di aver appartenuto allo Studio Bolognese: « Magnifico Signor Rettore, nel ringraziarla della comunicazione del mio trasferimento da codesta Università a quella di Firenze, mi consenta di esprimerle, con animo sinceramente commosso, la mia gratitudine per le benevoli parole con cui ha creduto accompagnarla. Ho sempre sentito quanto alto fosse l'onore di appartenere allo Studio Bolognese, e sento quanto perdo moralmente separandomene. Mi è doloroso il distacco da colleghi che hanno tutta la mia venerazione ed il mio affetto e di cui ho sempre sperimentato una fraterna bontà superiore ad ogni mio merito. Tra questi colleghi primissimo è Lei, Signor Rettore, che, così degnamente investito dell'alta carica, mi ha in essa e personalmente usata tanta cortesia ed indulgenza. Ella sa che se ho consentito al mio trasferimento a Firenze è per superiori ragioni di famiglia e per mettermi in regola completa con la formale esigenza della residenza, cui l'anno scorso ero stato richiamato dal superiore Ministero. Questo essendo il motivo della mia determinazione, Ella comprende come la nuova destinazione sia dunque accolta con rassegnazione e non con gioia, conscio come sono di quanto io perdo » (v. Archivio Università Bologna, fascicolo Prof. Federico Cammeo).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'arma di Artiglieria, viene assegnato al Deposito del 2° Reggimento di Artiglieria di fortezza e raggiunge il proprio reparto in territorio dichiarato in stato di guerra. Dal suo stato matricolare si ricava che alla visita di leva (nel 1893) era stato « mandato rivedibile » per deficienza di perimetro toracico e lasciato in congedo; ma le esigenze belliche lo avevano « ripescato » da tale *status*. Il 4 settembre 1915 viene assegnato al Comando dell'VIII Corpo d'Armata (cioè nell'Isonzo prima e poi, dopo Caporetto, presso Nevesa) e ivi rimase, salvo brevi congedi, fino a quando il 23 maggio 1918 da Tenente, quale era divenuto nel frattempo, viene nominato Tenente Colonnello della giustizia militare e così comandato all'Avvocatura generale militare presso il Tribunale militare di Roma (dove risulta in servizio sino al 22 gennaio 1919).

5. *Le fasi dell'opera scientifica di Cammeo.*

La fase giovanile, sino al 1900, vale a dire sino al concorso per la cattedra di Cagliari, è operosissima (come ampiamente riconoscono le commissioni dei concorsi di Macerata e di Cagliari); la monografia sui monopoli, pubblicata a puntate nell'Archivio giuridico, la voce « Demanio », la « Manifestazione di volontà » sul Trattato Orlando (risalente al 1899, anche se edita nel 1901), le « Questioni di diritto amministrativo », saggi di grande spessore come quello sullo stato d'assedio, le innumerevoli note sulla *Giur. it.*, la parte introduttiva del « Commentario ». Si potrà dire che le « Questioni », pubblicate in Firenze dalla Tipografia Luigi Niccoli (come si vede, si trattava proprio di una pubblicazione concorsuale), costituiscono una miscellanea di saggi, in complesso 9 (per 255 pagine a stampa), che — come l'Autore scrive nella premessa — salvo il primo, tutti gli altri erano già stati pubblicati nella *Giur. it.*, seppur « rimaneggiati », e aggiornati con dottrina e giurisprudenza; e che il Commentario era agli inizi, ma in ogni caso sono tutte opere che hanno segnato la storia del diritto amministrativo.

Dopo l'ascesa alla cattedra, l'operosità non sminuisce, anzi. Basti dire che — anche se trattasi di opera iniziata nel 1898-99 — è in quegli anni che forma e scrive il Commentario. Esso è stato scritto per *tranches* attraverso fascicoli via via sovrapposti, nell'arco di oltre 10 anni (nel giudizio su Cammeo della Commissione per il concorso

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a cattedra di Macerata già se ne parla) e poi vi sono citate sentenze del 1909 e del 1910 (74). Per quanto non recante la data di edizione, fu comunque completato ed edito nella sua integralità non oltre il 1911, come si ricava e dalle citazioni e dal fatto che l'Autore si qualifica come « Professore ordinario nella R. Università di Padova », ove appunto rimase sino al 1911. In esso confluiscono, più o meno rimaneggiate, molte delle note a sentenza e delle monografie di quel lungo periodo (da quella sulle azioni dichiarative dedicata a V. Scialoja al saggio sui ricorsi, già inserito nelle « Questioni di diritto amministrativo » etc.). Non v'è dubbio che vi siano ridondanze e sovrapposizioni e partizioni non organiche: ma resta un affresco importante di tutte le grandi questioni del diritto amministrativo allora in formazione, e che pone dei punti fermi, se non sempre nei risultati, quantomeno nelle problematiche (75).

L'operosità di Cammeo, in questo periodo, è all'apice per qualità, quantità, continuità, versatilità: lezioni di diritto commerciale e lezioni di procedura civile (di queste ultime dettò ben 5 corsi), la traduzione con Alfredo Ascoli dei due volumi del Crome (1906 e 1908), nel 1905 pubblica, nel Trattato Orlando (vol. IV, parte 2ª), i « Principi generali, fonti ed organi dell'amministrazione sanitaria », scrive saggi di grande impegno come quello sull'interpretazione autentica e quello sulla privativa postale (nelle « Onoranze » per il

---

(74) V. ad es. p. 1127, nota 2 e p. 1130, nota 2.

(75) Per tutte, la ricostruzione della nozione dell'interesse legittimo, come diritto alla legalità dei provvedimenti amministrativi, che fu perdente (e lo stesso Cammeo si avvicinò nel Corso alla nozione di interesse legittimo elaborata da Ranelletti): « l'impostazione del Cammeo contiene però in sé tutta la problematica della dottrina successiva »: M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 17 ss. Tale Autore aggiunge che la tesi di Cammeo, pur imponendo un nesso strettissimo tra diritto soggettivo e azione, non riusciva a costruire il giudizio amministrativo sulla falsariga del giudizio civile, cioè come compiuto processo di parti: « il perché oggi lo si vede senza fatica: il fatto che nel giudizio amministrativo sia tutelato « un diritto » mancante dell'elemento « volontà », impedisce al titolare del « diritto » di avere quei poteri che ha il titolare del diritto soggettivo provvisto dell'elemento volontà, e che si concretano nel potere di scelta dei fatti da introdurre nel processo, con i conseguenti poteri in ordine all'istruzione probatoria e alle vicende del processo medesimo ». Di qui la rinunzia di Cammeo ad andare avanti nell'opera, e a scrivere del processo amministrativo (che, invece, nelle intenzioni di Cammeo avrebbe dovuto essere la parte preponderante: v. *Commentario,* cit., 5).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Prof. Brugi) e raffiche di note a sentenza (12, addirittura, nel 1909 e nel 1911), molte delle quali ancora citate e ricitate (una per tutte: « I vizi di errore e di violenza negli atti amministrativi »), e poi il « Corso », in due edizioni, che — malgrado la forma litografica — si segnalò subito per la sua chiarezza e efficacia ricostruttiva (76).

È questo il periodo di Cagliari, di Padova, in parte di Bologna; in cui stava a lungo fuori Firenze, e si poteva così dedicare *toto corde* allo studio e alla ricerca; né ancora aveva raggiunto quella fama di avvocato insigne che, per quanto potesse fare resistenza in nome degli studi, finirà poi per sommergerlo e distrarlo, tanti erano coloro che richiedevano la sua assistenza.

Dopo il 1915 — e dopo che torna ad insegnare la sua materia — l'attività scientifica di Cammeo si fa notevolmente meno intensa. Intendiamoci, meno intensa, ma siamo sempre di fronte ad una grande operosità ed a studi di alto livello. Basti pensare all'ancora fondamentale nota sull'errore essenziale come vizio degli atti amministrativi (77), all'ampio studio sul licenziamento degli impiegati degli enti locali in corso di periodo di prova (78), a quello sulla notifica e il deposito del provvedimento impugnato dinanzi alle giurisdizioni amministrative (79), alla classica ed estesa nota sull'esecuzione d'ufficio (80), all'ampio studio (42 colonne) sugli impiegati degli enti pubblici e le norme sull'impiego privato (81), a quelli sull'annullamento d'ufficio dei contratti degli enti locali (82), sul domicilio di soccorso (83), sull'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato (84).

Certo, la produzione delle note non è più quella di una volta: due o tre l'anno, al massimo 4, talvolta 1 (nel 1917, nel 1918, nel

---

(76) V. ancora, per le ulteriori indicazioni, la bibliografia di Cammeo, posta in ordine cronologico (e distinta tra monografie, lezioni e corsi, note e saggi), in calce a CAMMEO, *Società commerciale ed ente pubblico,* cit.

(77) In *Giur. it.*, 1920, III, 243.

(78) In *Giur. it.*, 1923, III, 257.

(79) In *Giur. it.*, 1924, III, 221.

(80) In *Giur. it.*, 1929, III, 1.

(81) In *Giur. it.*, 1927, III, 203.

(82) In *Giur. it.*, 1929, I, 1, 852.

(83) In *Giur. it.*, 1937, III, 223.

(84) In *Giur. it.*, 1937, III, 66.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1926, nel 1931, nel 1936), nessuna nel 1930, nel 1933 e nel 1934, e anche le monografie e i Corsi si riducono di numero e qualità innovativa, pur attinendo ad un periodo seppur di poco più lungo (dalla laurea all'ascesa alla cattedra di diritto amministrativo a Bologna erano passati 21 anni; di lì alla morte ne corrono quasi 24).

Ma, se si abbandona il metro della valutazione relativa (con gli anni precedenti), vediamo che, dopo tutto, il Nostro, oltre alle note sulla *Giur. it.* scrive saggi ancora fondamentali come quello sulla prescrizione nel diritto amministrativo, la prolusione bolognese sull'equità, il volume su « L'ordinamento giuridico dello Stato Città del Vaticano », che è tuttora lo studio fondamentale in materia (85), nonché i Corsi di lezioni, uno bolognese (1922-23) e quattro fiorentini (uno dei quali di Istituzioni di diritto pubblico) (86).

Secondo Paolo Grossi (87), arrivato alla cattedra fiorentina, « si direbbe quasi che viva di rendita, eccezion fatta per la grossa fatica nella sistemazione dell'ordinamento positivo del nuovo Stato della Città del Vaticano su precisa commissione della Santa Sede »; e questo — è sempre la tesi di Grossi — perché il suo « discorso altissimo del Commentario sembrava ormai irrealistico e travolto dagli eventi, soprattutto a seguito della involuzione fascista ». Il suo ritiro, o meglio il suo disimpegno, nascerebbe cioè dal non riconoscersi più nella forma di Stato così come si andava realizzando.

La tesi, per quanto suggestiva, non convince fino in fondo, se si pensa che Cammeo, uomo d'ordine e rispettoso della legalità (88), in realtà non avversò il fascismo (89), e anzi giunse, nel periodo del consenso, a donare alla Patria la medaglia commemorativa della sua collaborazione alla formazione dell'ordinamento dello Stato della Città del Vaticano, cui pur tanto teneva (90). Del resto, proprio nel

---

(85) GIANNINI, *Prefazione,* cit., XV.

(86) Per più articolate indicazioni sui Corsi, v. *infra*, nota 137.

(87) *Stile fiorentino,* cit., 141 ss.

(88) Su questa caratteristica di Cammeo, del resto ricavabile anche dai suoi scritti (e dalla terminologia: talvolta usava premettere ad una critica ad una sentenza un « pur con tutta reverenza »: v. ad es. *Gli impiegati degli enti pubblici etc.*, in *Giur. it.* 1426, III, 5 (nota 4)), v. CALAMANDREI, *Federico Cammeo,* cit., 394: « era per i Suoi studi un legalitario ossequiente all'autorità costituita ».

(89) Su questo aspetto della vita di Cammeo v. *infra*, par. 13.

(90) Lo ricorda BRUNORI, *Galleria privata,* cit., 55: « Papa Ratti... lo volle accanto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Suo ultimo studio, il saggio su « Società commerciale ed enti pubblici », che avrebbe dovuto essere inserito negli Studi in onore di Santi Romano e che non venne pubblicato per le leggi razziali, scritto all'inizio del 1938 (ha per oggetto precipuo una sentenza del gennaio 1938), Cammeo fonda le proprie considerazioni ermeneutiche anche sulle direttive dello Stato fascista. « Queste direttive infirmano altri criteri e soprattutto tutte le esagerazioni della divisione dei poteri, specie mettendo in luce l'esistenza di un potere governativo che unifica le altre funzioni dello Stato e valorizzando l'importanza del potere esecutivo. Proprio per questa valorizzazione resta escluso che provvedimenti dell'autorità amministrativa possano sindacarsi e tanto meno farsi dipendere nella loro efficacia o esecuzione dell'apprezzamento o dalla volontà dell'autorità giudiziaria. Gli organi amministrativi devono essere, in omaggio al principio di autorità, responsabili verso il potere governativo, e i loro atti debbono essere revocabili » (91).

Più terra terra, Cammeo venne preso sempre più dai suoi impegni professionali, cui si dedicava con impegno e con energia, e che in fondo lo appassionavano (si pensi alle scenette in treno che ci ha narrato Calamandrei, e in cui Cammeo parlava delle sue cause

---

a se e creatore del corpo di leggi che la Città del Vaticano si dette, non appena stipulati i Patti Lateranensi. Gli offrì una medaglia d'oro che mostrava con visibile commozione ». Si dice però che tale medaglia non fosse d'oro, ma solo dorata, e ciò emerse proprio all'atto della donazione: l'episodio della medaglia-patacca donata alla Patria veniva narrato dal Prof. Pasquale Galli, che fu fedele assistente di Cammeo, e mi è stato riferito dal Dott. Enzo Guerra, a sua volta assistente di Galli.

(91) *Società commerciale ed ente pubblico,* cit., 25. Non sembra allora da condividere quanto scriveva invece in proposito S. LESSONA, *L'opera di Federico Cammeo (commemorazione pronunciata nell'Aula Magna dell'Università di Firenze il 28 ottobre 1947)*, in F. CAMMEO, *Società commerciale,* cit., IX: « La preparazione di questo scritto, elaborato quando già incombeva la inumana persecuzione razziale, richiama alla mente l'atteggiamento di Archimede sotto la minaccia del gladio del soldato romano. Perché io rivedo Federico Cammeo raccolto tra la quiete dei suoi libri, intento a meditare, felice di costruire e di esprimere, chiuso nella *turris eburnea* del pensiero che gli faceva dimenticare la tempesta ». Tra l'altro, come vedremo, *Società commerciale ed ente pubblico* è stato scritto prima delle leggi razziali, che colsero di sorpresa Cammeo (v. *infra* e par. 13); e poi la testimonianza diretta di CALAMANDREI, *Federico Cammeo,* cit., 395, smentisce la *turris eburnea*: di contro Cammeo perse ogni stimolo a leggere e studiare.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con la stessa enfasi dei non gentiluomini che raccontano le proprie avventure galanti); era poi così generoso che non riusciva a dire di no a tutti coloro che chiedevano il suo patrocinio, e che erano innumerevoli anche perché non era affatto venale (di qui la corte di maestri, vigili urbani, segretari comunali etc. di cui parlava ancora Calamandrei) (92). Cammeo ebbe anche gravi problemi di salute, cui fa cenno la *Giur. it.* nel presentare « in onore al Prof. Federico Cammeo » l'elenco delle sue pubblicazioni (« Un quarantennio di collaborazione ») (93). Agli impegni professionali, si aggiunsero non pochi incarichi di rilievo, sia durante la guerra che dopo: addetto al Tribunale militare, membro del contenzioso diplomatico etc. Fu anche membro della Commissione per la riforma del c.p.c. (o meglio Sottocommissione della Commissione reale per la riforma dei codici), e anzi fece parte del Comitato ristretto presieduto da Mortara, con Calamandrei, Carnelutti e altri (94). Certo, non ebbe incarichi istituzionali « nel regime », come Romano e tanti altri giuristi dell'epoca, ma questo soprattutto per il suo spirito indipendente: voleva lavorare da sé, confidava in sé e soltanto in se stesso.

Del resto Cammeo non figura né tra i membri di circoli di intellettuali, né fa parte di alcun « movimento » culturale o sociale, né partecipa in alcun modo alla vita pubblica, se non attraverso il suo insegnamento e la sua professione. Non era cioè un uomo pubblico, e ancor meno un uomo che amasse mettersi in mostra (95); e anche questo è una conseguenza del suo individualismo (la figlia ricorda che aveva pochissimi amici, tutti colleghi del Foro: France-

---

(92) CALAMANDREI, *Federico Cammeo,* cit.

(93) In *Giur. it.*, 1932, IV, 33: « Anche nel 1930, in cui per motivi di salute ha rallentato alquanto la propria attività, Egli ha dato incessantemente la consueta affettuosa cura alla individuazione della giustizia amministrativa, scegliendo le decisioni, formulando le massime e le note di confronto e richiami ».

(94) Su questa Commissione v. CIPRIANI, *Storia di processualisti,* cit., 259 ss.

(95) Ed infatti non era noto al di là del suo ambiente: lo si comprende anche leggendo un recentissimo libro di A. MARCOLIN, *Firenze in camicia nera*, Firenze, 1993, in cui a proposito del processo dello « smemorato di Collegno » si citano gli « avvocati illustri » Francesco Carnelutti, Filippo Ungaro e anche Roberto Farinacci, ma non Cammeo (v. p. 172), e nel menzionare i professori di grande valore che dovettero lasciare l'Università di Firenze per le leggi razziali, si ricordano solo Attilio Momigliano, Rodolfo Morandi, Edoardo Volterra (v. p. 234).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sco Pacelli, Carnelutti, Calamandrei, Finzi). Se il calo di « produttività » fosse da ascrivere alla caduta del liberalismo ottocentesco, e in genere di quei principi di libertà in cui aveva tanto confidato, non si spiegherebbe perché questo calo è avvertibile (senza considerare il periodo bellico, in cui la riduzione di attività ha evidenti spiegazioni) già nel periodo 1920/1925, quando il fascismo non si era ancora espresso nella legislazione liberticida; né perché, dopo tutto, la sua operosità (se si pensa anche ai gravi problemi di salute e agli impegni pubblici) non raggiunse mai livelli bassi; e soprattutto perché non vi sono mai, quantomeno nelle pieghe dei suoi studi, critiche più o meno velate verso il regime e ciò che esso comportava. Certamente, nelle sue opere divengono meno continui i richiami ai principi di ragione, di giustizia distributiva, di equità, che tanto percorrevano le pagine dei suoi scritti giovanili e dell'anteguerra in genere. Ma questo derivava in parte dal fatto che la Sua attenzione era riposta sempre più verso temi tecnici, in gran parte di procedura, che richiedevano una minuta lettura del diritto positivo, e in parte dal fatto che, nel frattempo, il ricorso ai principi si era fatto meno pressante, per il diffondersi della legislazione e per lo stratificarsi della giurisprudenza delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, sicché, superato il periodo « costituente » del diritto amministrativo, le questioni erano sovente risolvibili ricorrendo a specifiche disposizioni di legge o a massime di giurisprudenza. Taluni hanno ravvisato una espressione di « resistenza » nella nota su « Il licenziamento di dipendenti privati coprenti cariche sindacali » (96), che aderiva ad una sentenza della IV Sezione che aveva annullato l'ordine del Ministro delle corporazioni di riassumere un dipendente dirigente sindacale (sotto-fattore di un'azienda agricola): ma, a guardar bene, la tesi seguita dal Cammeo non era tanto « eversiva », se poi era conforme alla soluzione seguita dal Consiglio di Stato; ed infatti essa si basava in sostanza sull'osservanza del principio di legalità, perché il potere del Ministro non era stato conferito da alcuna legge. È vero che, da ultimo, auspica che un potere del genere non venga, neppure in futuro, conferito dalle leggi, ma il Nostro (dopo aver invocato il « tempo dei grandi mutamenti », « qual'è

(96) In *Giur. it.*, 1938, III, 1 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

davvero la Rivoluzione Fascista »), osserva che « giustamente... la decisione pone in evidenza come la profonda e benefica evoluzione del diritto del lavoro, tutto ad onore del regime », sia da conciliarsi « col principio di ordine pubblico, ricavabile dal sistema della legge stessa, quando afferma l'insopprimibile diritto del datore di lavoro di libera scelta dei proprii dipendenti e collaboratori, diritti, d'altronde, rispettosi dell'interesse stesso della produzione ». In altri termini Cammeo positivista plaude alla sentenza perché essa fa applicazione del principio di legalità; ma lo stesso Cammeo positivista accetta senza riserve la legislazione fascista.

Questo, si badi, non vuol dire che Cammeo fosse un uomo di regime; tutt'altro. La sua assenza da cariche istituzionali del regime quando gli sarebbe stato facile averne, lo comprovava. Era un classico giurista ottocentesco, profondamente impregnato di cultura liberale, come dice Calamandrei (97), e che continuamente — è ancora Calamandrei che lo ricorda — ebbe ad aiutare dall'interno molti perseguitati o comunque dissenzienti del fascismo. Ma non avversò il fascismo perché su tutto prevaleva il Suo *habitus* di uomo rispettoso dell'ordine costituito e il Suo disinteresse dalle contingenze politiche, perlomeno sino alle leggi razziali, le quali lo colsero all'improvviso, del tutto impreparato (98), tantoché non reagì nep-

---

(97) CALAMANDREI, *Federico Cammeo,* cit., 394. E del resto, anche testualmente, nelle opere di Cammeo è costante il richiamo al liberalismo classico: si veda quanto scrive in « Della manifestazione », cit., 2012, « Come ben disse un'antica sentenza » (Cass. Milano, 7 giugno 1865, in *Giur. it.*, 1865, pt. I, 365-368) « in tempi nei quali le teorie liberali costituzionali erano ancora vigorose e vitali, e l'autorità giudiziaria aveva alta e non timorata coscienza del compito suo nel diritto pubblico ». In ogni caso era costante, nel suo positivismo, il rispetto per la legge, l'affermazione che la legge non incontrava limiti in fonti sovraordinate, la ripulsa del diritto naturale (ma non dei principi nascenti dalla tradizione, come si vedrà più avanti).

(98) Si deve ricordare che, come ha ben dimostrato, con dovizia di documenti, R. DE FELICE, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascimo*, Torino, 1993 (nuova edizione ampliata), 328, il manifesto degli scienziati sulla razza (del 14 giugno 1938) e i successivi primi provvedimenti giunsero per moltissimi ebrei e per la stessa Unione delle Comunità Israelitiche come un fulmine a ciel sereno. « Per moltissimi italiani la campagna antisemitica scatenata nel 1938 fu il primo vero *shock* politico dopo il delitto Matteotti, fu il primo fatto che veramente fece aprire loro gli occhi sul conto del fascismo e segnò l'inizio del loro divorzio da esso. Non si vede perché la massa degli ebrei avrebbe dovuto essere più lungimirante e capire prima del resto degli italiani come le cose sarebbero

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pure, e ciò per la profonda delusione che si sommava alle cattive condizioni di salute. Ma sulla sua fine tornerò più avanti. Qui intendo solo far notare che non fu per il fascismo che rallentò la sua opera; semmai, si può dire che per il fascismo non assurse ad incarichi pubblici (di cui invece, nel periodo bellico e post bellico era stato ampiamente investito) e « si sprofondò nella sua attività di professore e di avvocato » (99).

6. *Cammeo nel privato.*

La personalità di Cammeo nel privato è ricostruibile attraverso i racconti dei suoi amici e della figlia Elisa, e in parte attraverso la tradizione orale che ancora lo accompagna (100). Si sa che abitava in Via Andrea del Castagno, e poi in Via Mannelli, in un villino. Era

---

andate a finire. Tanto più che sino allora la fiducia in Mussolini era stata, da un punto di vista strettamente ebraico, sostanzialmente ben riposta: non aveva infatti Mussolini aiutato i profughi della Germania, trattato gli ebrei come pochi altri governi europei trattavano i loro e, almeno ufficialmente, sempre negato l'esistenza in Italia di una *questione ebraica*? ». Può essere interessante rilevare che non diverso fu l'atteggiamento di U. FORTI, se si pensa che in *Il silenzio della pubblica amministrazione ed i suoi effetti processuali*, proprio in *Studi Cammeo,* cit., I, 553, giunse ad affermare, con ingenuità oggi evidente, che « se è vero che il nostro attuale diritto pubblico tende a restaurare l'autorità dello Stato, è anche vero che vuole altrettanto intangibili le garanzie di giustizia nell'amministrazione », e tal fine richiamava « le nuove e recise dichiarazioni » che in questo senso erano contenute nel discorso di Mussolini per la celebrazione del Centenario del Consiglio di Stato, in *Riv. dir. pubb.*, 1931, I, 401.

(99) Sono le stesse parole impiegate a proposito di Calamandrei da P. BARILE, *Piero Calamandrei all'assemblea Costituente*, in *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro* (a cura di P. BARILE), Milano, 1990, 332 ss.; su Calamandrei durante il fascismo v. altresì GROSSI, *Stile fiorentino,* cit., 142 ss., il quale osserva che Calamandrei, data la sua formazione positivista e ossequiosa della legalità, durante il fascismo « proclamava uno sconsolato ossequio alle leggi, solo perché tali, ed anche se il cuore le maledice », e che solo più tardi Calamandrei sostituirà al principio di legalità *tout court* il principio di legalità democratica.

(100) Su Cammeo « privato » v. le già ricordate commemorazioni di JEMOLO, *Commemorazione del corrispondente Federico Cammeo,* cit., 130 ss.; CALAMANDREI, *Federico Cammeo (nel decennale della sua morte)* cit., 388 ss.; F. CARNELUTTI, *Federico Cammeo*, a cura del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Firenze, cit., 9 ss.; E. FINZI, *Parole pronunciate dal Presidente dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Firenze, ivi*, 5-6; v. altresì BRUNORI, *Galleria privata,* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

solito lavorare tutta la notte nel suo studio posto in via Cavour (al n. 35), e alzarsi tardi la mattina; raramente usciva, anche perché passava tanto tempo fuori Toscana (sia per l'insegnamento sia per l'attività professionale), se non per andare talvolta a teatro con la moglie Tilde (che era piccina, elegante e arguta come lui: così la descrive Carnelutti), o per brevi passeggiate. Aveva pochissimi amici, che però frequentava in prevalenza nelle Università e nelle aule giudiziarie, dai cui ambienti provenivano e i cui nomi sono già menzionati. La figlia ricorda anche che era un uomo metodico, spartano e morigerato (con talune eccezioni); che faceva pasti frugali; era un salutista e per questo mangiava pressoché esclusivamente carne macinata e frutta, beveva poco, ma fumava tantissimo (e per di più « micidiali sigarette », secondo Calamandrei). Non faceva vacanze: una volta che venne nominato commissario in un concorso per una cattedra presso un Istituto commerciale di Catania, accettò a condizione che i lavori si svolgessero durante le vacanze di Natale (101). Al massimo andava durante i fine settimana a Viareggio o Venezia dove la sua famiglia si stabiliva per trascorrere le vacanze estive. E d'altra parte tempo per le vacanze non l'aveva davvero, carico di impegni di ogni sorta com'era, al punto che ci si chiedeva « dove trovasse il tempo per attendere a così varie attività e per viaggiare e per mostrare sempre agli amici un volto riposato » (102).

Federico Cammeo leggeva qualsiasi cosa con fare maniacale, compresi i libri di filosofia, di economia, di storia, di arte e — secondo Jemolo — persino i libri gialli, e aveva una memoria prodigiosa; aveva inoltre una grande curiosità, che lo portava ad interessarsi delle nuove scoperte della scienza e degli ultimi ritrovati tecnici (103). Non aveva nessun rapporto con la comunità israelitica

---

(101) V. Archivio Università di Bologna, fascicolo personale Prof. Federico Cammeo: « Ministero Economia Nazionale - Roma - Professor Federico Cammeo risponde mio mezzo telegramma tredici corrente n. 41641 ringraziando ed accettando partecipazione commissione concorso istituzioni di diritto pubblico Istituto commerciale Catania purché convocazione avvenga vacanze natalizie. Il Rettore - Bologna, addì 14 novembre 1923 ».

(102) Così Jemolo, *Commemorazione,* cit., 132.

(103) Scrive Jemolo, *op. loc. cit.*: « Cammeo era un instancabile lettore, sempre in grado di parlare dell'ultima pubblicazione sull'epistolario paolino o sulla fisica atomica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che non frequentò mai, anche se volle essere sepolto in un cimitero israelitico per attaccamento alle tradizioni, attaccamento reso più fermo dalla persecuzione razziale. Né del resto abbracciò in alcun modo la religione cattolica, di cui lo interessavano solo le questioni teologiche da un punto di vista culturale, anche se ebbe intensi rapporti con la Santa Sede per la redazione dell'ordinamento giuridico della Città del Vaticano; rapporti che furono tenuti anche con l'allora cardinale Eugenio Pacelli (104), che talvolta veniva a trovarlo « per consultazioni » a Firenze, recandosi solitamente nella casa di Via Mannelli, e soprattutto con il fratello di questo, Francesco Pacelli, libero docente di diritto amministrativo (105), consulente della Santa Sede già nella fase di preparazione dei Patti Lateranensi, e a cui Cammeo dedicò il libro su « L'ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano » (106). In ogni caso — come con molta

---

o sulle origini della feudalità, dell'ultimo romanzo (era anche un assiduo lettore di gialli) o dell'ultimo libro di critica d'arte. Inutile dire che non c'era recente pubblicazione giuridica che non avesse letta ».

(104) Non è forse inutile ricordare che Eugenio Pacelli (1876-1958), laureato in teologia e *utroque iure* presso il Pontificio ateneo del Seminario romano di Sant'Apollonia, aveva poi insegnato diritto canonico presso detto Seminario e all'Accademia dei nobili ecclesiastici; ed ebbe a pubblicare una monografia su « *La personalità e la territorialità delle leggi specialmente nel diritto canonico* », Roma, 1912, e condusse le trattative e portò a conclusione i concordati con la Baviera (1925), con la Prussia (1929), con il Baden (1932).

(105) Era stato allievo di Lorenzo Meucci, cui dedicò il suo volume « *Le acque pubbliche e i diritti dello Stato e dei privati* », Torino, 1898; molto noto è il suo volume su « *Le acque pubbliche* », Padova, 1934, 3a ed.: all'epoca era professore incaricato nell'Università di Roma di « Diritto delle acque ».

(106) La dedica indirizzata al « Signor Marchese Prof. Avv. Francesco Pacelli » è la seguente: « Caro Pacelli, consenti che io ti dedichi questo libro. Avresti dovuto scriverlo te, che, preparato con ottimi studi di diritto pubblico, hai, sotto le Sovrane Direttive, tanto saggiamente operato per la legislazione dello Stato della Città del Vaticano. Saresti riuscito a sistemare il contenuto assai meglio di me e ne avresti sempre interpretato rettamente lo spirito che io, per mia manchevolezza e per difetto di dati esplicativi, dubito di non avere spesso inteso bene e posso temere, qualche volta, di avere addirittura tradito. Ma è accaduto che, distratto da molte e delicate occupazioni, tu non abbia pensato a questa impresa, e che essa mi abbia sedotto per le sue difficoltà. Poiché, ormai, il libro l'ho fatto io, come meglio ho potuto, lascia almeno che, in questo fausto giorno, lo ponga sotto l'auspicio del tuo nome e ti dia così un segno, quantunque imperfetto, della mia amicizia. Credimi affettuosamente tuo F. Cammeo - Firenze, 11 febbraio 1932-X ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

finezza scrive Calamandrei — « nel praticare a sue spese la carità cristiana era più cristiano di tanti cattolici di mia conoscenza » (107). Era molto legato ai suoi genitori: ed infatti dopo la loro scomparsa dette i loro nomi ai Suoi figli (il padre, Cesare, nato il 21 dicembre 1832, morì il 16 dicembre 1906; la madre, Elisa, nata il 20 luglio 1852, morì il 10 maggio 1912).

Per quanto concerne i suoi studi di diritto, si è già visto come seguisse con impegno la letteratura italiana e straniera, sia di diritto amministrativo che di procedura civile, ma anche di diritto civile, di diritto costituzionale, di diritto ecclesiastico, di diritto commerciale, come ben si comprende dalle sue opere. Aveva poi una attenzione continua, per non dire una passione, verso la legislazione e verso la giurisprudenza. Per quanto concerne la legislazione, Calamandrei ricorda che la sua lettura preferita era la *Gazzetta Ufficiale.* Per quanto concerne la giurisprudenza, la figlia Elisa mi ha raccontato che anche quando andava in bagno recava con sé grossi tomi rilegati di giurisprudenza, la cui lettura lo assorbiva sì tanto da creare... non pochi problemi all'interno dell'ordinamento domestico.

All'apparenza brusco ed ironico, dal fare distaccato e — sembrava — sussiegoso, conoscendolo invece era un uomo di grande comprensione e generosità (108), che dimostrava con i giovani stu-

---

(107) CALAMANDREI, *Federico Cammeo,* cit., 394. CARNELUTTI, *Federico Cammeo,* cit. 21, getta un velo di dubbio sulla laicità di Cammeo: « Non possiamo dire se fosse credente; ma che sappiamo noi, piccoli uomini, del mistero delle predilezioni di Dio, che neppure Beatrice seppe svelare a Dante in Paradiso? »; ma come è evidente da tutto il contesto della commemorazione carneluttiana, trattasi di una speranza per legare l'amico scomparso anche alle sue - nel frattempo acquisite - convinzioni religiose.

(108) La generosità di Cammeo è ricordata da tutti coloro che l'hanno conosciuto, e soprattutto da Calamandrei. Un piccolo esempio della sua generosità si ricava dalla lettera 21 giugno 1925 del Preside della Facoltà di Giurisprudenza di Bologna con cui lo si ringrazia dell'offerta di lire mille da destinare a qualche studente meritevole ed indigente. La generosità, del resto, era un valore di famiglia: la sorella (unica) di Cammeo, Bice, ebbe infatti a fondare a Firenze un orfanotrofio, tuttora operante e che è stato a lei intitolato dopo la sua morte (avvenuta nel 1961). Mette conto ricordare che Bice Cammeo ringraziò Calamandrei della commemorazione che ebbe a fare del fratello nel 1949 e qui tante volte ricordata, e anzi questa lettera contribuisce a dare, ove necessario, una ulteriore « copertura » alle appassionate rievocazioni dell'amico: v. lettera del 29 ottobre 1949 (in *Carteggio di Piero Calamandrei, Archivio dell'Istituto storico della Resistenza in Toscana*), nella quale scriveva: « Caro amico, con l'animo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diosi, cui era prodigo di incoraggiamenti e consigli, con i colleghi, che trattava con cortesia e familiarità, con i suoi clienti, in larga parte formati da dipendenti pubblici, come maestri, vigili urbani, impiegati di Prefettura, per cui proponeva ricorsi alla G.P.A. e al Consiglio di Stato, predisponendo di persona gli atti, e andando di persona a discutere in udienza i ricorsi senza alcuna venalità, tanto che spesso ci rimetteva anche le spese. Aveva una grande passione per il diritto e le questioni giuridiche in genere: Calamandrei racconta che, quando lo incontrava in treno, sulla tratta Firenze-Roma (che Cammeo percorreva anche più di una volta la settimana: anche la figlia ricorda come una costante della vita del Nostro i continui viaggi del babbo a Roma), non c'era verso di leggere e studiare; veniva « assalito » da Cammeo, che gli illustrava in dettaglio il caso che avrebbe affrontato il giorno dopo, in Cassazione o in Consiglio di Stato, i problemi che suscitava, la difesa avversaria, la soluzione che aveva in mente. Non abbandonava mai il suo *habitus* di giurista, e applicava, anche nel discorrere comune, le nozioni giuridiche: si racconta che dovendo incontrare una persona che non vedeva da anni, diceva che lo faceva per interrompere « la prescrizione », o che la mattina presto sul far dell'alba, quando sovente tornava dallo studio dopo una notte di lavoro, si metteva a parlare con gli spazzini, i quali si lamentavano delle dure condizioni di lavoro e di salario, e per consolarli ricordava loro che dopotutto erano « incaricati di un pubblico servizio ».

Si può aggiungere che soffriva di *angina pectoris*, era minuto e gracile (era, come si è visto, esonerato a ginnastica, e venne fatto rivedibile e posto in congedo — in tempo di pace — per deficienza toracica), piccolo, magro, sottile: così lo ricorda Carnelutti, ma aveva uno sguardo acutissimo e occhi vivacissimi (109). Aveva una

---

ancora profondamente commosso desidero dirle quanto grande, vera, sentita, sia stata la rievocazione della figura di mio fratello. Mi è apparso davanti agli occhi, come l'ho sempre nel cuore, ma ravvivato, rianimato dalla sua calda, sincera parola. Unico grande conforto della vita è l'amicizia, e Lei, caro professore, me ne ha date tante prove ch'io custodisco gelosamente nell'animo, in compenso di tanti dolori e di cui Le serbo la più viva gratitudine. Cordiali saluti ».

(109) Così lo ricorda il suo collaboratore Filippo Serlupi Crescenzi, lettera a Calamandrei 21 giugno 1950, con cui lo ringrazia dell'invio della commemorazione: « Illustre e caro professore, grazie di cuore per l'invio del suo estratto « Federico

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

voce secca e metallica. Non era dotato di grande eloquenza; era invece minuzioso e puntiglioso talvolta sino al pignolo (110), un po' come nelle sue note, senza voli pindarici, ma attento a costruire tutti gli argomenti con completezza e consequenzialità (come una dimostrazione algebrica, per dirla con Calamandrei), con richiami di dottrina e di giurisprudenza si ché il suo argomentare era « implacabile » (111), e tanta era la sua autorità che quando prendeva la parola nelle aule di giustizia si creava attorno a lui una cortina di silenzio e di religiosa attenzione.

Siamo in grado di ricostruire quanto fosse scrupoloso, impegnato e sollecito anche nell'attività professionale meno gratificante. Dalle tre filze di fascicoli di pratiche seguite direttamente da Cammeo conservate nell'ordinatissimo archivio del Sen. Guido Bisori, e riguardanti tutti attività di assistenza e consulenza per il Comune di « Prato in Toscana » (ora Prato), si ricava: *a*) che Cammeo rispondeva alle richieste di pareri scritti, su argomenti sovente assai complessi e che richiedevano la disamina di voluminosi dossier, in 3 o 4 settimane al massimo, talvolta anche in pochi giorni; *b*) che sia le consulenze che gli atti giudiziari erano redatti di persona da Cammeo: si trovano infatti all'interno degli ordinati fascicoli le mi-

---

Cammeo nel decennale della morte ». Nel leggerlo ho provato la medesima emozione e la medesima commozione che sentii allorché udii le parole che pronunciò all'Università, nella medesima circostanza. Malgrado la morte, che tutto appanna, nella sua parola e nel suo scritto Federico Cammeo appare vivo e presente, con il suo sguardo acutissimo che accompagna la sua intelligentissima parola o il suo profondo sorriso. Ancora tante, tante grazie e mi creda con ogni deferenza e cordialità suo Filippo Serlupi Crescenzi » (in *Carteggio di Piero Calamandrei, Archivio dell'Istituto storico della Resistenza in Toscana*).

(110) Sulla « pignoleria » di Cammeo, del resto risultante da molte sue note, si veda la lettera al « Sig. Borsari » (dipendente dell'Università di Bologna) del 19 luglio 1924: « Egregio Sig. Borsari, il Ministero della Giustizia per rimborsarmi alcune trasferte mi richiede, come da acclusa lettera, un certificato del mio grado gerarchico. Essendo io ordinario al massimo dello stipendio il mio grado gerarchico è il 4° equiparato a generale di divisione, giusta il R.D. 11 novembre 1923 n. 2359. La pregherei di rilasciarmi o farmi rilasciare, se possibile, dal Rettore il corrispondente certificato; e le allego all'uopo istanza in carta da bollo. Può ritenere l'importo della spesa sul mio stipendio del 27 corr. ».

(111) Così lo ebbe a definire A. Sorrentino, *Esperienza professionale - Diritto pubblico*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, in *Atti del Convegno di Messina - Taormina*, 3-8 novembre 1981, Milano, 1982, 1321.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nute, scritte con quella sua calligrafia chiara e distesa (rinvenuta anche nel fascicolo personale dell'Università di Bologna), su fogli a protocollo, utilizzando solo la colonna di destra (come si faceva un tempo nei temi in classe d'italiano), con le correzioni e le integrazioni sulla colonna bianca; e pronte per la dattiloscrittura (Cammeo indicava ad es. anche la data dell'udienza, la sezione, il numero di ruolo, con estrema pignoleria); *c*) che i pareri recavano la intestazione « in punto di verità », erano accompagnati da dovizia di richiami giurisprudenziali, ma Cammeo era solito unire alle valutazioni di stretto diritto valutazioni di opportunità, in sostanza consigliando nel merito l'Amministrazione; *d*) che le questioni sottoposte al « professore » (invero con estrema deferenza, a leggere dalle richieste degli amministratori, Potestà o commissari prefettizi) erano le più varie, e ricordavano da presso tanti dei temi affrontati nelle note sulla *Giur. it.*: dai rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale alle promozioni di commessi e impiegati; dalle limitazioni di orario alle industrie tessili alle tasse di occupazione del suolo pubblico; dalle supplenze del veterinario condotto alle questioni su forniture di energia elettrica; dalla responsabilità della ditta di fuochi d'artificio appaltatrice del Comune per un incidente in cui moriva uno spettatore, al parere sul tabernacolo di Filippo Lippi, in un caso in cui i proprietari dell'immobile avevano appositamente reso opachi i vetri impedendo al pubblico di vedere il dipinto; dalla tassa di pubblicità sui veicoli recanti scritte pubblicitarie; alla responsabilità per inondazione da canale (gora) consorziale; *e*) che, anche nell'attività professionale, prevalevano sempre, rispetto a letture compiacenti, l'alto senso di giustizia, le considerazioni di equità, il rispetto della moralità amministrativa, che deve essere seguita dalla P.A. ma anche dai privati che vi intrattengano rapporti (112).

(112) In un caso di abuso edilizio *ante litteram*, nel quale un certo Sig. G.V., dopo aver richiesto ed ottenuto una licenza edilizia per la costruzione di una casa da adibirsi ad uso colonico, progettandola con grafici che indicavano stalla, cantina, fienile, tinaia, aveva invece realizzato una lussuosa casa di civile abitazione, Cammeo è molto esplicito nello stigmatizzare il comportamento di costui, che aveva carpito la buona fede dell'Amministrazione (ottenendo anche una facilitazione per l'accesso alla pubblica via).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

7. *Più avvocato o professore?*

In tutti coloro che l'hanno commemorato, e con intensità di affetti pari all'efficacia, sono fortissimi il ricorso e l'esaltazione di Cammeo come avvocato: pensiamo a quanto hanno scritto Carnelutti, Finzi, Calamandrei, Jemolo (113). Può darsi che ciò derivasse (ma per i primi due) dalla sede della commemorazione; o anche dal fatto che lo avevano conosciuto soprattutto nel ruolo di avvocato, e nelle frequentazioni forensi, più che in quelle accademiche.

Ma forse si fa torto a Cammeo nell'esaltare le sue qualità di avvocato sommo (anche se non possono essere sottaciute). Non perché non lo fosse; e ciò è ben visibile sia nella consulenza per la redazione dell'ordinamento dello Stato della Città del Vaticano (114), in cui si dovettero affrontare e risolvere anche spinosissime questioni di diritto internazionale, di diritto penale, di diritto processuale, sia nell'attività più minuta, cui pure dedicò senza respiro le sue energie, perché aveva profonda la convinzione che l'avvocato svolgesse un servizio a difesa del principio di legalità (era dunque una applicazione pratica della sua ispirazione costituzionale della giustizia, amministrativa o no), ma perché la sua intensa attività forense e il suo successo in tale attività hanno finito talvolta per mettere un velo sulla sua produzione scientifica, sì da considerarla in gran parte

---

(113) V. le opere citate *retro* nota 100. Ma v. anche SCIALOJA, *Federico Cammeo*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, cit., XV: « Chi voglia tessere l'elogio di Federico Cammeo incontra non lievi difficoltà nelle svariate qualità dell'opera di lui. Dovrà in lui maggiormente lodarsi il teorico del diritto o il pratico? Lo scrittore o l'insegnante? L'arbitro, il critico o l'avvocato? »; F.C. GABRIELI, *Cammeo Federico*, in *Noviss. dig. it.*, vol. II, Torino, 1974 (rist.), 809: « Il suo insegnamento di diritto pubblico è stato grandemente avvalorato dalla profonda conoscenza del diritto positivo, anche privato, e dall'esperienza forense, nella quale godette di larga rinomanza »; nonché P. CRAVERI, *Cammeo Federico*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, 1982, 286 (peraltro non ben informato, se attribuisce a Federico Cammeo anche la monografia sui contratti degli enti pubblici scritta dal figlio Cesare), in cui scrive che « l'opera scientifica di Cammeo... per il felice risultato da un lato del suo impegno di docente, dall'altro di una vasta attività forense, sia come amministrativista che come civilista ».

(114) Compito che svolse « con devozione »: così CARNELUTTI, *op. loc. ult. cit.*, il quale aggiunge: « né posso dimenticare la reverenza, con la quale egli, pur incline com'era ad una valutazione disincantata di uomini o di cose, mi parlò della visita al Pontefice, quando gliene offerse, mirabilmente rilegato in pelle bianca, il primo esemplare » (del volume su « *L'ordinamento dello Stato della Città del Vaticano* »).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

frutto dell'esperienza pratica e utile solo per i pratici (e una eco di tale « sottovalutazione » si legge anche nel giudizio che ebbe nel concorso per la cattedra di procedura civile di Padova).

Questa « velatura », forse dettata dall'attenzione per l'ultima delle fasi della produzione scientifica di Cammeo, e comunque al cui formarsi aveva contribuito anche lo stesso Cammeo, sempre così modesto (115), è del tutto ingiustificata. Cammeo è uno dei grandi fondatori del diritto pubblico italiano. I contributi che ha dato Cammeo alla fondazione della scienza del diritto amministrativo (e anche del diritto costituzionale) sono innumerevoli, e sono ampiamente ricordati, analizzati e valutati nei saggi che compongono il presente volume. Chiaramente — e non può essere che così, perché la scienza giuridica è sempre in movimento — molti di questi contributi sono ormai datati: superati dalla Costituzione, dalla legislazione, da teorie più approfondite ed analitiche che non potevano richiedersi ad un « fondatore ». Restano però come pietre miliari: basti pensare alla nozione di discrezionalità tecnica (116), all'esecuzione d'ufficio (117), alla prescrizione nel diritto amministrativo (118). E ancora, a proposito dell'eccesso di potere, si fa risalire a Cammeo la tesi di identificare, in parallelo con l'evoluzione giurisprudenziale

---

(115) Nella introduzione al Commentario che — come noto e come verrà più avanti messo in luce — tratta una serie innumerevole di questioni teoriche di grande respiro, scriveva: « sebbene il nostro compito sia essenzialmente pratico e si riconduca al commento del diritto positivo vigente »: v. p. 4.

(116) V. da ult. F. SALVIA, *Atto amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 685 ss.; ma le citazioni degli studiosi che partono da Cammeo per studiare la discrezionalità tecnica potrebbero essere numerosissime: tra le tante, si veda comunque C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.

(117) « È negli studi di Cammeo che l'esecutorietà confluisce nella più ampia nozione di autotutela e questa a sua volta diviene uno strumento di razionalizzazione del sistema amministrativo che appunto con questo autore assurge ad una completa autonomia »: così G. CORAGGIO, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, 2. Ed invero lo sforzo di Cammeo di dimostrare che la pubblica amministrazione, senza bisogno di espressa disposizione di legge, ha di regola « la facoltà di farsi ragione da sé, salvo il controllo giurisdizionale successivo » è rimasto come una delle riflessioni fondanti del diritto amministrativo.

(118) Tema questo stranamente poco studiato, sicché lo studio di Cammeo (in *Giur. it.*, 1922, IV, 1) è in pratica ancora l'unico punto di riferimento, ed è del resto l'unico citato nella manualistica (v. ad es. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 167).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nella prima metà del secolo, la natura dell'eccesso di potere in riferimento a elementi fondamentali tratti dalla teoria del negozio, quali la volontà e, soprattutto, la causa. Dopo una prima costruzione dell'eccesso di potere come sviamento ad opera di Codacci Pisanelli (119), il Cammeo, sulla base della negozialità dell'atto amministrativo, poteva affermare che l'eccesso di potere è il vizio di mancanza di causa dell'atto amministrativo (120). E da Cammeo traeva spunto la dottrina successiva per cercare di giungere ad una concezione unitaria dell'istituto in base al riferimento alla nozione di causa (intesa come il fine, cui l'amministrazione tende, obiettivato nel caso specifico) (121). Come pure è da ritenersi fondamentale l'apporto di Cammeo alla costruzione della nozione — ora così studiata, legislativizzata, applicata — di procedimento. Si deve infatti ricordare che la nozione di procedimento è relativamente recente. Ancora all'inizio del secolo, sotto l'influenza della dottrina francese, nonché in virtù della acritica trasposizione delle tradizionali teoriche privatistiche, nelle quali la formazione della volontà ha rilievo solo in via eccezionale, l'attività amministrativa degna di rilievo giuridico veniva riferita solo a quegli atti che fossero diretti immediatamente all'attuazione esterna della volontà pubblica. La sistematica giuridica veniva attratta soprattutto dal provvedimento, cui si riferiscono i connotati tipici dello Stato amministrativo: imperatività, esecutorietà, inoppugnabilità. Tale attrazione veniva « rinforzata » dal fatto che il processo giurisdizionale amministrativo ha per oggetto i provvedimenti finali, in quanto solo essi determinano una lesione concreta ed attuale delle posizioni dei destinatari: ed è noto l'apporto della giurisprudenza alla costruzione dei principi del diritto

---

(119) V. A. Codacci Pisanelli, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, ora in *Scritti di diritto pubblico,* cit., 285.

(120) Cfr. la nota: *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, III, 197 ss. La possibilità di adattare lo schema offerto dalla teoria del negozio giuridico privato alla problematica, rispetto ad esso eterogenea, del rapporto fra provvedimento amministrativo ed interesse pubblico ebbe largo seguito anche se con varie modulazioni (vizio dei motivi, vizio della volontà etc.), ed è stata superata solamente dopo lo studio di F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 3 ss.

(121) V. in proposito i sintetici rilievi di G. Sacchi Morsiani, *Eccesso di potere*, in *Noviss. dig. it.*, appendice, III, Torino, 1982, 219 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

amministrativo. D'altra parte anche in Germania, pur in presenza di una altissima elaborazione dottrinaria, l'attenzione predominante si era focalizzata sull'atto amministrativo (122) e sul successivo controllo giurisdizionale, talché i profili procedimentali sono stati a lungo sottovalutati (123).

Se si eccettuano sporadici accenni, il primo a rimarcare la concatenazione di atti o fatti legati ad un ordine logico è stato proprio Cammeo, nel suo « Corso di diritto amministrativo » (124). È interessante ricordare come l'autore tracciasse un parallelo tra l'ordine riscontrabile nella produzione di un procedimento e l'ordine proprio del processo civile, e come avesse necessità di trovare similitudini nel diritto privato (es.: l'effetto « successione testamentaria » presuppone la redazione di un testamento, la morte del testatore, l'accettazione dell'eredità). L'ottica di Cammeo era quella del sindacato giurisdizionale: la serie ordinata di atti è necessaria per assicurare validità al provvedimento finale. Sicché — e il parallelo con il diritto privato aiutava in quel periodo di relativa autonomia del diritto amministrativo — Cammeo poteva affermare che il processo di formazione della volontà non è confinato nel ruolo degli atti interni, non rilevante per il diritto: è infatti lo stesso diritto positivo che prevede atti ed operazioni, per cui le norme che regolano tali atti (ad es. quelle relative ad organi collegiali che intervengono nel procedimento) costituiscono requisiti per la conformità a diritto del provvedimento finale (125).

---

(122) Sull'atto amministrativo come crocevia di tutto il diritto amministrativo nella dogmatica tedesca di inizio secolo v. B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987, 58.

(123) Si pensi che ancora nel 1939 due insigni autori come O. RANELLETTI e A. AMORTH, *Procedimento amministrativo*, in *Nuovo dig. it.*, X, Torino, 1939, 527, definivano il « procedimento amministrativo » come « l'insieme delle norme procedurali relative al rapporto processuale che si stabilisce in forza dell'impugnativa di un atto o di un provvedimento amministrativo di fronte alla giurisdizione amministrativa ».

(124) Questo debito è ricordato, tra gl altri, da A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 25, cui in Italia si deve — come è notissimo — la ricostruzione del procedimento come istituto di teoria generale del diritto amministrativo sostanziale. Sulla nascita della nozione di procedimento amministrativo, sia consentito rinviare a G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Manuale di diritto amministrativo*, II, Bologna, 1993, 993 ss.

(125) *Corso,* cit., 499 ss., 557 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Del pari, non v'è studio sul contratto di diritto pubblico che non parta da Cammeo, e precisamente dalla sua prolusione pisana del 1900 (126), secondo cui contro la tesi del contratto di diritto pubblico non vale l'argomento della necessaria supremazia statale, a suo avviso del tutto superato dal riconoscimento di una sfera individuale sottratta alla ingerenza dei pubblici poteri. Infatti ciò che preoccupa Cammeo non è la difesa del principio di autorità, ma piuttosto la riaffermazione del concetto di contratto ch'egli ritiene indissolubilmente legato alla nozione economica, e quindi alla categoria economica dello scambio di cose o di servizi. La possibilità d'un regolamento contrattuale di rapporti pubblicistici si deve invece escludere perché nel campo del diritto pubblico il contratto non assolverebbe la sua funzione economica così che gli altri argomenti addotti (della non « commercialità » dell'oggetto, della mancanza di un consenso libero di ciascuna delle parti, della non equivalenza economica delle prestazioni, della natura dell'utilità perseguita dai soggetti) s'inseriscono perfettamente in quella prospettiva, che era segnata dalla concezione del contratto come forma giuridica dello scambio.

Come ha scritto Ledda (127) « questi argomenti non possono considerarsi validi, e già all'inizio del secolo sembravano almeno in parte superati dalla evoluzione dei principi; la stessa dottrina civilistica non avrebbe potuto difendere il concetto di contratto su posizioni così rigorose ed avanzate. Essi ebbero però una notevole importanza, perché contribuirono a fissare i temi di una discussione che doveva protrarsi fino ai nostri giorni ». Devesi poi ricordare il contributo di Cammeo alla determinazione dei limiti della discrezionalità: così, la ricerca del contemperamento di interessi e della adeguatezza del sacrificio imposto: « La discrezionalità dell'amministrazione in siffatti casi è tuttavia considerata soltanto nei rapporti giuridici fra Stato e cittadini: poiché intrinsecamente parlando discrezionalità amministrativa non significa facoltà assoluta degli organi o dei funzionari di agire secondo il loro arbitrio. Infatti nei rapporti interni fra organi e funzionari, e Stato, l'azione dei primi è vincolata dall'obbligo d'ufficio, morale e giuridico ad un tempo, di

(126) *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico,* cit.

(127) F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1964, 32.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

agire soltanto nell'interesse pubblico, tenendo conto che questo esige per il suo soddisfacimento il *minimo sacrificio dell'interesse privato*, secondo la legge edonistica del minimo mezzo » (128). Innumerevoli poi sono i punti trattati nel Commentario, che tuttora costituiscono un punto di partenza per qualsiasi approfondimento. Come si sa, il Commentario non tratta — come potrebbe sembrare dal titolo — solo delle leggi disciplinanti le controversie con l'Amministrazione. Spiega Cammeo nella introduzione: « " giustizia amministrativa " è quel complesso di norme e di istituzioni, che garantiscono la conformità dell'azione amministrativa alla legge, mediante giurisdizioni a ciò dirette, siano esse giurisdizioni ordinarie, cioè competenti anche su questioni di diritto privato o penale — o giurisdizioni speciali espressamente create a difesa del diritto pubblico » (v. p. 1). « Tali giurisdizioni hanno lo scopo di garantire la legalità dell'amministrazione ». Prosegue Cammeo: « Il problema della legalità dell'amministrazione è il problema giuridico più grave del diritto pubblico negli stati liberi. Esso è il vero problema della libertà dei cittadini. Non basta a questi infatti, che sia loro assicurata una partecipazione al governo dello stato: e che i loro diritti pubblici subbiettivi siano proclamati *in abstracto* a guisa di semplice programma politico nelle carte costituzionali, non basta nemmeno, che in un complesso di leggi amministrative, quei diritti di libertà sieno, più minutamente e concretamente, delineati ».

Rileva poi che il controllo parlamentare e il controllo interno alle Amministrazioni non eliminano del tutto gli arbitrii: il primo, « perché i parlamenti guidati da criteri politici e di opportunità non sono capaci a far valere un sindacato essenzialmente giuridico e la responsabilità ministeriale importa troppo gravi sanzioni per le violazioni menome e comuni di diritto pubblico » (v. p. 2); il secondo, perché « ha pur sempre il vizio organico di essere un rimedio lasciato alla discrezione di una delle due parti in conflitto e di non assicurare che la risoluzione delle controversie riesca a prescindere da quelle considerazioni di opportunità e non di diritto, alle quali l'amministrazione si inspira nella ricerca del pubblico interesse. D'altro canto non solo i progressi delle idee liberali

(128) CAMMEO, *Commentario,* cit., 130.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

individualistiche esigono da un lato la sicura garanzia dei cittadini contro i possibili arbitrii dell'amministrazione attiva, ma lo stesso ampliarsi delle funzioni dello stato, rispondenti a tendenze che in largo senso possono dirsi collettivistiche, richiede, dall'altro, che l'attività dello Stato non ecceda i limiti ad esso imposti dalla antica e dalla nuova legislazione sociale: senza di che il potere dello Stato potrebbe di nuovo divenire tirannia poliziesca » (v. p. 3). Il rimedio a tale assenza di garanzie, « del resto attuato in tutti i paesi liberi », sta nell'introdurre un sistema di azioni giudiziarie amministrative fondate sopra la lesione per parte dell'Amministrazione di un interesse dei singoli protetto dalle leggi di diritto pubblico, fondato in altri termini sul « diritto subbiettivo pubblico » (v. p. 3). E per « definire esattamente la natura della giurisdizione amministrativa non potremo prescindere da alcune preliminari nozioni teoriche desunte dai principi fondamentali del diritto pubblico e confortate da qualche considerazione storica e dall'esempio delle legislazioni straniere, sebbene il nostro compito sia essenzialmente pratico e si riconduca al commento del diritto positivo vigente. Queste nozioni teoriche, che restringeremo il più possibile, saranno poi feconde di utili deduzioni nel campo stesso del diritto positivo, poiché le leggi vigenti, siccome abbiamo detto e siccome più volte avremo campo di rilevare in seguito, sono incomplete e non procedono da sicuri criteri direttivi. *Ond'è che in difetto di leggi scritte la scienza da un lato, la giurisprudenza dall'altro, divengono legislatrici* » (v. p. 5).

Come è risaputo, Cammeo non trattò le giurisdizioni speciali; trattò invece delle competenze dell'A.G.O. verso la P.A. e dei ricorsi gerarchici: il Commentario è infatti sottotitolato: « Volume I-Ricorsi amministrativi-Giurisdizione ordinaria ». Ma la trattazione è preceduta (e accompagnata) da una completissima disamina, storica, comparatistica, giurisprudenziale che affronta la nozione di diritto obiettivo, di giurisdizione e di diritto pubblico subbiettivo (e qui scontrandosi anche con i contratti di diritto pubblico; con la nozione di atto amministrativo; con il principio di esecutorietà degli atti amministrativi; con la nozione di atto discrezionale); e, ancora, sono trattati la divisione dei poteri, i controlli parlamentari e amministrativi, la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico, la responsabilità dello Stato (per atti illegittimi, per atti legittimi, per atti regolati dal diritto privato), la responsabilità dei funzionari, l'azione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

popolare, i caratteri fondamentali della giurisdizione amministrativa, i conflitti tra giurisdizioni (v. pp. 1-373).

E anche nella parte speciale, dedicata ai ricorsi amministrativi, si affrontano i temi della revoca, della gerarchia, dell'annullamento, della vigilanza (e poi con estrema puntigliosità: sino a esaminare ad es. i gradi di ricorso nell'ambito dell'Arma dei carabinieri reali o le competenze dei funzionari consolari); il concetto di Amministrazione, di Stato, di persona giuridica; la concessione di servizi pubblici; gli interessi legittimi, gli interessi semplici, i diritti civili e politici *ex* art. 2 l. contenzioso amministrativo.

In altre parole, il Commentario non è tale, è molto di più; ben è stato detto che « se la modestia non lo avesse vietato all'Autore, l'opera sua avrebbe potuto intitolarsi, sulle orme del Savigny, " Sistema del diritto amministrativo italiano moderno " » (129). In ogni caso non c'è opera di giustizia amministrativa che possa prescindere da Cammeo, sia per svilupparne le tesi (130), sia per comprendere il percorso stesso della giustizia amministrativa italiana, sia per le ricchissime informazioni che offrono le sue opere (e non solo il Commentario): basti pensare quante volte Mario Nigro, nella sua « Giustizia Amministrativa » (v. ed. 1983) dialoga con Cammeo: così, espressamente, a proposito della ragione politica della giustizia amministrativa (p. 25); del sistema delle leggi sarde del 1859 sul contenzioso amministrativo (p. 72); dei lavori preparatori dell'all. *E* (p. 81); dei criteri per la individuazione dell'interesse legittimo (p. 139); della natura « ordinaria » della giustizia amministrativa (p. 162); dell'interpretazione dell'art. 4 all. *E* (p. 233); dei rapporti tra giustizia ordinaria e giustizia amministrativa (p. 259); della natura del regolamento di procedura del Consiglio di Stato (p. 322); del giudizio di ottemperanza (p. 403) (131).

---

(129) LESSONA, *L'opera di Federico Cammeo,* cit., IV.

(130) Ad es., che l'impostazione di Cammeo sull'interesse legittimo contenga in sé tutte le problematiche della dottrina successiva è messo in luce, con ampi svolgimenti, da GIANNINI, *Discorso generale,* cit., 1964, 18 ss. Nel senso che il pensiero di Cammeo costituisce tuttora un punto di riferimento fra gli studiosi di giustizia amministrativa, v. anche di recente N. DI MODUGNO, *Le lezioni di diritto amministrativo di Giuseppe Chiovenda e l'interesse legittimo come pura azione*, in *Dir. proc. amm.* 1991, 707 nota 153.

(131) E anche da ultimo L. MAZZAROLLI, in AA.VV., *Manuale di diritto amministrativo,* cit., II, 1429 ss., nell'affrontare il capitolo dal titolo « *Ragioni e peculiarità del*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Di grande importanza, seppure meno noti, sono anche i contributi di Cammeo al diritto costituzionale. Ad es., nella sua breve nota « Valore regolamentare di atti e istruzioni ministeriali » (132) delineò con precisione la incertezza terminologica che affligge i regolamenti (e a cui dovrebbe — ma non è così — (133) aver posto rimedio la l. 400/1988), specialmente quelli ministeriali, che « non hanno né nome né forme fisse, stabilite in via precettiva e generale », il che pone problemi di distinzione dalle circolari o dalle istruzioni, e continua osservando che « queste questioni di forma, importanti anch'esse, perché possono, più che non si creda a prima vista, risolversi in questioni di sostanza, cioè in garanzie d'ordine, di diritto, di libertà ». Come pure, sempre nel campo del diritto costituzionale, deve ricordarsi che in polemica con la prevalente dottrina tedesca del tempo, affermò anche per le norme regolamentari di organizzazione il carattere di disciplina dei rapporti fra Stato e cittadini distinguendo fra tutela diretta e tutela indiretta ai fini del riparto di giurisdizione « non mai allo scopo di negare alla norma carattere giuridico e sanzione giurisdizionale » (134). Ma potremmo continuare a lungo, spaziando dalla interpretazione autentica al principio di legalità dalla divisione di poteri al giudice naturale.

Cammeo fu dunque sì, un avvocato sommo, ma soprattutto un giurista sommo. Non era l'esperienza forense che veniva di supporto alla dottrina, ma era la dottrina che aiutava il foro. La sua attenzione ai casi concreti derivava dalla profonda convinzione che solo così la scienza giuridica fosse utile, in quanto non solo dava soluzioni ma, e principalmente, era l'*humus* su cui costruire solidi principi generali. In tal senso è significativo quanto osservava nella sua prolusione bolognese all'anno accademico 1923-1924 (135): « Il diritto ammini-

---

sistema italiano di giustizia amministrativa », si rifà di continuo a Cammeo, ricordando che il Commentario, ormai quasi centenario, è sempre « illuminante » (v. p. 1454).

(132) In *Giur. it.*, 1900, III, 273.

(133) V. G. Puccini, *La forma dei regolamenti del Governo oltre i modelli dell'art. 17 della legge 400 del 1988*, in U. De Siervo (cur.), *Il potere regolamentare nell'amministrazione centrale*, Bologna, 1992, 255 ss.

(134) Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo,* cit., 134.

(135) *L'equità nel diritto amministrativo*, in *Annuario R. Università di Bologna*, 1924, 15-16.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

strativo disciplina i rapporti fra cittadini e Stato, in quanto questo agisce nei casi concreti, per il raggiungimento dei suoi fini. Se si tien presente la molteplicità di questi, accresciutisi con moto accelerato e vertiginoso negli ultimi decenni, se si avverte che lo Stato si ingerisce ora, oltreché della conservazione dell'ordine interno, anche dei più svariati bisogni sociali nel campo della vita fisica, economica, morale della nazione; si occupa di igiene, di industria, di commercio, di banche, di mezzi di comunicazione, di lavoro nelle fabbriche, di previdenza, di beneficienza, di tutela della morale, di istruzione, di culti, e per aver i mezzi a quei fini, impone prestazioni di servizi, requisisce, espropria, tassa, si vede come le norme, che disciplinano questa svariatissima attività, che prendono l'ispirazione dalle scienze più diverse, che si impossessano della attività individuale in ogni più minuto atto della vita, dalla nascita alla morte, non possono non fornire la più ricca messe di osservazioni al teorico del diritto ». Dunque si doveva partire dalla sterminata legislazione e dalla ancor più sterminata casistica, poiché solo così si poteva fondare il diritto amministrativo, rifuggendo da mere enunciazioni astratte prive di alcun riscontro con la vita e i problemi dell'amministrazione e degli amministratori (136).

8. *Cammeo e l'Università.*

L'estremo e continuo suo impegno professionale non lo distraeva mai dagli impegni accademici, ed anzi Cammeo ebbe sempre a dimostrare una vera e propria devozione verso l'insegnamento universitario. Lo comprovano non solo la sua non comune generosità scientifica, la sua partecipazione a tante commissioni di concorso, ma, sul piano più strettamente didattico, la sua estrema diligenza. Basti dire che ha lasciato corsi litografati di materie che ha insegnato per incarico: così, i tre volumi delle « Lezioni di diritto commerciale » (Bologna, 1907), purtroppo ormai introvabili, e il « Corso di Istituzioni di diritto pubblico » (Firenze, 1928). Lo stesso notissimo « Corso di diritto amministrativo » è stato redatto quando

(136) E non a caso SORRENTINO, *Esperienza professionale,* cit., 1322, lamentando la mancanza di « aiuto effettivo della dottrina » per risolvere le controversie quotidiane, dirà (nel 1981!) che « l'autore al quale più spesso mi sono rivolto senza che mi abbia deluso è Federico Cammeo ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Cammeo insegnava diritto amministrativo per incarico: la 1ª edizione (dal titolo « Lezioni di diritto amministrativo », in 3 volumi) è del 1911, la 2ª edizione (il Corso vero e proprio, ancora in 3 volumi) è del 1914, mentre si sa che dal 1906 al 1915 fu titolare di procedura civile. Ha inoltre lasciato ben cinque corsi litografati di lezioni di procedura civile (2 a Padova, 3 a Bologna), e altri 3 corsi litografati di diritto amministrativo (Bologna, 1922/23; Firenze, 1929/30; Firenze, 1933/34) (137).

Ebbe poi ad insegnare per incarico diritto canonico (a Cagliari) ed ecclesiastico (a Bologna) e istituzioni di diritto pubblico nel R. Istituto di scienze sociali Cesare Alfieri di Firenze (138), ma noi sappiamo solo degli insegnamenti impartiti sulla base di formale decreto di incarico: bisogna infatti tener presente che per la legge Casati (v. art. 93) i professori ordinari e straordinari potevano dare, nelle Facoltà cui erano addetti, corsi privati sopra tutte le materie che vi si insegnavano, e anche nelle materie affini, purché non ripetessero l'insegnamento cui sono tenuti a titolo pubblico. Al riguardo si deve sapere che Cammeo era sempre ben disponibile a dispensare il suo magistero: così, nel suo fascicolo personale dell'Università di Bologna, troviamo una lettera del Rettore del 24 marzo 1923, avente ad oggetto « Incarico gratuito delle esercitazioni di Diritto Amministrativo », nella quale si scrive: « S.E. Il Ministro della Istruzione, con sua nota del 15 corrente, n. 5556, mentre mi

---

(137) Tutti questi corsi sono rinvenibili nella bibliografia in Appendice a F. CAMMEO, *Società commerciale e ente pubblico,* cit.; salvo i seguenti: *Corso di diritto amministrativo*, Anno accademico 1922-23 (Bologna, 1923, La Grafolito); *Corso di istituzioni di diritto pubblico*, a cura degli studenti A. Bechi e N. Vavolo (Firenze, 1928, Tipo-lito G. Filippini); *Corso di diritto amministrativo*, 1929-30 (sotto l'egida del G.U.F.; e curato dallo studente C. Aporti, Firenze, 1930, Poligrafica Universitaria), che aveva ad oggetto « Il diritto pubblico interno nello Stato della Città del Vaticano » (costituisce dunque la premessa del volume sull'ordinamento giuridico della Città del Vaticano, edito nel 1932 per i tipi di Bemporad).

(138) Lo si veda ricordato nell'elenco relativo al periodo 1888/1938 dei docenti del « Cesare Alfieri » (che con R.D. 8 luglio 1938 venne trasformata da Reale Istituto Superiore di Scienze Sociali « Cesare Alfieri » in Facoltà di Scienze Politiche « Cesare Alfieri »), in G. SPADOLINI, *Il « Cesare Alfieri nella storia d'Italia »*, Firenze 1989. Al C. Alfieri ebbe anche ad insegnare Santi Romano, ove dettò nel novembre 1917 la nota prolusione (che costituì un documento di reazione alla disfatta di Caporetto) dal titolo « *Oltre lo Stato* », ora in *Scritti minori*, Milano, 1990 (rist.), I, 419 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avverte che per l'assegnazione degli incarichi a titolo gratuito non è necessario il relativo decreto, essendo sufficiente l'approvazione ministeriale, mi significa di essere ben lieto di dare la sua approvazione all'incarico gratuito delle esercitazioni di Diritto Amministrativo, che la Sig. V. Chiar.ma ha accettato per l'anno scolastico corrente, ed esprime il suo compiacimento per l'opera volontaria che la S.V. è disposta a dare ». Come pure, quando venne inviato in missione a Firenze per organizzare la istituenda facoltà di giurisprudenza, scrive al Rettore di Bologna (in data 29 settembre 1924) nei seguenti termini: « Prendo atto della cortese comunicazione della mia missione a Firenze per la organizzazione della nuova Facoltà giuridica. La missione stessa non assorbendo tutto il mio tempo, desidererei se V.M. non vi vede ostacolo prestare egualmente il mio servizio presso codesta Università per esami, lauree, adunanze, inizio di lezioni, ecc., finché la mia posizione non sia definita. Tengo tanto più a questo, in quanto il continuare in questo periodo di missione con la massima possibile diligenza ed anche con qualche personale sacrificio, a prestare la mia opera presso codesta R. Università, è, nel mio proposito segno dell'affetto che mi lega ad essa ed agli eminenti colleghi. Scrivo nello stesso tempo anche al Preside ».

La sua attenzione ai doveri didattici e il suo scrupolo (che del resto si confacevano alla sua qualità di uomo d'ordine, nel senso di rispettoso della legalità e dei poteri costituiti, che si è già avuto modo di ricordare), si ricavano significativamente da una Sua lettera autografa 25 aprile 1923, con cui chiede al Rettore , « con perfetta osservanza » « una licenza di tre giorni dal 30 c.m. al 2 maggio » (139).

Particolarmente intenso fu il suo interessamento per tutta la vita universitaria; era noto poi per anteporre le esigenze del buon andamento degli studi rispetto a ogni sorta di considerazione: « in materia di chiamata o di conferimento di libere docenze o di concorsi non c'era in lui amicizia od attaccamento di maestro che potesse fare velo al Suo senso di giustizia, che potesse fargli perdere

(139) Archivio Università di Bologna, fascicolo personale del Prof. Federico Cammeo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di mira la Sua unica meta, il bene della Università in genere, della sua facoltà in specie » (140).

Federico Cammeo non ebbe allievi nel senso pieno della parola; o perlomeno non ebbe allievi che andassero oltre la libera docenza (141). E ciò si spiega, ove si consideri che prima insegnò a Cagliari, in una sede decentrata, ove non accorrevano i giovani studiosi come invece avveniva a Bologna, Pavia, Pisa, Padova; poi, per circa dieci anni, insegnò procedura civile; e indi fu preso dal servizio militare in tempo di guerra e da importanti incarichi pubblici (142): Tenente Colonnello della Giustizia militare (143), rappresentante dell'Italia nella conferenza annuale dell'Associazione del Foro americano tenutasi a Cleveland tra l'agosto e il settembre 1918 (144), poi esperto con diritto di voto nella sottocommissione per le riparazioni di guerra davanti alla Conferenza per la pace di Parigi nel 1919. Dopo fu membro della Commissione per l'accertamento delle violazioni del diritto delle genti commesse dal nemico (1918-1919); membro della Commissione per la riforma del C.p.c; membro del Consiglio del contenzioso diplomatico dal 1929 al 1932 e soprattutto fu preso da una intensa e stressante attività professionale. Vero che questi impegni, di per sé, non sono ostativi al formarsi di una scuola; basti pensare a quanti « principi del Foro », per di più ascesi ad incarichi di grandissimo rilievo, sono stati dei capiscuola (per tutti, Orlando).

---

(140) Così JEMOLO, *Commemorazione del corrispondente Federico Cammeo,* cit., 131.

(141) Quali Ubaldo Baldi Papini e Pasquale Galli. Quest'ultimo partecipò agli Studi in onore di Cammeo, con un contributo su « *L'indagine giuridica e la purezza del metodo* » e nella nota 1 esprime la sua « devozione » al Maestro.

(142) Del resto, nella seduta del 21 maggio 1915 il Consiglio di Facoltà di Giurisprudenza di Bologna aveva deliberato « fervidamente auspicando nuovi alti destini della Patria, di porre se medesima e ciascuno dei suoi membri, in ragione delle rispettive attitudini, a intera disposizione del Governo ».

(143) Nelle note biografiche (in realtà contenenti solo gli incarichi pubblici ricoperti in premessa a *Studi in onore di Federico Cammeo*, I, cit., XXV, e riprese testualmente in CAMMEO, *Società commerciale,* cit., 35) si legge che era addetto al Tribunale supremo di guerra e marina (era la denominazione dell'epoca del Tribunale superiore militare: quest'ultima denominazione si ebbe con il R.D. 30 dicembre 1923 n. 2498). Dal suo stato di servizio risulta invece che fu addetto al Tribunale militare di Roma.

(144) Sui retroscena di questo incarico, e come si giunse alla scelta di Cammeo, v. CIANFEROTTI, *Gli scritti giovanili*, cit. nota 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma con tutta probabilità, Cammeo non aveva la mentalità e la disponibilità a tale direzione. Era un individualista, confidava solo in se stesso, e si esprimeva attraverso i suoi scritti. La sua passione verso le problematiche giuridiche veniva soddisfatta attraverso il suo impegno diretto. Certamente, non mancarono studiosi che gravitavano attorno a lui, da cui ebbero consigli, suggerimenti, incoraggiamenti (*in primis* Silvio Lessona, che peraltro si era laureato a Pisa con Vacchelli) e verso cui dimostrò sempre larga disponibilità (145), ma che non si radunavano attorno a lui come scuola, come invece avvenne per Orlando, per Ranelletti, per Romano e, dopo, per Donati e per Zanobini.

Malgrado ciò, e malgrado la lunga permanenza nella procedura civile, venne sempre considerato un maestro: basti pensare a quante volte è stato commissario di concorsi per posti di professore ordinario o straordinario (146); a quanti giovani si rivolgevano a lui

---

(145) V. in tal senso quanto ebbe modo di scrivere JEMOLO, *Commemorazione,* cit., 130 ss.

(146) Nel 1920, con Giovanni Vacchelli, Umberto Borsi, Ugo Forti e Luigi Raggi, fu commissario al concorso per professore straordinario alla cattedra di Diritto amministrativo e Scienza dell'amministrazione nella Università di Cagliari, che vide al primo posto Cino Vitta e al secondo Guido Zanobini (al concorso, affollatissimo per l'epoca, ma v'era stata la parentesi della guerra — 15 concorrenti — parteciparono tra gli altri Salemi, D'Alessio, De Valles, Trentin, Pacinotti: la riunione conclusiva è del 5 giugno 1920): v. *Boll. Uff. Min. P.I.*, Parte non ufficiale, 1920, 1823. Nello stesso tempo (la riunione finale è del 7 giugno 1920) si svolgeva il concorso per professore straordinario alla cattedra di Diritto costituzionale nella R. Università di Cagliari. Cammeo era in commissione anche qui (come Vacchelli), con Mosca, Donati, Arangio-Ruiz: il concorso venne vinto da Zanobini (davanti a Caristia, Marchi e Perassi): v. *Boll. Uff. Min. P.I.*, Parte non ufficiale, 1920, 1830 ss.

Nel 1924, con Luigi Rossi, Ranelletti, Brondi e Romano, è commissario al concorso per la promozione ad ordinario di Zanobini (v. *Boll. Uff. Min. P.I.*, Parte non ufficiale, 1924, 2209). Nel 1926 Cammeo, ancora con Ranelletti (e con loro Borsi dell'Università di Padova, Edoardo Tommasone dell'Università di Perugia e Luigi Genuardi dell'Università di Camerino), è commissario al concorso per professore non stabile alla cattedra di Diritto amministrativo della libera Università di Camerino che vide vincitore Emilio Bonaudi e secondo Silvio Lessona (v. *Boll. Uff. Min. P.I.*, Parte non ufficiale, 1926, 1023). Ancora nel 1926, con Giuseppe Cavarretta, Ugo Forti, Oreste Ranelletti e Santi Romano, ha fatto parte della Commissione giudicatrice del concorso per professore non stabile alla cattedra di Diritto amministrativo e Scienza dell'amministrazione dell'Università di Messina, che vide vincitore Tommasone davanti a De Francesco e a Ingrosso (v. *Boll. Uff. Min. P.I.*, parte non ufficiale, 1927, 563). Nel 1928 presiede la Commissione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per avere indicazioni, consigli, giudizi sui propri lavori, e come fu sempre prodigo e premuroso in tal senso (lo stesso Giannini ricorda in proposito, in questo volume, la sua esperienza personale), agli studi in Suo onore pubblicati nel 1933, sotto l'egida di un comitato per la commemorazione, di cui facevano parte V. Scialoja (Presidente), D'Amelio, Orlando, Ranelletti, Romano, Salandra (147), in due volumi per 1.400 pagine (148); e soprattutto a quanti — ancor oggi — fondano le loro meditazioni sul pensiero di Cammeo o vi ricorrono o comunque vi dialogano.

Ricorda Giannini che ognuno degli studi (anche sotto forma di note a sentenze) di Cammeo diveniva subito un classico dell'argomento, dal quale non si poteva più prescindere. Cammeo non solo è tra i fondatori della scienza del diritto amministrativo, ma anzi fu il più letto dei giuristi italiani, perché alla chiara e concisa esposizione, accompagnava soluzioni precise ed univoche.

9. *Le coordinate costituzionali di Cammeo.*

Tanti sono stati i suoi apporti alla scienza giuridica, così vasti e

---

esaminatrice, composta anche da Umberto Borsi e Donato Donati, dei titoli presentati dal Prof. Leopoldo Tumiati per la promozione a stabile di Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione della libera Università di Ferrara (v. *Boll. Uff. Min. P.I.*, parte non ufficiale, 1928, 1337).

Nel 1936 con Borsi, Donati, Tommasone e Lessona, fece parte della Commissione giudicatrice del concorso per professore straordinario alla cattedra di Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione presso l'Università di Messina, che così concluse: primo Pietro Bodda, secondo Carlo Girola e terzo Egidio Tosato (al concorso parteciparono anche Jaccarino, Guicciardi, Resta, Treves): v. *Boll. Uff. Min. P.I.*, parte non ufficiale, 1936, 1128.

L'ultima Commissione di concorso a cattedra cui partecipa (con Borsi, Raggi, Salemi, Miele, Bodda) è quella per il concorso a professore straordinario alla cattedra di Diritto amministrativo dell'Università di Bari, che vide vincitori del concorso Jaccarino e Achille Giannini davanti a Amorth, Treves, Romanelli, Benedicenti (v. *Boll. Uff. Min. P.I.*, parte non ufficiale, 1936, 1269).

(147) Ne facevano altresì parte Bindo De Vecchi, Rettore dell'Università di Firenze, Gino Arias, Preside della Facoltà di Giurisprudenza di Firenze, Pier Francesco Serragli, Presidente della Commissione forense di Firenze, segretario era Silvio Lessona. L'elenco degli aderenti copriva undici colonne, e vi sono riportati tutti i massimi giuristi (della cattedra, della magistratura, del foro) dell'epoca.

(148) *Studi in onore di Federico Cammeo*, Cedam, Padova, 1933, 2 volumi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

variegati sono stati i suoi interessi, che Cammeo viene spesso ricordato (da Finzi e da molti altri) come un giurista completo: « dominatore sicuro di ogni ramo del sapere giuridico » (149), e questo non tanto perché insegnò molte materie (oltre a quello di cui fu ordinario, cioè diritto amministrativo e procedura civile, tenne per incarico diritto ecclesiastico, diritto commerciale, diritto canonico, istituzioni di diritto pubblico) o perché pubblicò note a sentenze su temi più disparati, anche di stretto diritto civile (150), e di diritto ecclesiastico (151), o perché tradusse e annotò (con Alfredo Ascoli) i due volumi di C. Crome, uno sulla « Parte generale del diritto privato francese moderno »; l'altro « Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese », quanto perché vedeva il diritto come un fenomeno unitario, pur allorquando trattava temi particolari (152); anzi, riusciva a trattarli con compiutezza ed efficacia proprio perché possedeva la capacità di ricondurre entro linee generali le problematiche di settore, anche le più « spicciole ». Se non affrontò la teoria generalissima (come Santi Romano), tuttavia ciò che scriveva derivava da una visione generale del diritto (153), sicché certe parti del Corso o del Commentario, o di scritti monografici (ad es. sul demanio o sui regolamenti), o di saggi (es. gli scritti sulla prescrizione nel diritto amministrativo o sulla esecuzione d'ufficio) o anche note a sentenze costituiscono mirabili elaborazioni di

---

(149) CALAMANDREI, *Federico Cammeo*, cit.

(150) V. ad es. la nota « *Il compratore di un immobile è terzo rispetto a tutte le locazioni concluse dal venditore, specie per impugnarle di simulazione* », in *Giur. it.*, 1915, I, 1, 69. Da segnalare altresì la recensione a BRUGI, *Istituzioni di diritto civile*, 2ª ed., Milano, 1907, in *Giur. it.*, 1908, IV, 126.

(151) V. fra le altre, la nota « *I patrimoni ecclesiastici in Toscana secondo la legislazione di Leopoldo I e i loro 'Resti'* », in *Giur. it.*, 1914, III, 1.

(152) Ciò si ricava con chiarezza anche dai suoi numerosi studi sulle fonti, nonché dalle continue applicazioni e richiami di altre parti del diritto per delineare i principi al diritto amministrativo (su cui v. *infra* par. 11).

(153) Nella recensione a D. DONATI, *I trattati internazionali*, vol. I, Torino, 1906, in *Giur. it.*, 1907, IV, 126, Cammeo esalta gli argomenti « che toccano i confini fra le due materie, che consentono di rimontare alla teoria generale del diritto, che spezzano le scolastiche divisioni tra i vari rami del diritto e rappresentano una reazione contro i metodi di ricerca *meschinamente specializzati* » (il corsivo è nostro).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

principi generali, tratti dal basso e non da asettiche teorizzazioni non confortate da alcun riscontro nel diritto positivo (154).

La « potente sorgente luminosa » dell'opera di Cammeo, per dirla con il suo successore alla cattedra di Firenze Silvio Lessona, era proprio la finalità della scienza del diritto (e in ciò Lessona si appellava all'autorità di O. Mayer), che è quella di « permettere di meglio rendersi conto della realtà ». « Lo sforzo del poderoso ingegno del grande Maestro scomparso proprio a questo tendeva: non a creare strutture astratte o concetti metafisici ma a fissare, nella maniera più semplice e naturale, gli istituti giuridici e la infinita varietà di situazioni che ad essi si ricollegano, sì da lasciar sussistere il minore numero possibile di eccezioni e di contraddizioni. Per il che gli giovò infinitamente una sua naturale disposizione ad osservare con straordinaria acutezza ogni anche minimo particolare, a cogliere le più delicate sfumature, e percepire le differenze che solo un occhio particolarmente acuto ed attento sarebbe stato in grado di svelare. Da questa analisi intelligente trasse il Cammeo un materiale poderoso, classificato nella sua mente, che gli permise di essere il più geniale ed al tempo stesso il più quadrato architetto dell'edificio del nostro diritto amministrativo » (155). Certo, queste sono parole di un allievo, per di più scritte in una commemorazione, ma in verità non sono enfatiche, riflettono solo la capacità di Cammeo di partire dal basso per raggiungere la vetta. Così, tutto il suo mondo giuridico, popolato di dipendenti licenziati (su cui ha scritto ben 9 note a sentenza), di ufficiali ritornati dalla prigionia (156), di tasse universitarie (157), di infanti abbandonati (158), di polizia veterinaria (159), di passaporti (160), di marinai allontanatisi dalle navi (161), di tariffe

---

(154) Su queste caratteristiche dell'opera di Cammeo v. MIELE, *Prefazione a Cammeo, Corso,* cit., VII.

(155) LESSONA, *L'opera di Federico Cammeo,* cit., III.

(156) V. la nota *La promozione degli ufficiali reduci dalla prigionia*, in *Giur. it.*, 1919, III, 39.

(157) *Corso,* cit., 274.

(158) *Corso,* cit., 157, in nota.

(159) *Corso,* cit., 117.

(160) *Corso,* cit., 299.

(161) *Corso,* cit., 300.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ferroviarie (162), di monopolio delle polveri piriche (163), di ufficiali trasferiti nel ruolo delle fortezze (164); vice-cancellieri del Tribunale (165), di inabili al lavoro (166), di medici condotti, di concorsi, di pensioni, di sanzioni disciplinari (167), viene a sussumersi in salde e convincenti costruzioni dogmatiche attraverso una penetrante ricostruzione storica e una totale conoscenza della dottrina, una sagace individuazione dei problemi generali che i temi più minuti pur investono, una viva attenzione alla legislazione e alla tradizione degli altri Stati, costruzioni che portano ad imbrigliare l'attività amministrativa verso la finalità di servire l'interesse pubblico e di garantire la libertà dei cittadini.

Dunque, Cammeo era giurista concreto quanto completo: oltre che non si può andare, e d'altra parte sarebbe assurdo poter etichettare definitivamente e con precisione un giurista così eclettico, di così intensa produzione, protrattasi per oltre 40 anni. Ed infatti i contributi apparsi in questo volume rivelano le complesse articolazioni e le diverse sfaccettature dell'opera di Cammeo, anche a seconda delle finalità o del genere dell'opera o della sua collocazione temporale (molto efficacemente Lessona ebbe a paragonare l'opera di Cammeo ad un enorme prisma, dalle innumerevoli facce) (168).

Taluni dati di fondo dell'opera di Cammeo (anche se non trasferibili in targhette di identificazione dotate di valore assoluto) sono però evidenti e rimarchevoli.

In particolare Maurizio Fioravanti (169), ha dimostrato con rigore di metodo e con significative esemplificazioni come Cammeo

---

(162) *Corso,* cit., 336.

(163) *Corso,* cit., 261.

(164) *La violazione di circolari per vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, III, 107.

(165) *I vice-cancellieri di Tribunali e la loro iscrizione all'albo dei procuratori*, in *Giur. it.*, 1895, III, 375.

(166) *Della competenza sui reclami contro le ordinanze degli intendenti di finanza pel riparto delle spese di mantenimento degli inabili al lavoro*, in *Giur. it.*, 1900, III, 21.

(167) Su questi argomenti le citazioni si sprecherebbero.

(168) S. LESSONA, *L'opera di Federico Cammeo,* cit., III.

(169) *I presupposti costituzionali dell'opera giuridica di Federico Cammeo*, in questo *Quaderno*, 165 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comunemente considerato — tra i grandi fondatori della scienza del diritto amministrativo di questo secolo — quale il più tecnico, il più attento alla casistica minuta, e di converso il meno aperto a teorie e costruzioni generali, in realtà è quello che più di tutti ha tenuto presenti (e costantemente) i presupposti costituzionali del diritto amministrativo. Negli studi sulle fonti, sui decreti di assedio, in molte pagine del Commentario, nel saggio sull'equità, è continuo il richiamo a principi sovraordinati, tratti dal costituzionalismo liberale e che pervadono e indirizzano l'interpretazione e in genere il criterio di ricostruzione degli istituti. Ma su questi profili non resta che rinviare a quanto scrive Fioravanti. Si deve invece aggiungere — a dimostrazione della continua immanenza negli scritti di Cammeo dello spirito costituzionale, inteso come ricerca verso principi di giustizia, di equità, radicati nella coscienza sociale, nel costume, nella tradizione che, al pari delle espresse prescrizioni statutarie (e forse più), rappresentano la « Costituzione » — come anche nell'approfondire argomenti per così dire... di bassa caratura, quali ad es. la macellazione delle carni (170), il Nostro, oltre a dar conto di una profonda cognizione dell'oggetto della disciplina normativa (che ricava dalla « pratica applicazione dell'istituto della macellazione », tenendo presente il regolamento per il servizio dei macelli del Comune di Livorno « che è uno dei più completi » — v. p. 195, nota 4 — ed infatti si dilunga sulle varie fasi della macellazione) passa ad un esame della legislazione degli altri Stati, la dottrina formatasi in tema di tasse, poi tratta la tematica della autorizzazione legislativa per imporre tasse (dopo aver dimostrato che l'art. 30 dello Statuto si riferisce solo alle imposte), e si appella alla analogia e alla tradizione storica: « la tassa di sorveglianza igienica è illegittima ove manchi una legge perché è coattiva e non ha per base un'utilità liberamente richiesta, *ma una limitazione alla libertà commerciale*. L'industria della macellazione comporta l'applicazione della tassa anche per la consuetudine, l'analogia, la tradizione storica che si pronunciano in questo senso. Il servizio della sorveglianza igienica sulle carni, anche perché servizio di utilità collettiva in modo intrinsecamente prevalente, deve essere coperto con le entrate generali secondo la con-

(170) V. *Le tasse e la loro costituzionalità. A proposito del monopolio dei macelli e delle tasse di macellazione e di visita*, in *Giur. it.*, 1899, IV, 193 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

suetudine e lo spirito del nostro diritto ». Ed invero i riferimenti alla consuetudine (171), alla tradizione (172), al principio comune giuridico (173), ai precetti di ragione e di senso comune (174), alla giustizia distributiva (175), così ripetuti, costanti, addirittura pressanti nell'opera del Nostro, non possono essere ricondotti al solo appello ai principi generali di diritto *ex* art. 3 del Codice civile del 1865 (176)

---

(171) Ad es., si appella alla consuetudine, per dimostrare: la presenza del principio della libertà industriale (v. *I monopoli comunali,* cit., 73), la legittimità del monopolio dei macelli (*Le tasse e la loro costituzionalità,* cit., 201); la facoltà per i Comuni di partecipare ad imprese economiche (*ibidem*, 208), e di imporre tasse di macellazione (*ibidem*, 214); l'abrogazione dell'art. 106, comma *b* della legge sulla pubblica istruzione (13 novembre 1859), che vietava di impugnare con le lezioni e con gli scritti le verità dell'ordine religioso e morale e di professare nella scuola opinioni che scalzino le basi e le guarentigie della Costituzione civile dello Stato: ma così « un naturalista non potrebbe insegnare la teoria darwiniana, un professore di filosofia la morale positivista... e le teorie scientifiche del socialismo non potrebbero avere un espositore nella scuola. Per questa ragione e perché avrebbe contrastato con i principi fondamentali di libertà su cui si fonda l'ordinamento legislativo, esso non fu mai applicato » (v. *Licenziamento di maestri elementari per motivi politici*, in *Giur. it.*, 1897, III, 91); numerosi poi sono i richiami alla consuetudine nella monografia « Della manifestazione », cit. (v. ad es. p. 141).

(172) Ad es., ricorre alla tradizione per spiegare la facoltà di coercizione di cui la sovranità è caratterizzata (v. *La esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, in *Giur. it.*, 1929, III, 31) o la facoltà per i Comuni di partecipare ad attività di impresa (v. *Le tasse e la loro costituzionalità,* cit., 208) o per interpretare la legge Casati (v. *Il trasferimento di professori universitari e la l. 12 giugno 1904*, in *Giur. it.*, 1906, III, 351); v., altresì, per la teorizzazione del criterio della tradizione storica, *Commentario,* cit., 205.

(173) V. *Dell'autorizzazione condizionata a accettazione lasciti e donazioni da parte degli enti morali*, in *Giur. it.*, 1929, III, c. 1.

(174) V. *La pubblicazione e notificazione dei decreti reali che dichiarano la pubblica utilità di un'opera*, in *Giur. it.*, 1905, III, 244; *Nota alla decisione del Consiglio di Stato, V Sezione, 4 luglio 1908*, in *Giur. it.*, 1908, III, 421; *La volontà individuale e i contratti di diritto pubblico*, in *Giur. it.*, 1900, 1 ss. (7).

(175) V. *L'assunzione da parte di un ente pubblico dell'imposta di ricchezza mobile sugli stipendi degli impiegati*, in *Giur. it.*, III, 1907, 93 (ove si parla di stipendi non corrispondenti allo *standard of life!*).

(176) Cammeo non si è mai espressamente pronunciato circa il fondamento dei principi di cui all'art. 3 delle preleggi Cod. civ. 1865 (principi che comunque riteneva applicabili anche al diritto pubblico: v. *Corso,* cit. 156), se cioè dovevano estrarsi tutti dal diritto positivo, come riteneva la Scuola positivista (si ricorda in particolare la prolusione camerte di V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, Camerino, 1880), o se invece era possibile ricorrere a regole superiori di ragione, alla natura delle cose, al diritto romano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per sorreggere e guidare la legislazione amministrativa in vivace espansione; lasciano invece intendere — come ho già rilevato e come ha ampiamente dimostrato Fioravanti — l'adesione, maturata anche dalla sua profonda cultura storica, e di storia del diritto, ad una costituzione « statuale », nata dal basso e dall'esperienza giuridica complessiva, più che ad una costituzione « statale » (177), posta cioè dall'autorità costituita (di cui del resto, nell'Introduzione al Commentario, e anche altrove, aveva evidenziato la non satisfattività *ex se*).

Da avvertire che gli argomenti « costituzionalistici » erano affrontati da Cammeo non solo come soluzione o complemento o sviluppo di questioni più strettamente amministrative, ma anche di per sé: basta ricordare l'ampia monografia sulla interpretazione autentica (61 colonne della *Giur. it.*) (178), che affronta con dovizia di informazioni (sia di diritto positivo che di letteratura italiana e straniera) e con approfondite argomentazioni temi quali la retroattività delle leggi, i suoi limiti, la interpretazione autentica in riferi-

---

e comune, alla tradizione, come sosteneva una minoranza (il relativo dibattito è ora ricostruito con efficacia da G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1993, 143 ss.); ma è evidente che, anche per la particolarità del diritto pubblico — e per quanto contrastasse la tesi del diritto naturale (v. infatti quanto scrive nel *Corso,* cit., 15-16) — in pratica Cammeo seguiva la tesi più aperta al contributo della storia del diritto e degli ordinamenti di altri Stati similari al nostro. E se « i principi fondamentali di diritto e d'equità del diritto nazionale » (v. *Della manifestazione,* cit., 149) — ma anche estraibili da altri ordinamenti, come si ricava a piene mani pure dalla monografia appena citata — per la legislazione sono limiti etici o meramente presuntivi, e pertanto al più criteri ermeneutici, obbligano però i regolamenti, e dunque la massima espressione del potere amministrativo (*Della manifestazione, op. loc. ult. cit.*).

(177) Questa distinzione (anche se più propriamente ivi si distingue tra costituzione statuale e ordinamento statale) è ben presente in L. STEIN, *Verwaltungslehre*, Stüttgard, 1869, I, 25 (e anche in altre opere, ma questa era quella più conosciuta e utilizzata da Cammeo: v. *Della manifestazione,* cit., 6, nota 3; 11, nota 1; 127, nota 1; 158, nota 1): v. in proposito la sintesi di C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, 18 ss.

(178) *L'interpretazione autentica*, in *Giur. it.*, 1907, IV, 305, nella quale espone la tesi secondo cui la legge interpretativa contiene un elemento logico (un'opinione) e un comando, ma che la forza del comando non è mai condizionata dall'esattezza dell'opinione, perché, scopo essenziale della interpretazione non è di dare una interpretazione esatta, ma una interpretazione *obbligatoria*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento a principi generali di diritto e alle consuetudini, i limiti della retroattività nel diritto penale, i diritti quesiti, e che costituisce un punto di riferimento anche per i teorici dell'interpretazione (179).

D'altra parte, Cammeo aveva ben chiare le iterazioni e le osmosi tra diritto costituzionale e diritto amministrativo, sino a ritenere come in realtà la distinzione più che fondarsi su criteri intrinseci, fosse piuttosto fatta per comodo di studio e di tradizione. Riteneva infatti che la materia delle libertà, in quanto concerne quel complesso di norme che disciplina i rapporti fra i cittadini e lo Stato laddove esso agisce come autorità, nei casi concreti, per il raggiungimento dei suoi scopi di civiltà e di benessere sociale, per quanto storicamente o scolasticamente possa esser compresa nel diritto costituzionale, in vero fosse da ascrivere al diritto amministrativo (180).

Il riferimento costituzionale è comunque profondo e continuo: negli studi sulle fonti, in quelli sull'esercizio del potere amministrativo, e anche in quelli più strettamente processuali (181). Tutto questo si salda con la sua visione del ruolo della giustizia amministrativa — mutuata da Mortara — che era quella di architrave dello Stato di diritto, nel senso che il principio di legalità e tramite di esso i diritti di libertà venivano assicurati attraverso la giustizia amministrativa, non essendo a ciò sufficienti né i controlli parlamentari né i controlli interni all'Amministrazione. La Introduzione al Commentario è chiarissima in tal senso: vero e proprio manifesto della funzione della giustizia amministrativa come « guarentigia » delle libertà (a sua volta intese secondo il costituzionalismo ottocentesco). Sicché la *Grundnorm* del sistema costituzionale, vale a dire lo Stato di diritto e tutti i suoi derivati (primato della legge, principio di legalità, giurisdizione imparziale, giudice naturale etc.) è la *ratio* sottesa e ispiratrice anche degli studi più tecnici, come quelli dedicati alle procedure dei ricorsi amministrativi. Se Mortara — come ravvisava Calamandrei — era arrivato allo studio del processo civile, non

(179) Si veda infatti come sia spesso richiamata e/o utilizzata da E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, 2ª ed., Milano, 1971.

(180) *Corso,* cit., 34-35.

(181) V. ad es. *Questioni,* cit., 34.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

salendovi dal diritto privato, ma scendendovi dal diritto costituzionale (182), di Cammeo non si può dire *mutatis mutandis* lo stesso, per il semplice fatto che — per lui — le due materie del diritto costituzionale e del diritto amministrativo in punto di disciplina delle libertà non erano scindibili.

10. *Cammeo e il metodo di Orlando.*

Si è soliti dire che Cammeo, nell'affrontare il diritto amministrativo, seguì il metodo giuridico propugnato da Orlando nel 1885: del resto, il modello orlandiano gli era stato trasmesso dal suo maestro Codacci Pisanelli. Tale debito di metodo è riconosciuto dal Nostro nella *Prolusione ad un corso libero di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione della R. Università di Pisa per l'anno 1899-1900*, dal titolo « *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (Contratti di diritto pubblico)* » (183): « Questo saluto particolarmente sentito io porgo al Prof. Codacci-Pisanelli dalla cui severa ed originale attività scientifica ho tratto, per la bontà de' suoi insegnamenti, l'indirizzo ed il metodo nello studio del diritto pubblico ». E che a sua volta Codacci Pisanelli seguisse il metodo di Orlando lo si ricava anche dal fatto che lo stesso Orlando, ricordandone la figura e l'opera osservava come « Questa monografia, seguita subito dopo da una Sua nota *Sulle ordinanze di urgenza* (184), affrontava, per la prima volta in Italia, con metodo puramente giuridico, uno dei temi più ardui; orbene, i capisaldi di esso furono

(182) Questa battuta di Calamandrei è ricordata da SATTA, *Attualità di Lodovico Mortara,* cit., 67, il quale peraltro osserva: « La verità è che Mortara non scendeva dal cielo del diritto costituzionale, formula scolastica valida per indicare una materia di insegnamento, ma sapeva per istinto o meglio per la vocazione della sua vita, la stessa che lo condurrà poi a decisioni pratiche estreme, che nel processo si ha il divenire dell'ordinamento, che la norma è nulla senza la sentenza del giudice, che — per usare una sua formula meravigliosa che si leggerà più tardi nel « Commentario » — se « la legge è la statica del diritto, la giurisprudenza ne è la dinamica ». Di questa impronta l'opera di Cammeo è pervasa: si veda la sua Introduzione al Commentario e la sua qualificazione della giurisprudenza come consuetudine (v. *infra*, testo e nota 210).

(183) In *Giur. it.*, 1900, IV, 1.

(184) È la nota a Cass. Roma, 17 novembre 1890, in *Foro it.*, 1890, I, 8 ss., ripubblicata in *Scritti,* cit., 77 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fissati in maniera che ben può dirsi sia rimasta definitiva, malgrado gli ulteriori e più ampi studii di altri eminenti autori » (185). E d'altra parte Cammeo era influenzato verso il metodo puro anche attraverso Ranelletti (di poco più anziano di Cammeo, ma che aveva già pubblicato importanti monografie nel momento in cui Cammeo si laureava) (186): come ebbe a riconoscere Orlando, era Ranelletti « un autore, la cui vita scientifica, cronologicamente, *rapporto al tempo di questo sessantennio,* è la più antica e quindi la più prossima a quella che fu il movimento iniziale (1890), onde quel Maestro, più che un continuatore, si può considerare come un fondatore, per quanto un po' più tardi, di quella scienza... *avvertendo* ancora che l'accordo pieno di lui con quella che fu la teoria tradizionale, non debba attribuirsi in questo caso alla derivazione da una stessa scuola » (187).

Come è noto, il metodo « orlandiano » propugnava che nella trattazione scientifica del diritto pubblico si dovesse abbandonare la considerazione di qualunque elemento estraneo, e l'attenzione do-

---

(185) V. V.E. ORLANDO, *Alfredo Codacci Pisanelli*, in *Annuario della Regia Università degli Studi di Roma - Anno accademico 1928-1929*, Roma, 1929, 392.

(186) Ad es., ne *I monopoli comunali,* cit., vol. LV, 1895, 573, nota 2, in cui ricorda la tesi del Ranelletti « di cui più volte ci siamo giovati ».

(187) *Prefazione* all'ultima edizione dei *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1952, par. V, p. XLVI ss., *Sviluppi storici del Diritto amministrativo in Italia dal 1890 al 1950*. E per comprendere bene quale fosse il metodo seguito da Ranelletti, è opportuno ricordare quanto scriveva nella sua recensione a S. Romano (*Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1901), ora ripubblicata in O. RANELLETTI, *Scritti giuridici scelti*, I, Lo Stato, Napoli, 1992, 239: « Si è già da altri lamentato come in Italia, vuoi per la formazione recente del nostro diritto amministrativo, con fisionomia in gran parte propria, nazionale, vuoi per l'impossibilità conseguente di valersi del sussidio delle altre letterature straniere, che del resto lasciano anch'esse a desiderare, vuoi per la mancanza di tradizione e di scuola, malgrado l'alto valore personale di pochi, manchi ancora una scienza del diritto amministrativo, manchino tuttora in questo campo i principi. E in tale mancanza di principi direttivi, che la guidino, nella incertezza della via da seguire, la nostra pratica e nel foro e nelle amministrazioni si dibatte in continue difficoltà e dubbi e si affida, unica àncora, alla giurisprudenza e ai commenti molte volte mediocri di leggi speciali, oscillando deplorevolmente nella casistica. Di qui il bisogno sentito di studi, che colmino queste lacune, contribuiscano alla formazione di una scienza nostra del diritto amministrativo e alla posizione dei principi generali del medesimo; e ciò anzitutto con lavori monografici e speciali, e poi, come risultato, con manuali e trattati d'insieme e di sistemazione ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

veva essere rivolta all'esame dell'ordinamento giuridico, considerato sia nei suoi principi generali e nella sua unità sistematica, sia nei particolari elementi che lo costituiscono, abbandonando i criteri sin da allora adottati, che da un lato si esprimevano attraverso la pura esposizione dei testi legislativi, dall'altro erano inficiati da elementi estranei al diritto e ai relativi procedimenti logici. In altre parole, secondo Orlando le scienze del diritto pubblico vanno considerate scienze giuridiche, e liberate da tutte le incrostazioni di trattazioni di ordine diverso: politico, storico, filosofico, etc., che nelle letterature precedenti erano state fatte insieme a quelle giuridiche, alterandosi così in quelle discipline se non perdendo i tratti caratteristici di una scienza giuridica (188).

Orlando però — contrariamente a ciò che talvolta si pensa, forse sviati da taluni degli studi del suo grande e diretto allievo Santi Romano — rifuggiva la assoluta separazione del lato astratto dal lato positivo, e contestava « quell'indirizzo per cui viene a perdersi il carattere di diritto positivo, proprio alle nostre discipline, per l'abuso eccessivo delle generalizzazioni astratte » (189).

11. *Cammeo e le Pandette.*

E Cammeo seguiva Orlando particolarmente in ciò, nella considerazione del diritto positivo, e partiva appunto dal concreto per giungere a considerazioni generali. In tale processo utilizzava l'armamentario della scienza pandettistica: non a caso la definizione di Cammeo come pandettista è comune e autorevole (190).

---

(188) Sul metodo propugnato da Orlando, sulle sue implicazioni e sui suoi presupposti, sono usciti negli ultimi anni dei contributi di grande rilievo ad opera degli storici del diritto: v. partic. FIORAVANTI, *La vicenda intellettuale del « giovane » Orlando,* cit.; G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana tra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980; è sempre però importante in proposito rileggere GIANNINI, *Profili storici,* cit., 234 ss., considerazioni di rilievo anche in S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, 9 ss.

(189) Così V.E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo (I presupposti, il sistema, le fonti)*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, diretto da V.E. ORLANDO, Milano, 1897, 86.

(190) GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo,* cit., 247; ID., *Prefazione,* cit., XII; CARNELUTTI, *Federico Cammeo,* cit., 15 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pandettismo non vuol però dire astrazione dal diritto positivo e mera teorizzazione: vuol dire costruzione della scienza giuridica secondo concetti che si volevano universali e astorici. V.E. Orlando — scrive Giannini — « aveva mostrato come il possesso sicuro di un complesso di nozioni teoriche potesse servire in quanto non lo si applicasse ad un oggetto consistente in altre nozioni teoriche, ma direttamente al mondo reale. Era quel che Capograssi avrebbe poi indicato come il tenere due capi della corda: conoscenza e approfondimento della teoria e della dogmatica, finalizzazione di tale conoscenza all'indagine dell'esperienza giuridica. Era, in fondo, l'avvertimento, ricorrente nella storia del pensiero delle nostre discipline, di guardarsi dal teoricismo » (191).

E indubbiamente Cammeo teneva conto di tale avvertimento. La pandettistica, se non vuol dire fuga dal concreto, vuol dire però uso, nello studio del concreto, di categorie tratte dal diritto privato, « sulla base della convinzione che non esistesse prodotto giuridico, in un ordinamento qualsiasi del nostro tempo, che non potesse esser macinato nei mulini che la scienza giuridica aveva fabbricato, e che la giuspubblicistica non costituisse corpo separato dalla scienza medesima » (192). Ciò stante, se ci si limita a definire pandettista chi ricorre agli archetipi del diritto privato, oppure colui che conosce e attinge sia ai grandi pandettisti tedeschi sia ai grandi pubblicisti che, sulla scorta della pandettistica, avevano costruito lo Staatsrecht, Cammeo lo era (193). Se invece con il termine pandettista si intende

---

(191) GIANNINI, *Profili storici,* cit., *Postilla, 1973*, 270-1.

(192) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, 367, che così esemplifica: « Quando, per es., si esamina la costruzione dei giuristi come Cammeo o Ranelletti, De Valles o Trentin, propongono per l'atto amministrativo, modello del quale è il negozio giuridico così come elaborato dalla pandettistica, ci si rende conto assai bene di come questi autori erano convinti che gli elaborati pandettistici fossero risultati di una vicenda scientifica creatrice di categorie universali, per cui negozio giuridico, legge o provvedimento amministrativo potevano essere pensati come riducibili a categorie unitarie, predicabili per ogni atto giuridico ».

(193) Si veda ad es., nella prolusione pisana, ove richiama BARON, JHERING, WINDSCHEID, ZITELMANN, ma dall'altro anche i grandi pubblicisti tedeschi che, sulla scorta della pandettistica, avevano costruito lo Staatsrecht; Cammeo citava ad esempio LONING, LABAND, G. MAYER, O. MAYER, GONNER, BLUNTSCHLI; l'impiego di questi autori è comunque massimo nella monografia *Della manifestazione di volontà*, cit., e nel *Commentario,* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

indicare chi ha fatto pura opera di trasferimento nel campo del diritto pubblico delle grandi categorizzazioni pandettistiche, Cammeo non lo era.

Ciò si ricava anzitutto da una analisi puntuale e documentale di testi. Fin dall'inizio della sua attività di studi, Cammeo è ben consapevole che una operazione di meccanica trasposizione da un ramo del diritto all'altro non sarebbe compatibile con le imperiose esigenze del diritto amministrativo, *in primis* con la tutela dell'interesse pubblico. In proposito è significativo quanto scrive nella recensione a Brondi (194): « come si vede da questa breve esposizione l'autore appartiene a quella scuola di cultori del diritto pubblico, che vedono il progresso di questo nella più ampia applicazione dei criteri e degli istituti di diritto privato, ormai ben saldi ed elaborati dall'attività giuridica di tanti secoli. È una scuola dalle tendenze spiccatamente individualistiche; ha i suoi meriti, fra i quali spicca il lodevole desiderio di temperare le esigenze dell'interesse generale col rispetto rigoroso dei diritti e degli interessi dei singoli. Ma essa ha il capitale difetto di scambiare le analogie con le identità: ond'è che, quando si limita a derivare dal diritto privato quei principi supremi di equità che debbono essere comuni ai due rami del giure, fa opera praticamente vantaggiosa e scientificamente corretta: quando invece cerca di trapiantare senz'altro nel campo del diritto pubblico gli istituti di diritto privato, od è costretta a modificarli e limitarli per riguardo agli interessi generali in modo da renderli irriconoscibili e da non applicarne in sostanza altro che i principi fondamentali di equità, o per rispetto degli interessi privati sacrifica l'oggetto principale del diritto pubblico, cioè l'interesse generale. All'intelligente e colto autore di questo libro è, a mio avviso, accaduta in parte l'una cosa e l'altra. Egli si dimostra troppo civilista per rinunciare alla seduzione di applicare largamente l'istituto in esame anche in casi dove le norme di diritto pubblico e l'interesse politico mal lo consentirebbero, come pure l'operato illegale degli amministratori: è troppo acuto conoscitore di questo interesse, troppo colto nella scienza e nella pratica del diritto amministrativo per non modificare e limitare in molti casi l'istituto

(194) Recensione all'opera di V. Brondi, *La pubblica amministrazione e la gestione di affari*, Torino, Bocca, 1895, in *Giur. it.*, 1896, IV, 37.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della *negotiorum gestio* nei rapporti coll'amministrazione in guisa da alterarne le linee principali ». Altrettanto illuminanti sono gli scritti sulle concessioni. Ranelletti aveva da poco sostenuto che le concessioni sono veri e propri atti amministrativi, e dunque modificabili e revocabili senza indennizzo, a discrezione dell'autorità amministrativa. Alle medesime conclusioni giunge il saggio di Cammeo sui monopoli comunali. Le moltissime controversie cui le attività delle amministrazioni municipali avevano dato luogo relativamente all'istituzione di monopoli di fatto dei servizi di trasporto e, soprattutto (data la crescente importanza economica di questo servizio) di illuminazione, non possono essere risolte, scrive Cammeo, « secondo i soli e tradizionali principi del diritto civile » (195), perché anche le concessioni comunali devono essere considerate veri e propri atti amministrativi. Qualificandole come tali, infatti, « si evita il danno di lasciare le amministrazioni indissolubilmente legate a società che sfruttano autorità e cittadini senza freno e senza riguardo ». Con queste premesse si vuole dimostrare l'opportunità di un ordinamento più razionale e proficuo dell'attività di gestione dei servizi pubblici, « legalizzando » il monopolio di taluni di essi da parte delle amministrazioni municipali (196).

E ancora, proprio trattando della definizione di negozio giuridico, riconosce che essa si attaglia perfettamente al concetto di provvedimento amministrativo il quale appunto è manifestazione concreta ed individuale della volontà dello Stato entro i limiti del diritto obiettivo diretta ad imporre obblighi od a creare diritti. Però — avverte — « l'analogia non va spinta troppo oltre: perché è sempre pericoloso introdurre nel diritto pubblico definizioni e concetti di diritto privato » (197).

Le stesse conclusioni, sulla base di una ricostruzione più generale, sono raggiunte da Bernardo Sordi (198), il quale ha dimostrato che certamente Cammeo è ricorso alle forme e alle categorie concettuali e ai costruttori dogmatici del diritto civile, e d'altra parte

(195) *I monopoli comunali,* cit., 297.

(196) *I monopoli comunali,* cit., 590.

(197) *Della manifestazione,* cit., 40-41.

(198) *Le Pandette e il diritto amministrativo. Privato e pubblico nell'itinerario giuridico di Federico Cammeo*, in questo *Quaderno*, spec. 233 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non poteva non essere condizionato da una *koiné* metodologica e linguistica: ma ciò al fine di sottoporre il potere amministrativo e comunque le manifestazioni di sovranità dello Stato a tutta una serie di regole, che giuridicizzano il potere stesso. Non v'è quindi una trasformazione meccanistica, ma un uso di raffinati strumenti di cui già si disponeva nel diritto privato per studiare l'azione amministrativa e, quello che più conta, per depurarla di quei connotati di supremazia non strettamente necessari. Cammeo è ben consapevole (e la teorizza) della specialità del diritto amministrativo e delle sue manifestazioni; la imperatività, la discrezionalità, la prevalenza dell'interesse pubblico, il « plusvalore » dell'amministrazione in genere; di conseguenza rileva che l'autonomia negoziale non è più destinata, però, ad operare su di un piano di parità, non esercita diritti, ma produce comandi, non si muove su di una prospettiva consensuale, ma autoritativa. L'autonomia negoziale della pubblica amministrazione è destinata a manifestarsi soltanto attraverso atti autoritativi o — come Cammeo diceva — attraverso « negozi unilaterali ». Sicché viene meno quella posizione di parità che sta dietro alle categorie pandettistiche. Come scrive Sordi, il nostro Autore « si rende quindi conto che l'architrave dogmatico rappresentato dalle Pandette, dovendo operare su di un versante esclusivamente autoritativo, più di tanto non poteva essere di aiuto ». O meglio, le Pandette potevano essere impiegate per sottoporre *quam maxime* a limiti la funzione amministrativa, sì da ricondurre tale funzione sempre e comunque nell'alveo dei principi costituzionali. Così — l'osservazione è sempre di Sordi — una apertura decisiva verso la sottoposizione « a legge » (o meglio, al diritto, visto il largo rinvio a principi, tradizioni, consuetudini) dell'azione amministrativa, e dunque verso la rottura del principio della libertà dell'Amministrazione, è rappresentato dagli strumenti che hanno condotto alla estensione del sindacato giudiziario ai motivi dell'atto, onde tracciare la strada per la quale il giudice amministrativo è riuscito ad arrivare alla cognizione e alla valutazione dei fatti alla base del provvedimento. L'estensione fa leva sulla nozione di interesse pubblico, sul principio di eguaglianza, sui criteri di equità: il che significa allontanarsi del tutto dalle premesse pandettistiche e « aprire una tipologia di valutazioni nuove, con il conseguente abbandono della cognizione dell'atto ancorata soltanto al modello normativo degli elementi e dei

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

requisiti per esso prescritti ». Ciò si ricava già da una delle primissime note (199), a proposito del provvedimento con cui un consiglio comunale aveva licenziato un medico condotto, entro il termine di triennio di prova, ma il licenziamento era stato fatto al solo scopo — dichiarato nella deliberazione — di impedire che la nomina acquistasse carattere di stabilità: e che il Consiglio di Stato aveva ritenuto legittimo perché una simile dichiarazione dev'essere intesa come semplice espressione della legittima volontà di valersi di una facoltà della legge medesima riconosciuta; Cammeo invece, richiamandosi alla nozione di sviamento di potere, come era emerso dalla giurisprudenza francese e importata in Italia da uno dei suoi maestri pisani (200), ebbe a rilevare come delibere di tal genere fossero « contrarie allo *spirito della legge* », talché, ove il Consiglio di Stato procedesse alla rilevazione della illegittimità, avrebbe segnato così « una vittoria di più di quella giustizia amministrativa di cui essa (la IV Sezione *n.d.r.*) è suprema custode ».

In altre parole (e in questo vi sono significative analogie con il percorso già tracciato da O. Mayer, la cui opera del resto Cammeo ben conosceva (201)), il Nostro utilizza gli istituti e i metodi prestati dal diritto privato come materiale di fondo per elaborare, attingendo alla casistica e alle variegate indicazioni della legislazione speciale, una nuova dogmatica per un nuovo settore dell'ordinamento giuridico, retto da principi del tutto diversi (in punto di responsabilità, di discrezionalità, di primazia del pubblico). E di converso proprio tali principi rendono pressante l'esigenza di giuridicizzare al massimo l'amministrazione; lo schema tradizionale della « libertà » dell'amministrazione pregiudicherebbe infatti la libertà dei cittadini. In ciò è avvertibilissimo l'insegnamento di Mortara, che aveva osservato come la causa legittima di ogni atto giuridico tra i privati è la libertà; mentre per la pubblica amministrazione è la necessità che le sue

---

(199) *Licenziamento di medici condotti ed eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1894, III, 58.

(200) CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo,* cit.

(201) V. nel *Commentario*, le « citazioni » a p. 94, note 1 e 2; p. 57, nota 1; p. 60, nota 1; p. 75, nota 1; p. 76, nota 1; p. 78, nota 2; p. 80, nota 1; p. 82, nota 1; p. 92, nota 1; p. 94, note 1 e 2; p. 154, nota 1, etc.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

determinazioni raggiungano il pubblico interesse (202). Cammeo va oltre, e contempera il pubblico interesse con i diritti dei cittadini. E d'altro canto la introduzione di tutta una serie di regole volte a indirizzare l'attività dell'Amministrazione contribuisce ad esigenze di certezza e di corretta amministrazione, nell'interesse ancora dei cittadini ma anche della funzionalità della P.A. Questo risultato si ottiene solo in parte attraverso i classici principi costituzionali dello Stato di diritto, quali la separazione dei poteri, la subordinazione dell'atto amministrativo alla legge, la riserva di legge in materia di proprietà e di diritti fondamentali dei cittadini; essa si realizza invece principalmente tramite il ruolo attivo della scienza e della giurisprudenza (che, in difetto di leggi scritte, divengono « legislatrici » (203)). A differenza di O. Mayer, che affrontò direttamente, per costruire ed ordinare in sistema gli istituti giuridici propri dell'amministrazione, l'attività amministrativa, con al centro la figura dell'atto amministrativo (204), Cammeo si indirizzò alla giustizia amministrativa, perché la sua attenzione era rivolta al concreto spiegarsi delle garanzie, ma per far ciò dovette di necessità affrontare i temi sostanziali, che lesse sempre in questa ottica: ad es., nell'attribuzione del carattere di negozialità dell'atto amministrativo, è trasparente la funzione di assicurare una piena tutela giurisdizionale, o nell'affrontare il tema della responsabilità, la ricostruzione in chiave di diritto comune serve ad escludere aree di franchigia per l'amministrazione.

Nel momento in cui i nuovi assetti politico-sociali chiedono e producono un forte sviluppo della legislazione speciale che assegna sempre nuovi compiti all'amministrazione e di conseguenza incrementano la decisionalità politico-amministrativa, Cammeo si rende conto che la formula dello « Stato di diritto », posta a difesa degli equilibri e dei diritti della società civile, e del resto concepita in funzione esclusivamente difensiva, non sarebbe sufficiente di per sé a garantire certezze e effettività di diritti, se non accompagnati da una profonda giuridicizzazione della funzione amministrativa, che è

---

(202) *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, 4ª ed., (s.i.d.), spec. 156 ss.

(203) *Commentario,* cit., 5.

(204) Cfr. M. Fioravanti, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 600 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

creata dai giudici (e dalla scienza giuridica) e poi verificata nel suo dispiegarsi dagli stessi giudici, in un ciclo continuo che vede protagonista l'opera concreta e dispersa, ma all'untempo ricostruttiva e fondante, della giurisprudenza: che dai casi conduce ai principi generali e da questi alla regola di condotta ancora per i casi concreti.

È questo l'obiettivo, che Cammeo persegue per tutta la vita, dalla sua nota del 1894 sull'eccesso di potere al Commentario al Corso giù giù sino alle ultime note a sentenza: e più la legislazione era sparsa, confusa, alluvionale (e sovente il Nostro ne aveva denunciata la inorganicità (205)), più cerca di ricondurla e di forgiarla ai principi di giustizia, di equità, alla tradizione: anche qui emerge l'influsso di Orlando, o comunque la comunanza di obiettivi, visto che lo studioso siciliano, dalla fusione tra positivismo e cultura giuridica tedesca dell'Ottocento ricercò così nella « realtà sociale » un « sistema di principii giuridici », che nient'altro rappresentava per il giurista siciliano se non la dimensione obiettiva, strutturale, istituzionale del diritto, soggetta di per sé a « leggi naturali » di sviluppo, e capace in quanto tale, alla lunga, di dominare lo stesso diritto positivo statuale (206).

La definizione di pandettista è dunque del tutto incompleta se non fuorviante, ove non accompagnata dalle « note caratteristiche » dianzi ricordate: le salde (e mai dimenticate) basi costituzionali, in specie a difesa delle libertà dei singoli, la puntuale « applicazione » al diritto positivo e alla casistica, da cui « ascende » verso la individuazione di regole generali facendo leva sui principi di giustizia, di ragionevolezza, di interesse pubblico, di equità, di tradizione, in sintesi la giuridicizzazione dell'attività amministrativa, che, pur nel silenzio della legge, viene ad essere percorsa in lungo e in largo dalla trama sottile ma resistentissima di tali principi.

---

(205) Ad es., rileva « la inorganica compilazione delle leggi amministrative dà luogo a questioni molteplici e esose », e « complicazioni negatrici di una equilibrata giustizia », in *La motivazione del licenziamento dei segretari comunali per fine di periodo di prova*, in *Giur. it.*, 1921, III, 21.

(206) Così M. Fioravanti, *Gaetano Mosca e Vittorio Emanuele Orlando. Due itinerari paralleli (1881/1887)*, in *Archivio internazionale Gaetano Mosca per lo studio della classe politica*, serie italiana, vol. I, *La dottrina della classe politica di Gaetano Mosca e i suoi sviluppi internazionali*, Palermo, 1982, 360. Ma in proposito v. anche *retro*, par. 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

12. *La concretezza e la attenzione verso il nuovo.*

La purezza del metodo non vuol dire affatto distacco dalla realtà, come del resto aveva ben puntualizzato Orlando. Ed invero, la concretezza non fa difetto a Cammeo e si esprime in due distinti criteri metodologici.

Il primo, più volte osservato, è quello dell'esame analitico e puntuale dei mille e mille fatti che stanno dietro alle sentenze annotate o richiamate, ai costrutti legislativi, alle consuetudini. Trattasi di quel criterio cha ha fatto dire a Miele (con riferimento al « Corso », ma trattasi di rilievo a valenza generale): « È insomma un'opera che insegna la via per salire ai principi ma fa pure intendere che questi non splendono di luce propria, la loro luce essendo quella dei mille e mille casi della vita quotidiana » (207). Che questo fosse il criterio-guida (e l'obiettivo) degli studi di Cammeo è del resto confermato dal Nostro, quando, nella « Prefazione » alla *Parte generale del diritto francese interno* di C. Crome (208), richiama l'esigenza di un libro « che si tenga ugualmente lontano dai due estremi di offrire al lettore o solo una raccolta di materiale casistico più o meno completo, o una larga esposizione di principii meramente dottrinali, ma offra invece nella sua brevità compendiosa l'esposizione del diritto civile insieme coll'indicazione del criterio di loro applicazione ai singoli casi della pratica ». Del resto, la stessa attenzione ripetitiva e quasi ossessiva per la giurisprudenza, è sintomatica della considerazione primaria verso la vita concreta del diritto. E in fondo, dato l'oggetto precipuo dei suoi studi, non poteva essere diversamente perché — come ha scritto Giannini « se vi è una materia in cui l'eterogeneità dei problemi impone di esemplare costantemente dalla realtà, questa è quella della giustizia amministrativa. Vediamo quindi di uscir dai discorsi astratti, che han fatto spesso tanto male nella loro incontrollatezza, e di fissare dei casi elementari esemplari » (209). Ma per Cammeo l'attenzione alla giurisprudenza non deriva solo dalla necessità di un contatto con la

---

(207) V. *Prefazione,* cit., VII.

(208) *Prefazione* (con A. Ascoli) a C. Crome, *Parte generale del diritto francese moderno*, Milano, 1906, VII.

(209) *Discorso generale,* cit., 530.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

realtà che il caso giudiziario sempre esprime, ma dalla convinzione che la giurisprudenza costituisce lo sviluppo ordinato e continuo della legislazione, tanto che nella sua ripetitività diviene consuetudine (210), e comunque contribuisce non solo *ex post*, ma anche *ex ante* allo Stato di diritto e alla tutela dei diritti dei cittadini, segnandone limiti e contenuti. In questo è agevole notare le sostanziali affinità che legano la concezione della giurisdizione di Cammeo a quella di Mortara, da cui venne contestata la tesi, al tempo assolutamente prevalente, secondo cui il compito del giudice civile si esaurisce nella protezione dei diritti soggettivi (211).

Il secondo, la profonda attenzione ai problemi sociali e ai dati concreti che stanno alla base dell'esperienza positiva. Ad es., quando esamina istituti come i servizi pubblici, il percorso argomentativo è accompagnato e sorretto da statistiche, valutazioni di efficacia, riscontro di esperienze reali, citazioni di documenti e di rapporti tecnici. Il fatto è che — lo ha ben osservato Cianferotti (212) — sono ravvisabili negli studi di Cammeo l'impegno e la passione civile, soprattutto negli studi sui servizi pubblici, del resto ben comprensibile ove si pensi alle intense e repentine modificazioni nelle condizioni di vita e nei costumi che comportò in tutta Europa e negli Stati Uniti sul finire del secolo l'introduzione dei servizi di illuminazione elettrica, di trasporto, di erogazione d'acqua.

L'attenzione al concreto si esprime anche in altre direzioni: che nascono da una intensa attenzione verso la tecnica, la statistica, i fenomeni naturali, la storia: tutto materiale che viene accuratamente vagliato ed esposto, talvolta sino a raggiungere la pedanteria, per

---

(210) Per la giurisprudenza come consuetudine interpretativa, v. *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 1905, IV, 23 ss.

(211) V. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, cit., 20. « Da quanto fu accennato risulta abbastanza chiaro che la funzione giurisdizionale costituisce quella difesa del diritto obiettivo per virtù della quale ottengono protezione le facoltà soggettive al medesimo conformi; non è corretto il dire, come più si vuole da molti, che la difesa di queste facoltà, cioè dei diritti subbiettivi, è il suo scopo unico o per lo meno giurisdizionale ». « Onde si può scorgere, nella funzione giurisdizionale, un necessario proseguimento della legislativa. Questa stabilisce in formule generali il diritto obiettivo; quella lo specializza mercé le applicazioni che ne attuano i fini ».

(212) *Gli scritti giovanili,* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spiegare la *ratio* della legge e gli inconvenienti di una interpretazione e i benefici di un'altra (213).

Come è stato osservato da uno studioso (214) che ha specificatamente indagato il pensiero scientifico di Cammeo sulle concessioni amministrative, alla metodologia di Ranelletti assai rigorosa, ma catturata dai « problemi astratti » fino a scontare un eccessivo distacco dalla realtà, si contrappone l'elaborazione di Cammeo, in cui il discorso tecnico è il risultato di un'analisi profonda non solo dei concetti e delle norme di diritto amministrativo e civile, ma anche delle consuetudini amministrative, delle singole clausole inserite nelle concessioni, delle condizioni di fatto economiche, sociali e politiche.

Non bisogna dimenticare che, dopo tutto, la concretezza, la casistica, la continua compenetrazione tra principi generali da un lato e sentenze, lodi, disciplinari, prassi, circolari etc. dall'altro, giovano alla chiarezza, che è un valore che non dovrebbe mai essere dimenticato. Su questo risultato tutti concordano: Forti parlava di « limpidezza dei giuristi toscani », di « esposizione cristallina, che avvince e soggioga »; di « giurista popolare », perché dava risultati netti e precisi; V. Scialoja rilevava « la chiarezza di linguaggio, che il nostro Cammeo toscanamente possiede »; S. Lessona osservava che Cammeo fissava gli istituti giuridici « nella maniera più semplice e naturale » (215).

La concretezza si saldava e si esaltava con la curiosità. Anche questo è un motivo comune dei recensori di Cammeo: Giannini (216) ha scritto che « aveva un'innata e profonda curiosità giuri-

---

(213) Si vedano ad es. la nota *La validità delle decisioni della V Sezione in tema di bilanci comunali eccedenti il bilancio normale sulle sovraimposte emesse ad esercizio finanziario iniziato*, in *Giur. it.*, 1919, I, 5, ove si fa un pignolosissimo conto dei giorni necessari per avere la sentenza del Consiglio di Stato in caso di ricorso contro la delibera di approvazione del bilancio; *Questioni in materia di tassa di famiglia*, in *Giur. it.*, 1922, III, 252, ove ci si diffonde sulle diverse aliquote applicate in numerosi Comuni; o *Trasmissione e distribuzione di energia elettrica*, in *Giur. it.*, 1927, III, 203, ove si tratta di volt, di tensione alta e bassa, di trasformatori, di sezione di canapi e di fili di trasmissione.

(214) V. M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative - Aspetti della contrattualità della pubblica amministrazione*, Napoli, 1981, 110 ss.

(215) V. rispettivamente le opere citate *retro*.

(216) *Prefazione,* cit., XIV.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dica, sì che il caso nuovo o raro lo catturava con forza singolare ». Per vedere il Suo animo curioso, ma meglio sarebbe dire di scopritore o meglio ancora di « giuridicizzatore » di nuove province, basta scorrere le sue note, che trattano della privativa della neve a Napoli e dei calmieri, dei titoli del debito pubblico e dei diritti d'usciere, degli inabili al lavoro e dell'accesso delle donne agli impieghi pubblici, dell'Agip e dei poteri legislativi dei commissari straordinari nelle nuove province durante l'occupazione bellica, del servizio degli omnibus e degli ospizi dei catecumeni (217). Ma ancor più si evince dalla continua attenzione alle modifiche al diritto amministrativo apportato dall'introduzione dei servizi sociali e dalle nuove tecniche: così nei suoi scritti è costante il richiamo alla disciplina del trasporto per tramways e al telegrafo senza fili, alla illuminazione elettrica e alla regolamentazione della circolazione di autovetture, alla riproduzione fonografica e alla navigazione aerea etc. Come Cammeo stesso avvisa nella prolusione bolognese sull'equità, « il nostro è un diritto in continua elaborazione e mutazione, tormentato più che dalla necessità di raffinare i suoi concetti secondo la tecnica giuridica, dal bisogno di proporsi e risolvere i problemi metagiuridici, sociali, economici, tecnici, che sollecitano l'assunzione di nuovi compiti statali e la formulazione di nuove norme: limiti de' rapporti fra cittadino e Stato, industria privata o industria statale, libertà economica o monopolio, prevenzione coatta di malattie o rispetto della iniziativa individuale in proposito, previdenza forzosa o spontanea, istruzione obbligatoria o libera, pubblica o privata, gratuita o pagante, laica o confessionale. E questi problemi per la loro complessità, quando anche si credono risoluti in una formula legislativa si riproducono, si intrecciano, si complicano. Donde nuovi studi, riforme, emendamenti: per ricominciare da capo il giorno dopo nella corsa affannosa verso

(217) La curiosità si avverte anche nelle ricostruzioni storiche e dei presupposti economici degli istituti, nonché nelle indagini sui fenomeni fisici o sui fatti in genere: per tutti v. *La privativa della neve a Napoli*, in *Giur. it.*, 1906, IV, 246, dove si diffonde sul sistema fiscale del Regno delle due Sicilie, si esamina la storia del commercio del ghiaccio, si esaminano i problemi industriali della produzione, del trasporto e della conservazione e distribuzione del ghiaccio (con statistiche sulle temperature medie delle varie città); e addirittura ci si diffonde in digressioni sulla composizione chimica e fisica di neve e ghiaccio.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'ordine, il benessere e la moralità sociale: di guisa che il diritto amministrativo è il vero simbolo giuridico della vita che di continuo diviene e senza fine fluisce » (218).

Cammeo comprese dunque che il diritto amministrativo era anche il diritto della rivoluzione industriale, e poi dell'allora nascente Stato interventista e sociale: doveva perciò abbracciare nuovi campi, ed accompagnare con le sue garanzie l'espandersi continuo dei poteri dell'amministrazione. Il garantismo ottocentesco era stato pensato per uno Stato a fini limitati; il nuovo secolo esigeva garanzie di ben altro spessore. Trattasi, questo, di un tema e di una aspirazione che tuttora rincorriamo: Cammeo lo capisce tra i primi, non dispone però di costituzioni rigide e di raffinati controlli di costituzionalità, e allora cerca di estendere al massimo l'arsenale giuridico di cui disponeva per arginare il prevalere dello Stato amministrativo: soprattutto nel Commentario, il suo discorso altissimo in questa direzione (si pensi alla natura dell'interesse legittimo, alla piena giustiziabilità) è evidente quanto poi, alla prova dei fatti, fu perdente. Ma per fortuna non su tutto: la sua tesi della giuridicizzazione per principi ha fatto strada, ed oggi è un vanto della dottrina e della giurisprudenza poter affermare che nel settore del diritto amministrativo vi sono moltissime norme legislative e regolamentari relative ai più vari e specifici istituti, ma i principi e le regole generali, ritenuti alcuni applicabili indifferentemente a qualsiasi parte del diritto amministrativo, ed altri validi per singoli suoi settori, non traggono origine da alcuna legge od altra norma edittale (anche se alcuni di essi sono stati in seguito recepiti dalla Costituzione), ma si sono formati attraverso una lunga elaborazione giurisprudenziale e dottrinaria. Il diritto amministrativo cioè non è frutto solo delle leggi che regolano l'attività dello Stato, ma anche dei principi che costituiscono la « parte generale non scritta di tale branca del diritto » (219). Principi che — particolarmente da Cammeo — furono tratti dall'equità, dalla giustizia distributiva, dalla tradizione, dalle regole della ragione e che consentivano perciò, al

(218) *L'equità,* cit., 16.

(219) V. Cons. Stato, Ad. plen., 28 gennaio 1961 n. 3, in *Cons. Stato*, 1961, I, 8, ove leggesi che il diritto amministrativo risulta non solo da norme ma anche da principi che dottrina e giurisprudenza hanno elaborato e ridotto a dignità e unità di sistema.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di là del contingente diritto positivo, di guidare la discrezionalità amministrativa fuori dell'arbitrio.

13. *Il pluralismo dei criteri metodologici di Cammeo.*

In realtà, il metodo di Cammeo non è facilmente inquadrabile nella « casellina » del metodo giuridico; o per meglio dire, una tale conclusione non sarebbe appagante. La grande padronanza del diritto in genere, la profonda curiosità, l'attenzione alla storia degli istituti, la ricerca dei principi sommi per giuridicizzare *quam maxime* l'attività amministrativa e piegarla così ai valori del costituzionalismo liberale, conducono il Nostro ad una modulazione del proprio metodo di indagine e di ricostruzione, che risponde a vere e proprie invarianti anche se è evidente che all'interno della stessa opera (massime nel Commentario) i vari approcci metodologici talvolta si saldano e si intersecano. Sempre con le approssimazioni inevitabili in tali classificazioni, si può osservare: a) se esamina istituti processuali o del contenzioso in genere (es. ricorsi gerarchici), svolge una accurata analisi che parte dalla legislazione preunitaria e di altri Stati, dai lavori preparatori della legge da applicare, dalla dottrina italiana più recente, e dalla dottrina straniera più autorevole, fa largo uso della giurisprudenza, e indi procede ad un esame minuziosissimo della legislazione. Ad. es. trattando di ricorsi amministrativi (nelle « Questioni »), scrive: « il ricorso va redatto, come ogni altro atto di procedura amministrativa, presso le amministrazioni centrali, in carta da bollo da L. 1.20. Esso deve essere inviato insieme ai documenti allegati al Ministero competente *ratione materiae* poiché ogni comunicazione diretta fra il Consiglio e gli interessati è interdetta. Il numero legale dell'adunanza generale è la metà dei membri del Consiglio: i referendari sono contati ove sieno relatori. Chiusa la discussione, e sentito il voto consultivo dei referendari non relatori, si raccolgono i voti prima del relatore, poi dei membri della Sezione cui egli trovasi applicato, quindi degli altri consiglieri per ordine di anzianità. Le deliberazioni si prendono a maggioranza di voti: in caso di parità il voto del presidente è preponderante, ma in questo caso il parere deve contenere l'indicazione dell'opinione della mi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

noranza » (220). Come ha osservato Travi (221), prediligeva la ricerca deduttiva dalle singole disposizioni del diritto positivo (« dal noto all'ignoto »); e dal complesso delle leggi speciali (ivi compresi i regolamenti) (222) ricavava i principi generali; per cui ogni passaggio del ragionamento finisce così col richiedere una dimostrazione puntuale e analitica; il risultato è che l'esposizione risulta sovente complessa e frammentata, nulla viene dato per scontato o sorvolato; ogni parte della legislazione che viene coinvolta e ogni presa di posizione di dottrina e giurisprudenza viene esaminata; b) se tratta di argomenti di rilievo sociale o con forte connotazione tecnica, emerge l'attenzione alle statistiche, alle esperienze concrete di altri paesi, all'economia, alla finanza; e affronta l'interpretazione tenendo presente il criterio degli interessi sociali ed economici; « Poiché ogni legge è destinata ad operare nella vita reale, l'interprete deve tener presente i rapporti di fatto cui essa si riferisce, per mettere in armonia la interpretazione alle esigenze del rapporto; così le leggi in materia di igiene pubblica vanno interpretate alla stregua delle nozioni tecniche di igiene, quelle fiscali alla stregua delle nozioni finanziarie etc. » (223); c) se esamina argomenti (che spesso sono collegati a quelli di cui sopra) di teoria generale (persona giuridica, capacità, diritti, obbligazioni, atti etc.), tiene presente e dialoga con la letteratura pandettistica, e con i grandi pensatori tedeschi dell'800: da Windscheid a Jhering, da Baron a Bruns, anche se le loro conclusioni vengono contemperate con (o sottoposte a) le esigenze dello Stato amministrativo; ad es., trattando delle imposte, evidenzia che il pagamento dell'imposta è di diritto pubblico, « come è di diritto pubblico la relativa pretesa e il relativo dovere, tanto è vero

(220) V. *Questioni,* cit., 72 ss.; ma v. anche, ad es., *Commentario,* cit., 562, ss., a proposito del ricorso gerarchico all'interno delle varie amministrazioni, dove si giunge a trattare dei ricorsi al Governatore di Eritrea contro le decisioni sulle controversie tra tribù e villaggi per uso collettivo di terre (v. 565, nota 1), e dei ricorsi contro gli « uffici metrici » che provvedono alla verifica dei contatori e dei gazometri (v. 563); o a proposito dell'assistenza in giudizio dell'Amministrazione autonoma delle Ferrovie che viene trattata sino a specificare che davanti a Pretori e Conciliatori può comparire a mezzo di capi-stazione (v. 1047).

(221) *Cammeo e i ricorsi amministrativi*, in questo *Quaderno*, 437 ss.

(222) *Questioni,* cit., 19, nota 18.

(223) *Corso,* cit., 237.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che, secondo criteri di diritto pubblico, avuto riguardo dell'interesse dello Stato e della libertà dei cittadini, vanno interpretate ed eventualmente modificate o messe da parte le regole sulle modalità di pagamento, sulla mora, sulla prescrizione, sulla computazione, e potrà prevalere, se più stretta, l'analogia con altre norme di diritto pubblico che con quelle del Codice civile (224) (e ancora nel Corso il Nostro precisa che l'analogia « va ricavata tra le norme precise che regolano analoghe materie amministrative, o derivanti da principi generali di questo ramo del diritto ») (225); d) se esamina direttamente le problematiche dell'attività amministrativa (ad es. la discrezionalità, la responsabilità) è costante la ricerca di principi regolatori, pur nella variegatezza dei casi e nella selva della legislazione, secondo criteri di equità, che in Cammeo sovente collimano con i principi generali (226), essendo in ogni caso tutti riconducibili alla tradizione e alla legge della ragione (es. irretroattività, tutela dei diritti quesiti, eguaglianza, razionalità, convenienza, imparzialità), e ricorrendo alle « ordinarie leggi del pensiero » (227), alla tradizione storica (228), alle esigenze dell'amministrazione. In caso di dubbio i precetti positivi di diritto devono essere interpretati « alla stregua dell'indagine storica e istituto per istituto considerare quali dei due diritti il pubblico o il privato danno una costruzione giuridica più equa e rispondente alle reali esigenze delle cose » (229). Come ebbe a scrivere in una nota (230): « Cominciamo dall'esporre la storia della nostra legislazione in argomento. La conoscenza di questa è l'unico sicuro criterio di interpretazione della legislazione vigente »; e) in caso di incertezza, rafforza l'interpretazione il richiamo al diritto straniero, in particolare al diritto amministrativo francese cui il Nostro si è in gran parte modellato (231). Così, trattando delle tasse

(224) *Corso,* cit., 49.

(225) *Corso,* cit., 156.

(226) V., ad es. *Corso,* cit., 112, ove parla di principi generali di diritto e di equità del nostro ordinamento; analog. v. *Della manifestazione,* cit., 149.

(227) V. *Corso,* cit., 236.

(228) V. *Commentario,* cit., 205.

(229) V. ancora *Commentario,* cit., 205.

(230) V. *La rappresentanza comunale e provinciale e il computo della popolazione*, in *Giur. it.*, 1909, III, 140.

(231) V. *Le tasse e la loro costituzionalità,* cit., 194. In *Della manifestazione,* cit., 6,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di visita imposte da Comuni su carni macellate in altri Comuni, perché la stessa problematica si pone anche nel diritto francese e belga: « Sicché, data l'analogia di quei due sistemi giuridici col nostro, rientra nel conto il prendere in considerazione la soluzione che essa ha colà ricevuto ». Del pari è corrente il richiamo al diritto canonico, « da cui non poche norme ed istituti del diritto amministrativo ricevono luce, soprattutto in tema di gerarchia, di ricorso, di disciplina, di inamovibilità » (232): anch'esso, come il diritto di altri Paesi, concorre alla formazione dei principi generali di un diritto comune per tradizione, stante il carattere tendenzialmente universale della scienza giuridica; f) quando tratta le fonti, è continuo il richiamo alla storia costituzionale, alle esperienze di altri Stati, alla letteratura francese e inglese, oltre che austro-tedesca. Spesso vi è un capitoletto dedicato al « diritto comparato » (v. nella « Manifestazione », a proposito dei regolamenti e a proposito dei decreti d'urgenza), che viene richiamato non per erudizione, ma per individuare le linee comuni del costituzionalismo liberale; g) sempre immanente è il richiamo, tipico del costituzionalismo ottocentesco, al principio di legalità. Un esempio: circa il problema se, dato un ordine di rapporti non regolato dalla legge, possa validamente il Governo emanare un regolamento, Cammeo osserva che la soluzione sta nel valutare se nel silenzio della legge debba presumersi la potestà sovrana dell'amministrazione o la libertà dei cittadini. L'argomentazione è paradigmatica: « Negli Stati liberi, in Italia in particolare non è possibile esitare fra le due opinioni: la seconda si impone. La costituzione italiana non proclama soltanto quei cinque o sei diritti di libertà, che gli artt. 24 e segg. dello Statuto voglio sempre limitati per legge ». Il diritto di libertà (in ciò seguendo Santi Romano) è uno solo: « i così detti vari diritti di libertà non sono che casi in cui il diritto fondamentale si esplica. Il contenuto di questo

---

aveva espresso le stesse considerazioni nel senso che, in caso di lacune del diritto vigente italiano o di testo oscuro, o incompleto, si doveva ricorrere « alle teorie fondamentali del diritto pubblico che, provate dal crogiolo della critica scientifica, non risentano l'influenza dei sistemi politici variabili e discutibili e siano più confacenti allo spirito che informa il nostro ordinamento, quando di esso si posero le basi, tenendo conto di ogni modificazione successiva »: si possono cioè importare da altri ordinamenti teorie consone alle « tendenze innegabilmente liberali dello Stato italiano ».

(232) *Corso,* cit., 237.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto di libertà è la facoltà di respingere ogni illegale limitazione eventualmente frapposta da un organo dello Stato all'attività naturale dei cittadini: il diritto nazionale vigente proclama, sull'esempio degli altri Stati liberi, questo unico ed amplissimo diritto: esso non può quindi essere ristretto che per legge o in virtù di legge » (233).

Il filo conduttore di ogni interpretazione è dato dai principi costituzionali e dalla idealità di giustizia, che è una potentissima forza sociale dominante la normativa, altrimenti contingente e confusa, e che può giungere a piegarla (234).

Invero i richiami all'equità (235), al *favor libertatis* (236), alla moralità amministrativa (237), alla natura delle cose (238), alla giustizia, alla ragione, sono continui e ripetuti (239): ma essi sono proprio quei principi « costituzionali » in cui si esprime e si muove lo Stato di diritto, principi che Cammeo a sua volta ricavava, più che dalle proclamazioni statutarie, dal diritto consuetudinario, dal diritto canonico, dal diritto comparato, dalla tradizione, dal diritto come si era formato storicamente e che costituiva un patrimonio di rapporti consolidati e sperimentati (240). Certo, questo patrimonio andava

---

(233) *Della manifestazione,* cit., 143.

(234) « Il diritto positivo è dominato da superiori ideali di giustizia che lo informano e lo trasformano »: *L'equità,* cit., 33-4.

(235) E non solo — si badi — nello scritto specifico su *L'equità,* cit., ma — come già notato — dappertutto nei suoi scritti in quanto l'equità viene intesa come formula di sintesi espressiva dei principi costituzionali di giustizia e di ragione.

(236) A proposito del *favor libertatis*, v. *Corso,* cit., 159-160: a seguito della introduzione del telegrafo senza fili, sorse il problema se si potevano applicare per analogia le norme della telegrafia senza fili, sottoposta a monopolio. Cammeo osserva che il monopolio del telegrafo senza fili nasce dal fatto che tale mezzo di comunicazione comporta occupazioni o servitù di natura pubblica; analoga esigenza non v'è per il telegrafo senza fili, sicché non è possibile applicare le regole monopolistiche, che hanno natura eccezionale.

(237) Sulla nozione di moralità amministrativa v. *L'equità,* cit., *passim*; ma v. anche, tra i tanti esempi, il richiamo alla assurdità morale e giuridica (contro la riammissione d'ufficio nell'impiego di un usciere che aveva ottenuto la riabilitazione): *Riabilitazione e pubblico ufficio*, in *Giur. it.*, 1908, III, 99.

(238) Talvolta Cammeo parla di « necessità amministrative », il che si riannoda alla « natura delle cose »: così *Le tasse e la loro costituzionalità,* cit., 201.

(239) V. anche *retro*, par. 9.

(240) È anche qui evidente l'insegnamento di Orlando, che in parte aveva rilevato come il principio giuridico fosse indefettibile da qualsiasi legge positiva, e dall'altro come

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

confrontato con tutta la tumultuosa legislazione sociale e tecnica degli ultimi anni, ma anche questa poteva essere imbrigliata e guidata, attraverso la moralità amministrativa, i principi di ragione e di buon senso etc., sino ad affermare che dinanzi alla « minuzia delle norme giuridiche che sacrifica l'interesse pubblico nei casi concreti » bisognerebbe « reclamare un maggiore arbitrio come una liberazione » (241).

14. *La tristizia degli uomini.*

Consulente della Santa Sede, principe del Foro, maestro indiscusso e venerato, Accademico d'Italia, Preside della Facoltà di Giurisprudenza di Firenze, tutto ad un tratto si trovò senza professione, senza cattedra, espulso dalle Accademie; non poteva frequentare neppure le biblioteche, non poteva più pubblicare. E tutti coloro che il giorno prima lo ossequiavano ora gli si allontanavano o incontrandolo facevano finta di non conoscerlo come fosse un appestato: è proprio il caso di dire, dal servo encomio al codardo oltraggio.

Un destino crudele: la legge, che Cammeo aveva sempre studiato e venerato, che stava a fondamento di ogni suo ragionamento, scientifico o forense, di punto in bianco lo toglieva dal mondo o peggio, lo privava di tutto ciò per cui aveva speso una vita.

A proposito della tutela della libertà dei cittadini, Cammeo, nella Introduzione al Commentario, aveva rilevato che « per la tristizia degli uomini e dei tempi ed in certuni momenti le conquiste politiche già compiute sembrano correre gravi pericoli » (242); nel

---

fosse anche espressione dello spirito collettivo del popolo (Orlando parla di coscienza giuridica nazionale): il che escludeva il pericolo delle arbitrarie astrazioni: cfr. V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (già in *Arch. giuridico*, 1889), ora in *Diritto pubblico generale. Scritti vari* (1889/1940), *coordinati in sistema*, Milano, 1954, spec. 20 ss.

(241) CAMMEO, *Corso,* cit., 192: sicché molte illegalità « sono frutto della necessaria ribellione a tale minuzia ». In questa affermazione M. NIGRO, *Scritti sulla funzione organizzatrice della Pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 86, ebbe a vedere « una sorta di libertinismo giuridico veramente interessante ».

(242) *Commentario,* cit., 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

senso che le dichiarazioni delle Carte Costituzionali e le prescrizioni legislative non sempre trovavano effettività nella vita di tutti i giorni. In altri termini, la « tristizia » investiva la attuazione della legge. Ma il Nostro neppure ipotizzava che la tristizia potesse investire, e così brutalmente, anche la legge. Del resto, Cammeo era per formazione e per carattere rispettoso dell'autorità costituita, e anche per questo non fu un antifascista militante (del resto, fino alla guerra non lo fu neppure Calamandrei); anzi, ebbe anche la tessera del Partito Nazionale Fascista (la figlia dice che gliela portarono a casa, in pratica ricevendola d'ufficio) e il Suo attaccamento alla Patria (davvero mal riposto) lo indusse a donare la medaglia d'oro commemorativa del contributo alla formazione dell'ordinamento dello Stato della Città del Vaticano che la Santa Sede gli aveva dato a riconoscimento del suo impegno (ma si scoprì che l'oro era solo nella patina) (243). Si deve dire però che — a differenza di tanti altri, anche grandissimi, giuristi dell'epoca — dai suoi scritti non traspare alcuna *laudatio* verso il regime, di cui solo « positivamente » prende atto.

Come si è più volte ricordato, tutto il continuo profondo e capillare sforzo di Cammeo era rivolto a dare *effettività* ai « diritti pubblici subiettivi » e ai diritti di libertà in genere, ben sapendo che le proclamazioni nella Costituzione e nelle leggi non sono sufficienti: e occorreva pertanto indirizzare l'agire concreto della P.A. Da qui la giustizia amministrativa, come strumento di garanzia a presidio del rispetto del principio di legalità da parte dell'amministrazione, la quale sovente (ed inevitabilmente) dispone di poteri discrezionali, che però non possono essere il cavallo di Troia dell'*ancien* Stato assoluto. Inoltre la stessa lettera della legge può dare luogo a incertezze; di qui l'appello alla giurisprudenza e alla dottrina perché elaborassero una serie di principi, fondati sulla tradizione storica, sul senso comune, sull'equità, sulla convenienza, che indirizzassero e l'esercizio della discrezionalità e l'attività ermeneutica. Ma tutto questo in via suppletiva e integrativa della legge, che rimase la base di tutta la sua dottrina: e anzi, anche nel 1898, a fronte delle tempeste che agitavano l'Italia, aveva invocato

(243) V. *retro*, par. 5 e nota 90.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a garanzia delle libertà individuali le prerogative dal Parlamento e il primato della legge (244).

In realtà le leggi razziali non possono essere definite leggi, se si pensa al significato di garanzia e di manifestazione di democrazia che tale termine aveva per Cammeo (e, prima di Lui, nel costituzionalismo); erano solo espressione di barbara forza, cui non seppe né volle opporsi la sanzione regia (di cui invece Cammeo aveva molti anni prima lumeggiato il ruolo di contrappeso a leggi contrarie all'interesse pubblico) (245); e questa forza lo colpiva nella sua dignità, nel suo lavoro, nelle sue espressioni intellettuali, nei suoi affetti (che ne sarebbe stato del figlio, così fragile e malato e di tutta la sua famiglia?) (246). La sua disperazione è stata raccontata da

---

(244) V. *Lo stato d'assedio e la giuridizione*, in *Giur. it.*, 1898, IV, 369. È da dire però che tale primato non aveva limiti, nel senso che non incontrava alcun vincolo nello Statuto né altrove (*Della manifestazione,* cit., 68 ss.). Per una efficace esposizione della teoria all'epoca prevalente, che dava per presupposta la « giustizia » e la « giustezza » delle leggi, e del tutto remota l'eventualità di una legge iniqua, v. R. Nania, *Il valore della Costituzione*, Milano, 1986, 9 ss.

(245) *Della manifestazione,* cit., 47.

(246) Non è forse inutile ricordare che per la legislazione razziale (era considerato di razza ebraica « colui che è nato da genitori entrambi di razza ebraica, anche se appartenga a religione diversa da quella ebraica »: art. 8, comma 1°, lett. *a*, R.D.L. 17 novembre 1938 n. 1728, « Provvedimenti per la difesa della razza italiana ») il matrimonio del cittadino italiano di razza ariana con persona appartenente ad altra razza veniva proibito e dichiarato nullo (art. 1, R.D.L. n. 1728/1938); i cittadini di razza ebraica non potevano essere proprietari di terreni di estimo superiore a L. 5.000 né di fabbricati urbani di imponibile superiore a L. 20.000 (art. 10, lett. *d* e *e*); non potevano assumere alle loro dipendenze in qualità di domestici, cittadini di razza ariana (art. 11); non potevano essere dipendenti pubblici (v. art. 13) (e l'art. 20 stabiliva che sarebbero stati « dispensati » dal servizio entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge). Con successive misure, in cui il ridicolo si sommava con la violazione più profonda dei principi di libertà e di eguaglianza, venne vietato di frequentare luoghi di villeggiatura, di inserire sui giornali avvisi pubblicitari e mortuari, di possedere apparecchi radio, di godere di prestiti agricoli, di pubblicare libri, di collaborare alla stampa anche sotto pseudonimo, di tenere pubbliche conferenze, di avere il proprio nominativo negli elenchi telefonici, di accedere negli uffici pubblici etc. (v. ancora De Felice, *Storia degli ebrei sotto il fascismo,* cit., 349). Particolari provvedimenti furono adottati per le scuole (che, anzi, anticiparono gli altri): con R.D.L. 5 settembre 1938, n. 1390, « Provvedimenti per la difesa della razza nella scuola fascista », si stabiliva (v. art. 1) che « All'ufficio di insegnante nelle scuole statali o parastatali di qualsiasi ordine e grado e nelle scuole non governative a cui studi sia riconosciuto effetto legale, non potranno essere ammesse persone di razza ebraica,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Calamandrei che ne fu dolente testimone, e nulla sarebbe possibile aggiungere o chiosare. Cammeo morì (certamente alla sua fine concorse in maniera decisiva la persecuzione razziale) in una fredda giornata di marzo. Ancora Calamandrei ricorda che al suo funerale non c'erano né il gonfalone dell'Università né alcuna autorità; solo i parenti e quattro o cinque amici. Anche la sua fedelissima clientela di dipendenti pubblici (impiegati comunali, vigili urbani, maestri) si era voluta dimenticare di Lui. Ma le opere rimangono: a cento anni dalla Sua laurea, chi affronta i temi della giustizia amministrativa, dei servizi pubblici, della discrezionalità tecnica, della esecuzione d'ufficio, dei vizi degli atti e tanti altri ancora, non può non partire da Cammeo; e anche se a Lui non sono intitolati istituti universitari né biblioteche né fondazioni né borse di studio, a Lui ogni studioso del diritto pubblico deve riandare, e a Lui ogni Maestro deve ancora indirizzare.

---

anche se siano state comprese in graduatorie di corso anteriormente al presente decreto »; e (art. 3): « A datare dal 16 ottobre 1938 tutti gli insegnanti di razza ebraica che appartenevano ai ruoli per le scuole di cui al precedente art. 1, saranno sospesi dal servizio »; e (art. 3): « I membri di razza ebraica delle accademie, degli istituti e delle associazioni di scienze, lettere, ed arti, cesseranno di far parte delle dette istituzioni a datare dal 16 ottobre 1938 ».

Successivamente alla morte di Cammeo — ma anche tale genere di discriminazioni erano in vista — la l. 29 giugno 1939, n. 1054, stabilì che l'esercizio della professione di avvocato era consentita solo attraverso la iscrizione in elenchi speciali (art. 4), i quali erano poi soggetti a tutta una serie di limitazioni: salvi i casi di comprovata necessità ed urgenza, la professione poteva essere esercitata esclusivamente a favore di persone appartenenti alla razza ebraica (art. 21, lett. *a*), ai professionisti in questione non potevano essere conferiti incarichi che comportassero l'esplicazione di funzioni di pubblico ufficiale, né essere consentita l'attività per conto di enti pubblici, fondazioni, associazioni e comitati (lett. *c*); era vietata qualsiasi forma di associazione e collaborazione professionale tra i professionisti non appartenenti alla razza ebraica e quelli di razza ebraica.

La persecuzione razziale tra l'altro colpì Cammeo anche da morto: l'art. 5 del R.D.L. 22 dicembre 1938 n. 2111 stabiliva che gli ufficiali del Regio Esercito appartenenti alla razza ebraica cessavano di far parte di detto ruolo e dovevano essere collocati in congedo assoluto. Il Nostro aveva cessato di appartenere all'esercito già dal 1927, come si ricava dal suo stato di servizio, senonché una zelantissima, quanto ottusa burocrazia, volle espressamente confermarlo nella posizione di congedo assoluto ai sensi del citato R.D.L. n. 2111: e ciò con D.M. 16 agosto 1939, registrato alla Corte dei Conti il 5 settembre 1939 (!).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIULIO CIANFEROTTI

GLI SCRITTI GIOVANILI DI FEDERICO CAMMEO (1892-1899)

1. Il saggio su *I monopoli comunali*. L'apprendistato del Cammeo alla scuola del Mortara. — 2. L'accoglimento della teoria ranellettiana della concessione quale atto amministrativo unilaterale autoritativo. — 3. Atto amministrativo e riparto delle giurisdizioni tra giudice civile e giudice amministrativo. — 4. La voce *Demanio* scritta per il *Digesto italiano*. Lo studio della pandettistica e la riflessione sulla teoria dei diritti pubblici soggettivi. — 5. La *manifestazione della volontà dello Stato* nel diritto amministrativo. L'applicazione dell'ordine concettuale pandettistico. Il contributo di Alfredo Codacci Pisanelli. — 6. La revisione della teoria della divisione dei poteri nella distinzione formale-sostanziale degli atti di sovranità. — 7. Cammeo, il positivismo legislativo e la difesa delle libertà politiche e civili nella crisi di fine secolo dello Stato liberale: la illegalità dei decreti legge. Santi Romano, la teoria della necessità come fonte autonoma di diritto e la critica formulata dal Cammeo.

1. *Il saggio su* I monopoli comunali.

Il fascino esercitato dalla riflessione giuridica di Federico Cammeo (1), fin da quelle pagine giovanili dedicate a *I monopoli comu-*

(1) Sulla figura e sull'opera del Cammeo, si vedano U. Forti, *Federico Cammeo (compiendosi il trentesimo del suo insegnamento)*, in *Rivista di diritto pubblico*, 24 (1933), pt. I, pp. 301-304; M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, XVIII (1940), pp. 203, 208 s., ripubbl. in *Quaderni fiorentini*, 2 (1973); Id., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Rivista di diritto processuale*, XVII (1963), pp. 523-526; XVIII (1964), pp. 16-19; S. Lessona, *L'opera di Federico Cammeo* (commemorazione pronunciata nell'Aula Magna dell'Università di Firenze il 28 ottobre 1947), pubbl. in F. Cammeo, *Società commerciale ed ente pubblico*, Firenze s.d. (ma 1947), pp. III-X; A.C. Jemolo, *Federico Cammeo*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei, Rendiconti. Classe di scienze morali, storiche e filologiche*, CCCXLV (1948), p. 130 ss.; P. Calamandrei, *Federico Cammeo (nel decennale della sua morte)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, LXXXVI (1949), pp. 388-396; F. Carnelutti, *Federico Cammeo nella storia della scienza italiana del diritto*, in *Federico Cammeo* — A cura del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Firenze, Firenze 1961, pp. 9-22; F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo. (Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico)*, Torino s.d. (ma 1965), pp. 28-32; P. Craveri, *Cammeo*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nali, è dovuto alla complessità di un pensiero capace di darci una amplissima e penetrante testimonianza del processo di 'modernizzazione' avviato dalla società, dalla cultura e dallo Stato italiani sullo scorcio dell'800 (2). In quel saggio, apparso a puntate tra il 1895 e il 1896 sull'*Archivio giuridico* di Filippo Serafini (3), le questioni eco-

---

Federico, in *Dizionario biografico gli italiani*, 17, Roma 1974, p. 286 ss.; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli 1981, pp. 110-118, 141 s.; G. REBUFFA, *Trasformazioni delle funzioni dell'amministrazione e cultura dei giuristi*, in AA.VV., *L'amministrazione nella storia moderna*, vol. II, in *Archivio ISAP*, NS, 3, Milano 1985, pp. 1140 s., 1149; B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano 1985, pp. 379-427; P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Milano 1986, pp. 129-142; L. AMMANNATI, *Il dibattito dottrinale dopo le leggi del 1889-90*, in AA.VV., *Le riforme crispine*, vol. II, *Giustizia amministrativa*, in *Archivio ISAP*, NS, 6, Milano 1990, pp. 648-653.

(2) Sui fenomeni dell'urbanesimo e sui « comportamenti modernizzanti » delle élites cittadine tra '800 e '900, v. F. RUGGE, *Trasformazioni delle funzioni dell'amministrazione e cultura della municipalizzazione*, in AA.VV., *L'amministrazione nella storia moderna,* cit., pp. 1237-1248; ID., *« La città che sale »: il problema del governo municipale di inizio secolo*, in M. BIGARAN (ed.), *Istituzioni e borghesie locali nell'Italia liberale*, Milano 1986, pp. 54-71; G. ERNESTI, *L'immagine della città italiana dalla fine '800 agli anni '20, ibid.*, pp. 332-364; R. ROMANELLI, *Il problema del potere locale dopo il 1865: autogoverno, finanze comunali, borghesie, ibid.*, ripubbl. in ID., *Il comando impossibile. Stato e società nell'Italia liberale*, Bologna 1988, pp. 31-75; S. ADORNO-C. SORBA (edd.), *Municipalità e borghesie padane tra Ottocento e Novecento. Alcuni casi di studio*, Milano 1991; C. MOZZARELLI (ed.), *Il governo della città nell'Italia giolittiana. Proposte di storia dell'amministrazione locale*, Trento 1992. Si veda anche l'incisiva descrizione di M. PANTALEONI, *La caduta della Società Generale di Credito Mobiliare italiano*, Milano 1977 (ma 1894), p. 72, ripubbl. in A. CARDINI, *Le corporazioni continuano... Cultura economica e intervento pubblico nell'Italia unita*, Milano 1993, p. 9.

(3) F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, in *Archivio giuridico*, LIV (1895), pp. 296-314; LV (1895), pp. 94-115, 304-327, 562-591; LVI (1896), pp. 71-100, 362-387, 521-546. Cammeo tornerà nei suoi scritti successivi sul tema dei *Monopoli*. Dedicherà ad essi, in specie, un saggio nel 1899, importante anche come contributo allo sviluppo del diritto tributario italiano, *Le tasse e la loro costituzionalità. A proposito del monopolio dei macelli e delle tasse di macellazione e di visita*, in *Giurisprudenza italiana*, LI (1899), pt. IV, coll. 193-221; ed un altro nel 1906, ove ricorrerà alla dottrina pandettistica relativa alla distinzione tra diritto singolare o eccezionale e privilegio, al fine della definizione del carattere giuridico de *La privativa della neve nel comune di Napoli — Al Professor Carlo Fadda nel XXV anniversario del suo insegnamento*, in *Giurisprudenza italiana*, LVIII (1906), pt. IV, coll. 246-278. Da ricordare pure la nota *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, nota a Cass. Firenze, 22 dicembre 1902, in *Giurisprudenza italiana*, LV (1903), pt. I sez. I, coll.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nomiche, sociali e giuridiche poste in Italia, in Europa e in America (4) dalla creazione e dalla gestione dei nuovi grandi servizi comunali dell'illuminazione, degli acquedotti e dei trasporti, che mutavano la vita nelle città di tutto l'Occidente, sono studiate con dottrina già larghissima e con intensa passione civile.

Riudiamo la professione di fede liberale recitata con i medesimi

---

473-478, ove Cammeo ribadirà la tesi del carattere non contrattuale della concessione e rifiuterà ormai nettamente la « distinzione tradizionale tra atto di impero e atto di gestione ».

(4) Cammeo aveva già dedicato nel 1895 un bel saggio a *Il diritto amministrativo degli Stati Uniti d'America* (in *Giurisprudenza italiana*, XLVII (1895), pt. IV, coll. 81-102), illustrandone perspicuamente le norme, gli organi e i controlli sulla base di una letteratura, che andava dalle classiche pagine *De la démocratie en Amérique* del Tocqueville, a quelle recentissime di James Bryce, *The american commonwealth* (London 1888), di Frank Johnson Goodnow, *Comparative administrative law* (New York 1893) e di Ernst Freund, *American administrative law* (in *Political Science Quarterly*, 1894). Tra gli scritti successivi del Cammeo si possono ricordare le osservazioni svolte in una nota del 1912, dedicate al principio del diritto giudiziario anglo-americano dello *stare decisis et quieta non movere*, in cui Cammeo ravvisava un caso di « interpretazione autentica », di « interpretazione generale ed obbligatoria », e distingueva nettamente dall'istituto della cosa giudicata (F. Cammeo, *Pretesa efficacia vincolante delle decisioni degli organi di giustizia amministrativa in casi simili. (Contributo alla teoria della giudicato e a quella dell'interpretazione autentica)*, nt. a Cons. St., Sez. IV, 5 maggio 1911, in *Rivista di diritto pubblico*, III (1911), pt. II, p. 541 ss.). Nonché l'intervento di Cammeo in rappresentanza dell'Italia alla Conferenza annuale dell'associazione del Foro americano, — tenutasi a Cleveland tra l'agosto e il settembre del 1918 —, dedicato a *The present value of comparative Jurisprudence*, in *American Bar Association Journal*, 1918. In verità l'Orlando, consigliato da Antonio De Viti de Marco, aveva pensato di inviare in America a rappresentare l'Italia Maffeo Pantaleoni e Vittorio Scialoja. Ma in seguito ad una « indisposizione », lo Scialoja si era « recato in una stazione alpina e non era più stato possibile fare assegnamento su di lui » (lettera di Orlando a Pantaleoni, datata 17 luglio 1918). E il Pantaleoni aveva declinato l'invito dell'Orlando, rispondendo al Capo del governo: « Mi rendo conto dell'improtanza che gli americani attribuiscono all'assemblea dei giuristi nazionali perché l'hanno presa (copiata) dal *Juristen-Tag* dei nostri nemici. La mia incompetenza in argomento di Diritto è gravissima. Quel poco tempo che la mia specialità mi ha lasciato non l'ho mai impiegato in studi giuridici e commetterei atto indegno se osassi rappresentare all'estero la scienza giuridica italiana » (lettera del Pantaleoni all'Orlando, datata 19 luglio 1918). La scelta, ristretta così ai pochi altri giuristi ritenuti esperti della lingua inglese, Dionisio Anzilotti, Andrea Galante e Federico Cammeo, era caduta su quest'ultimo. Si veda per questo scambio di corrispondenza sulla partecipazione italiana al congresso dei giuristi americani, *Archivio centrale dello Stato, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Guerra europea*, Categoria 19.3.50.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vigorosi accenti già ascoltati negli scritti giovanili di quegli anni di Oreste Ranelletti, un altro dei padri fondatori della scienza del diritto amministrativo italiano (5). La libertà individuale, la libertà industriale e commerciale, vengono invocate come il « principio supremo della nostra legislazione » (6), le « norme supreme » (7), « la causa [...] che noi difendiamo » (8). E torna nel saggio del Cammeo la stessa padronanza della legislazione, della giurisprudenza e della dottrina amministrativistica italiane ed europee, mostrata dal Ranelletti nella grande monografia sulle *Autorizzazioni e concessioni* amministrative (9).

Eppure, nonostante le somiglianze di orientamenti ideali, di aperture scientifiche e persino di risultati dogmatici, — come vedremo —, i lavori giovanili di questi autori rimangono diversissimi. In Cammeo vi è sì una ben più viva curiosità che in Ranelletti nei confronti delle altre scienze sociali, dall'economia, alla scienza delle finanze, alla scienza politica (10), ma manca ancora l'apprendimento della lezione pandettistica.

---

(5) Ci sia consentito di rinviare al nostro lavoro, *Pandettistica, formalismo e principio di legalità. Ranelletti e la costruzione dell'atto amministrativo*, in *Studi degli allievi in onore di Domenico Maffei*, Padova 1991, ripubbl. con ulteriori svolgimenti e col titolo *Stato di diritto, formalismo e pandettistica. Ranelletti e la costruzione dell'atto amministrativo*, in R. GHERARDI-G. GOZZI (edd.), *I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato in Italia e in Germania tra Otto e Novecento*, Bologna 1992, pp. 37-84.

(6) « Piuttosto consuetudinario che scritto », sorto dalle idee della rivoluzione francese diffuse in Europa dalle armate di Napoleone, sancito « implicitamente dagli artt. 26 e 29 dello Statuto del Regno che affermano le idee affini di libertà individuale e di libertà e rispetto della proprietà » (F. CAMMEO, *I monopoli,* cit., in *Archivio giuridico*, LVI (1986), p. 73).

(7) *Ibid.*, pp. 92 s., 98.

(8) *Ibid.*, pp. 385, 369, 374, 540. E « la libertà della produzione, della domanda e dell'offerta, della concorrenza », sono giudicate « il fondamento normale della società moderna » (ID., *I monopoli,* cit., in *Archivio giuridico*, LV (1895), p. 111). Per affermazioni analoghe su « i principi generali di libertà individuale e commerciale che informano le legislazioni odierne », si veda anche l'*Introduzione* al lavoro su *I monopoli,* cit., in *Archivio giuridico*, LIV (1895), pp. 296, 303, 311.

(9) Si veda G. CIANFEROTTI, *Stato di diritto,* cit.

(10) Per illustrare le nozioni generali e il rilievo socio-economico dei monopoli, Cammeo utilizza, tra gli altri, lavori di autori quali Sidgwick, Neumann, Wagner, Cherbuliez, Boccardo, Block, Stuart-Mill, Leroy-Beaulieu, Ricca-Salerno, Schall, Reitzenstein, Cognetti de Martiis, Sax, Bianchini, Masé-Dari, Stein, Lassalle, Marx, Malon, George, Sidney-Webb, Schäffle, Loria, Taine, De Franqueville, Bryce.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dalle pagine su *I monopoli* emergono solo sparsi spunti pandettistici derivati dalla civilistica, ad esempio dalle parti più tarde dei lavori di Giorgio Giorgi sulle obbligazioni e sulle persone giuridiche (11), e soprattutto dalla letteratura amministrativistica tedesca e italiana, a principiare dagli scritti del Ranelletti stesso.

Mancano ancora il pieno possesso del metodo logico-giuridico; la consapevolezza e la determinazione di mirare alla teoria generale; la forza costruttiva; la trasposizione sistematica nel diritto amministrativo delle figure di qualificazione giuridica d'origine privatistica; la conseguente tematizzazione della « Anpassung und Umschmelzung » (12), della « Umbildung » (13) dei concetti e degli istituti civilistici nel loro trasferimento dal diritto privato al diritto pubblico; lo studio pandettistico combinato, complementare, di dogmatica e sistematica: la costruzione sistematica dell'insieme dei criteri logici, dei concetti logico-formali, categoriali, con cui potesse essere elaborata la conoscenza dogmatica dei valori giuridici fondamentali, dei principi, degl'interessi, dei concetti sostanziali, delle norme, degli istituti dell'ordinamento positivo italiano (14). Tutti già presenti, invece, in Ranelletti e tutti dovuti alla dimestichezza colla tradizione romanistico-civilistica.

Il fatto è che Cammeo non usciva come Ranelletti dalla scuola di Vittorio Scialoja, che proprio in quegli anni andava recependo e diffondendo nella scienza giuridica italiana la dottrina pandettisti-

---

(11) Cfr. F. Cammeo, *I monopoli,* cit., in *Archivio giuridico*, LV (1895), pp. 563 nt. 1, 578 nt. 1, *passim.* Le opere di Giorgio Giorgi utilizzate da Cammeo sono la *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, voll. 9, Firenze 1876-1887; *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali esposta con speciale considerazione del diritto moderno italiano*, voll. 6, Firenze 1889-97. Per l'analisi svolta da Giorgio Giorgi ne *La dottrina delle persone giuridiche* dell'estensione delle attività contrattuali delle pubbliche amministrazioni, si veda M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative,* cit., pp. 77-89.

(12) O. Mayer, *Theorie des Französischen Verwaltungsrechts*, Straßburg 1886, p. 21.

(13) Ci riferiamo ovviamente alla ben nota prolusione di Fritz Fleiner tenuta a Tubinga nel 1906, *Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht*, Tübingen 1906, subito conosciuta e utilizzata dai nostri giuspubblicisti, cfr. S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano 1912^3, p. 16 nt. 1.

(14) A. Falzea, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *Rivista di diritto civile*, XXXVI (1990), p. 763 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ca (15), ma era stato discepolo a Pisa di Ludovico Mortara, grande maestro di procedura e ordinamento giudiziario (16) e il più insigne rappresentante della scuola prechiovendiana (17). Scrittore fecondissimo, autore del grande affresco del *Commentario*, sviluppato a partire dallo splendido volume dedicato allo studio teorico e sistemtico della giurisdizione nello Stato di diritto liberale (18).

Cammeo si era formato sulle pagine del maestro e su quelle dei *Commentari* dei vecchi proceduristi come il Mattirolo, il Cuzzeri, il Borsari, il Ricci e degli altri giuristi non accademici, ma operatori pratici del diritto, magistrati, avvocati generali erariali, consiglieri o *ex* consiglieri di Stato, italiani e francesi, quali il Mantellini, il Giorgi, il Batbie, l'Aucoc, il Laferrière, ultimi grandi epigoni della scuola dell'esegesi, ma già influenzati in qualche caso, come nelle parti più

---

(15) Ci sia consentito rinviare ai nostri lavori *Stato di diritto,* cit.; *L'Università di Siena e la vertenza Scialoja. Concettualismo giuridico, giurisprudenza pratica e insegnamento del diritto in Italia alla fine dell'Ottocento*, in *Studi senesi. Supplemento alla centesima annata*, II, Siena 1988; *La prolusione di Orlando. Il paradigma pandettistico, i nuovi giuristi universitari e lo Stato liberale*, in *Rivista di diritto pubblico*, 29 (1989), pp. 995-1024.

(16) Sullo studio e l'insegnamento dell'ordinamento giudiziario inteso come disciplina giuridica, v. A. PIZZORUSSO, *Una disciplina giuridica trascurata dalla ricerca e dalla didattica*, in *Rivista di diritto civile*, XXXVIII (1991), pp. 811-818. Sulle vicende dell'ordinamento giudiziario italiano, v. ID., *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino 1982.

(17) Sulla figura del Mortara nella storia della dottrina processualistica italiana, oltre, naturalmente, alle *Pagine autobiografiche di Lodovico Mortara*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, I, Padova, 1969, pp. 34-65, presentate da Salvatore Satta, si vedano, almeno, S. SATTA, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XVIII (1964), pp. 28-43; ID., *Attualità di Lodovico Mortara*, in *Giurisprudenza italiana*, CXX (1968), pt. IV, coll. 65-76, ripubbbl. in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova 1968, pp. 459-491; F. CIPRIANI, *Le dimissioni del professore Mortara e i « Germanisti » del preside Scialoja*, in *Rivista di diritto processuale*, XLV (1990), pp. 770-882; ID., *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano 1991; ID., *Attualità di Lodovico Mortara*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXII (1992), pp. 415-433; e la sezione dedicata all'*Attualità di Lodovico Mortara*, in *Quaderni fiorentini*, 19 (1990), pp. 15-62.

(18) L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, *Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Milano s.d.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tarde delle opere del Giorgi, dai nuovi indirizzi pandettistici che venivano di Germania (19).

L'indissolubile legame e l'ininterrotto colloquio colla pratica giudiziale, affidato da Cammeo a quasi mezzo secolo di note a sentenza pubblicate sulla *Giurisprudenza italiana*, si devono anche a

---

(19) Si leggano a questo proposito le prime note a sentenza pubblicate dal Cammeo sulla *Giurisprudenza italiana* a partire dal 1892, l'anno nel quale Lodovico Mortara assunse con Carlo Francesco Gabba la direzione della *Giurisprudenza italiana* (sulla maniera singolare in cui il Mortara fu indotto da Angelo Sraffa a chiedere alla UTET la direzione della rivista, v. L. MORTARA, *Pagine autobiografiche,* cit., p. 56 s.). Nel 1892 Cammeo ventenne, due anni prima della laurea pisana in giurisprudenza, pubblicò la sua prima nota a sentenza, firmandola colle sole iniziali F.C., *Denunzia di nuova opera. Limiti della giurisdizione del pretore*, nota a Cass. Palermo, 9 agosto 1892, in *Giurisprudenza italiana*, XLIV (1892), pt. I sez. I, col. 1157 s. Anche le note apparse nel corso del 1893 sono tutte siglate F.C., *Cambiale. Scadenza prorogata con atto posteriore. Effetti circa la qualità di titolo esecutivo*, nota a Cass. Napoli, 25 novembre 1892, in *Giurisprudenza italiana*, XLV (1893), pt. I sez. I, coll. 37-40; *Nullità di sentenza deliberata con l'intervento del giudice che concorse a deliberare sulla domanda di patrocinio gratuito*, nota a Cass. Palermo, 7 febbraio 1893, *ibid.*, coll. 312-316; *Esame testimoniale davanti al pretore. Termine per notificare la lista dei testimoni*, nota a Cass. Roma, 17 settembre 1892, *ibid.*, coll. 629-634; *Conciliatore. Prima convocazione del consiglio di famiglia*, nota a Cass. Roma, 21 giugno 1893, *ibid.*, coll. 1047-1049. Quando la Cassazione di Roma, il 4 luglio 1893, emanò sulla *Prova testimoniale* una sentenza pienamente conforme ai concetti svolti dal Cammeo, il Mortara scrisse: « Convinti come siamo della intrinseca bontà della tesi validamente sostenuta dall'egregio nostro F.C. nella nota succitata, ed or con nuovi efficacissimi argomenti avvalorata dalla Corte suprema, è abbastanza naturale che ci sia gradito questo nuovo e rimarchevole trionfo » (*Prova testimoniale*, Cass. Roma, 4 luglio 1893, *ibid.*, coll. 717-718). Se in queste note predominante restava l'influenza della tradizionale letteratura italiana e francese, viva era però subito l'attenzione prestata agli scrittori che l'andavano rinnovando. Nel 1894 in una nota su *Le concessioni comunali per illuminazione a gas e gli impianti di luce elettrica*, nota a Corte d'appello di Torino, 10 febbraio 1894, in *Giurisprudenza italiana*, XLVI (1894), pt. I sez. II, col. 505, utilizzava di Maurice Hauriou non solo la seconda edizione del *Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif*, Paris 1893^2, la prima era uscita nel 1892, ma anche una sua nota alle decisioni del Conseil d'Etat, 21 dicembre 1891, pubblicata sul *Journal du Palais* nel 1894. Nel saggio sui *Monopoli comunali* il *Précis* di Hauriou era ormai messo a profitto pienamente. Nel 1894 Cammeo iniziava ad annotare la *Giurisprudenza amministrativa*, che costituiva la terza parte della *Giurisprudenza italiana*, per divenirne subito il vero e proprio redattore. Nel 1912 assunse la carica di direttore responsabile e nel 1916 quella di direttore, assieme al Gabba e al Mortara, della *Giurisprudenza italiana*. Nel 1932 la *Giurisprudenza italiana* pubblicò l'elenco dei contributi del Cammeo apparsi nell'arco di quarant'anni sulla rivista, v. *In onore del Prof. Federico Cammeo. Un quarantennio di collaborazione*, in *Giurisprudenza italiana*, LXXXIV (1932), pt. IV, coll. 34-42.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo suo originario apprendistato alla scuola tecnico-pratica del commento (20). Ad esso si deve pure l'origine di alcune delle sue opere maggiori, dai *Monopoli comunali* al gran *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa* (21), sorte quali stratificazioni e ordinamento di riflessioni dottrinali svolte in successive note a sentenza, cresciute poi su se stesse, in articoli, saggi e monografie, conservando però in certi loro caratteri peculiari, nelle oscillazioni, nella frammentarietà, nell'eclettismo, nell'incompiutezza di alcune costruzioni dottrinali, il segno di una riflessione legata all'ininterrotta osservazione e all'immediata annotazione del mutamento nell'esperienza giuridica amministrativa e giudiziale.

Il saggio di Cammeo su *I monopoli* appare, in effetti, soltanto la sistemazione, nella più ampia e completa trattazione d'una più vasta monografia, dei risultati dottrinali già raggiunti in due note a sentenza sulla questione dei monopoli apparse nel 1894 sulla *Giurisprudenza italiana* (22).

---

(20) Lo scritto, di contenuto processuale, più maturo e rappresentativo di questa fase di tirocinio alla scuola del commento è il saggio su *Il ricorso alla IV Sezione contro le decisioni delle Giunte provinciali amministrative. Casi in cui deve pronunciarsi il rinvio*, in *Giurisprudenza italiana*, XLIX (1897), pt. IV, coll. 241-260, ripubbl. con ulteriori sviluppi in *Questioni di diritto amministrativo*, Firenze 1900, pp. 138-182. Si tratta di un lavoro esegetico volto a interpretare e coordinare le disposizioni incomplete « delle leggi organiche » della giustizia amministrativa per determinare i *Casi in cui deve pronunciarsi il rinvio*, ricorrendo *a simili* e *a contrario* anche ai principi della procedura civile così come erano illustrati dal Mortara e dai più autorevoli proceduristi, il Mattirolo, il Ricci, il Borsari, il Gargiulo e il Cuzzeri.

(21) ID., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol I, *Ricorsi amministrativi. Giurisdizione ordinaria*, Milano s.d.

(22) F. CAMMEO, *Le concessioni comunali per illuminazione a gas e gli impianti di luce elettrica,* cit.; *Il servizio degli omnibus come monopolio comunale*, nota a Cons. Stato, Sez. IV, 6 luglio 1894, in *Giurisprudenza italiana*, XLVI (1894), pt. III, coll. 279-286. E i risultati raggiunti nei *Monopoli* saranno, a loro volta, utilizzati per la compilazione della voce *Illuminazione pubblica*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. VIII, pt. I, Milano 1902, pp. 46-74, ma già apparsa in estratto col titolo *L'illuminazione a gas e a luce elettrica. Studio economico giuridico*, Milano 1897. La nota su *Le concessioni comunali per illuminazione a gas* si inseriva in una vivace disputa, che vedeva opposte la giurisprudenza e la dottrina dominante, e si era aperta in Italia in seguito alla « celebre lite » fra il Comune di Firenze e la Società civile per l'illuminazione a gas di quella città. Scriveva Cammeo: « La giurisprudenza può dirsi ormai pacifica nel ritenere che i comuni non possono far concessioni per l'impianto di condutture elettriche destinate all'illumina-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma il suo maestro Mortara era anche sensibilissimo e apertissimo a tutti i nuovi aspetti assunti dalla questione sociale, tanto che alcune sue opere sono state ricordate in una bibliografia del socialismo giuridico (23). E a leggere questa giovanile monografia su *I monopoli comunali*, pare che anche nel Cammeo s'accendesse se non quell'« appassionamento per le dottrine del socialismo », almeno quella curiosità, « che rapidamente crebbe e si diffuse lungo quel decennio » in Italia, in « tutta o quasi tutta la parte eletta della generazione giovane » (24).

---

zione pubblica e privata senza violare i diritti delle società del gas, le quali hanno secondo un patto comune a tutte le convenzioni un privilegio esclusivo per la posa dei condotti. Così fu deciso dalla Corte d'appello di Firenze, 24 novembre 1891 (*Giur. it.*, 1892, I, 2, 54); Cass. Firenze, 6 marzo 1893 (*ivi*, 1893, I, 1, 340); App. Lucca, 7 marzo 1893 (*ivi*, 1893, I, 2, 278); App. Venezia, 11 luglio 1893 (*ivi*, 1893, I, 540); Cass. Firenze, 5 aprile 1894 e 21 giugno 1894, in questo volume, sez, I, col. 839 e segg. Su analoghi dati di fatto fu ugualmente sentenziato dai tribunali francesi del contenzioso amministrativo e da molti consigli di prefettura [...]. Questa unanime giurisprudenza ottenne subito le più giuste e fiere critiche della dottrina ed incontrò nel pubblico la massima impopolarità. Se si eccettua il prof. Gabba che scrisse a favore dell'opinione propugnata nei tribunali una breve nota pubblicata in questa *Raccolta* nel 1893, I, 2, 278, insorsero contro la giurisprudenza corrente il Longo nell'*Archivio di diritto pubblico*, II, 142, il Bianchi Emilio nel *Foro italiano*, 1892, 394, e nella *Giurisprudenza italiana*, il Brunetti con un articolo intitolato: *Accollo e privilegio* (1892, IV, 360) ed il prof. Codacci Pisanelli con una nota alla sentenza della Corte d'appello di Firenze, 24 novembre 1891 sopra citata » (*ivi*, 1892, pt. I sez. 2, coll. 53-68) « [...]. Il pubblico disapprovò l'opinione dei tribunali, perché essa ledeva gli interessi dei comuni, che credendosi liberi ed apparendo tali dalla lettera delle concessioni antecedenti si erano impegnati colle società per l'illuminazione elettrica — gli interessi dei capitalisti che si vedevano preclusa la vita ad impieghi produttivi, sicuri e generalmente utili — gli interessi dei consumatori che perdevano i vantaggi di una parziale concorrenza — gli interessi della civiltà in generale perché si impediva alle città più popolose e progredite di utilizzare le nuove e vantaggiose scoperte della scienza. I concessionari stessi per il gas, vincitori nelle liti, compresero così bene questo stato di cose che non osarono in molti luoghi far eseguire le sentenze, richiedere per intero le indennità liquidate, ma preferirono una transazione che le ponesse in meno aperto contrasto coi comuni e colla cittadinanza » (F. Cammeo, *Le concessioni comunali,* cit., col. 505).

(23) M. Sbriccoli, *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, in *Quaderni fiorentini*, III (1974-75), t. II, p. 1026 s.

(24) B. Croce, *Storia d'Italia dal 1871 al 1915*, Bari 1942[7], pp. 153, 156 s. Tanto che dinanzi alle accertate « possibilità » e « utilità » dell'esercizio diretto da parte dello Stato e dei comuni di certi monopoli, vediamo Cammeo domandarsi se « nelle odierne tendenze socialiste qualcosa di vero e di buono ci sia »; e di fronte all'ampiezza assunta

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dovrà passare tutto quel decennio; dovranno essere consegnate alle pagine della grande monografia dedicata al *Demanio* le approfondite riflessioni critiche sulla letteratura pandettistica riguardo specie al diritto di proprietà degli enti pubblici sul loro demanio (25); dovranno apparire la traduzione e l'annotazione, compiute con Alfredo Ascoli, della *Parte generale del diritto privato francese moderno* e delle *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese* di Carl Crome (26), prima di vedere sorgere la poderosa, anche se incompiuta, mole del Commentario — piena testimonianza ormai del dominio delle tecniche costruttive e dei materiali pandettistici — e le slanciate, perfette geometrie pandettistiche del *Corso* (27).

2. *L'accoglimento della teoria ranellettiana della concessione quale atto amministrativo unilaterale autoritativo.*

Quegli ardori solidaristici che agitavano nel '95 le pagine del Cammeo sui *Monopoli comunali*, erano un riverbero del gran travaglio che cominciava a scuotere anche la società e lo Stato italiani alla fine del secolo. Proprio fissando lo sguardo sul fenomeno dei *Monopoli*, Cammeo poteva scorgere il dissolversi delle tradizionali, e sino ad allora affidanti, separazioni e distinzioni tra società e Stato, politica ed economia, pubblico e privato, sui cui poggiava il maestoso edificio dello Stato di diritto liberale ottocentesco.

Il paesaggio che si stendeva dinanzi ai suoi occhi era affollatis-

---

dai « fenomeni di collettivismo » nella società capitalista, a cominciare proprio dai monopoli, chiedersi « se nelle dottrine che Marx e Lassalle hanno diffuso e fatte accettare fra i milioni di uomini, non vi sia qualcosa che l'avvenire riserba alla attuazione completa » (F. CAMMEO, *I monopoli comunali,* cit., in *Archivio giuridico*, LV (1985), p. 114 s.).

(25) F. CAMMEO, *Demanio*, in *Il Digesto italiano*, vol. IX, pt. I, Torino 1887-1898, pp. 897-902.

(26) C. CROME, *Parte generale del diritto privato francese moderno*, Milano 1906; ID., *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, Milano 1908.

(27) F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova 1911-1914, ripubbl. Padova 1960, con note di aggiornamento a cura di Giovanni Miele; ed ora, con *Prefazione* di Massimo Severo Giannini, Padova 1992. Le nostre citazioni sono tratte dall'edizione del '60.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

simo di fenomeni, istituti e soggetti, pubblici e privati, in gran parte nuovi, stretti in un viluppo di reciproci interventi, influenze, connessioni e interessi, sempre più inestricabile. L'insufficienza dell'iniziativa privata, mossa dalle ragioni del profitto, nell'impianto e nell'esercizio dei servizi pubblici: basti pensare, scriveva Cammeo, « di che lacrime grondi e di che sangue » la « vantata economia » realizzata dall'esercizio privato delle ferrovie in Italia (28); lo « Stato industriale » (29); i comuni « industriali »: l'« esercizio diretto » dei servizi pubblici da parte dei comuni (30), oppure da parte di società per azioni, ma « regolato e controllato dagli enti pubblici » (31); l'emergente categoria dei « consumatori » (32); « le società cooperative di produzione », caratterizzate dall'« identità della persona del consumatore con quella del produttore » (33); la scissione tra proprietà e amministrazione nelle società per azioni, e, connesso ad essa, il weberiano eguagliamento tendenziale di organizzazione, di conoscenza e di attività degli apparati burocratici delle grandi imprese industriali private e delle nuove amministrazioni di servizi e di funzione pubblica dello Stato (34); il superamento del sistema della concorrenza da parte di « monopoli di fatto », legittimi perché hanno origine da necessità economiche ed amministrative, da stati di fatto non creati dall'autorità pubblica, ma da essa riconosciuti e regolati; e di « monopoli di diritto », che possono sorgere legittimamente soltanto in base ad espresse norme di legge, perché privi di obiettive ragioni economiche e volti solo a conseguire « lo scopo sociale di rendere più sicuro, accessibile, controllabile il servizio » (35), oppure scopi finanziari, a costituire cioè entrate con carattere di diritto pubblico, che richiedono per disposizione costi-

(28) Id., *I monopoli*, cit., in *Archivio giuridico*, LV (1985), pp. 98, 102.

(29) *Ibid.*, p. 95.

(30) *Ibid.*, pp. 95-108.

(31) *Ibid.*, p. 98.

(32) Id., *I monopoli*, cit., in *Archivio giuridico*, LIV (1895), p. 305; in *Archivio giuridico*, LV (1895), pp. 102, 107, 111; in *Archivio giuridico*, LVI (1896), p. 374.

(33) Id., *I monopoli*, cit., in *Archivio giuridico*, LV (1895), p. 101; in *Archivio giuridico*, LIV (1896), p. 374.

(34) Id., *I monopoli*, cit. in *Archivio giuridico*, LV (1895), p. 95 s.

(35) Id., *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 64.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuzionale la sanzione di legge (36); « la disastrosa e quasi fatale influenza [...] per tanto tempo esercitata » in Italia « sull'andamento della cosa pubblica e sulla funzione legislativa in specie per parte di società per azioni godenti un monopolio di Stato » (37); e i danni prodotti e lo sfruttamento « senza freno e senza riguardo » esercitato su « autorità e cittadini » da società private concessionarie di pubblici servizi (38).

In un quadro così nuovo, complicato e in larga parte segnato a fosche tinte dalla sua stessa passione civile, Cammeo scorgeva una delle vie da seguire per favorire un « progressivo sviluppo » (39) e una possibile equilibrata « evoluzione » del « regime attuale » (40)

---

(36) ID., *I monopoli comunali*, cit., in *Archivio giuridico*, LIV (1895), p. 311; in *Archivio giuridico*, LVI (1896), pp. 74 s., 84-87, 362, 540. La previsione della riserva di legge per la costituzione dei monopoli di diritto, implica come conseguenza la illegalità e quindi la nullità di tutti gli atti amministrativi e dei regolamenti comunali che creino un « monopolio di diritto » e pone la questione del rapporto tra facoltà regolamentare e legge. Nel saggio sui *Monopoli* Cammeo la risolve distinguendo, sulle orme del Codacci Pisanelli (*Legge e regolamento*, Napoli 1888, ripubbl. in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello 1900, pp. 3-74), tra legge intesa come « limite positivo » alla facoltà regolamentare, « quando questa non possa esercitarsi che per la esecuzione di essa, allo scopo di maggiormente specificarne le sue norme e talora sopra oggetti tassativamente enumerati »; e legge intesa, « più correttamente », come « limite negativo », quando « l'autorità amministrativa possa emanare regolarmente anche su tutti gli oggetti non contemplati dalla legge, purché e finché le norme regolamentari non contrastino colla legge stessa » (F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, cit., in *Archivio giuridico*, LV (1895), p. 304 nt. 1). La questione dei rapporti tra legge e potere regolamentare costituirà, come vedremo *infra*, il tema svolto dal Cammeo nel terzo volume del *Trattato* dell'Orlando, nella monografia *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo. Legge e ordinanza (decreti e regolamenti)*, in V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano 1901, pp. 3-220.

(37) ID., *I monopoli*, cit., in *Archivio giuridico*, LV (1895), p. 97. E ancora: « Le società per azioni che hanno il monopolio del credito, delle miniere, delle ferrovie, dei servizi comunali esercitano molto spesso una azione politica perturbatrice, contraria agli interessi stessi della classe di cui fan parte, deplorevole pei liberisti nonché pei socialisti » (*ibid.*, p. 112).

(38) Che, « dopo avere accumulati guadagni su guadagni grazie a un monopolio secondo la teoria del diritto civile estensivamente interpretata, invocano in proprio favore l'*equità* non appena si cerchi di porre un limite, benché legittimo all'opera loro » (*ibid.*, p. 590).

(39) *Ibid.*, p. 111.

(40) *Ibid.*, p. 115.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nell'impianto e nell'esercizio diretto dei servizi pubblici da parte dei comuni (41). Ma in assenza ancora di una legislazione sulle municipalizzazioni (42), gli pareva che l'accoglimento della teoria della concessione quale « atto unilaterale amministrativo » d'impero (43) — formulata dalla dottrina tedesca (44), « divulgata e quasi totalmente seguita » in Italia dal Ranelletti (45) — risultasse l'unica maniera di « attenuare gl'inconvenienti dell'esercizio privato dei pubblici servizi » (46).

Erano dunque, anzitutto, motivi sociali ed economici, che militavano a favore della configurazione delle concessioni quali atti giuridici di diritto pubblico adottati « dalla volontà unilaterale dell'amministrazione » (47), atti di « sovranità », d'impero. Ma la « pubblicizzazione » delle concessioni come atti amministrativi unilaterali — contro le vecchie tradizionali distinzioni della dottrina e della giurisprudenza italiane e francesi, tra la teoria della concessione-atto amministrativo puro e quella, sino ad allora prevalente, della concessione-contratto di diritto civile (48) — rispondeva, a

---

(41) *Ibid.*, pp. 101, 107, 591; in *Archivio giuridico*, LVI (1896), pp. 546, *passim.*

(42) Che sarà emanata in Italia soltanto all'inizio del nuovo secolo colla legge del 29 marzo 1903, n. 103.

(43) F. Cammeo, *I monopoli*, cit., in *Archivio giuridico*, LV (1895), p. 585.

(44) E Cammeo ricordava i vari Meyer, Haenel, Zorn, Sarwey, Löning (*ibid.*, pp. 570-573).

(45) *Ibid.*, 573 nt. 2. Affermerà anche Umberto Borsi: « La teoria germanica sulla natura giuridica delle concessioni dimostrata dal Ranelletti, oltreché razionalmente esatta, ben corripondente al nostro diritto positivo, illustrata dal Cammeo soprattutto in riguardo alle sue utili applicazioni nella pratica amministrativa [...] può senza errore dichiararsi la teoria propria dell'ultimo periodo di svolgimento del diritto amministrativo italiano » (U. Borsi, *Le funzioni del comune italiano*, in V.E. Orlando, *Primo trattato*, cit., vol. II, pt. II, Milano 1915, p. 133).

(46) F. Cammeo, *I monopoli*, cit., p. 591.

(47) *Ibid.*, p. 583.

(48) *Ibid.*, pp. 562-581. Si vedano le distinzioni del Mantellini, tra concessioni unilaterali e concessioni bilaterali (G. Mantellini, *Lo Stato e il codice civile*, II, Firenze 1882, pp. 506 —543); del Giorgi, tra concessioni-licenze e concessioni-contratto (G. Giorgi, *Dottrina delle persone*, cit., II, Firenze 1891, pp. 460-465); della dottrina francese, tra *permissions* e *concessions de travaux publics*, formulata da consiglieri o *ex* consiglieri di Stato — appartenenti alla seconda generazione dei maestri del diritto amministrativo francese — come A. Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, vol. VII, Paris 1868, pp. 273-284; L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parere di Cammeo, anche a solide ragioni dottrinali e legislative.

La concessione, per Cammeo, non poteva mai avere natura contrattuale (49). Lo escludeva la mancanza di parità tra la posizione giuridica soggettiva del privato, qualificato come « suddito » (50), e quella di « supremazia » dell'amministrazione, a cui le disposizioni legislative potevano conferire un potere discrezionale, un « campo di attività libera per il conseguimento dell'interesse collettivo », nel cui ambito facevano « risorgere intera la sovranità dell'amministrazione rispetto ai cittadini » e li sottomettevano « alla sua autorità » (51).

Lo impediva il soggettivismo formale, l'immancabile circolo tautologico tracciato fatalmente anche da lui sulle orme del Ranelletti (52), tra la posizione soggettiva sovraordinata dell'amministrazione pubblica rispetto a quella del privato, tra la sua qualificazione come « pubblica autorità » (53), e il postulato d'essere essa « depo-

---

a l'école des ponts et chaussées, vol. 2, Paris 1886[3], pp. 299-441; e E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. 2, Paris 1888, pp. 521-533.

(49) Come ribadirà anche negli anni avvenire (si veda *infra*), dalla prolusione pisana del 1900, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (Contratti di diritto pubblico)* — Prolusione ad un corso libero di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione nella R. Università di Pisa per l'anno 1899-1900, in *Giurisprudenza italiana*, LII (1900), pt. IV, coll. 1-16, al *Corso* del 1911 (*Corso*, cit., pp. 528-536).

(50) ID., *Commentario*, cit., pp. 73, 97, 181 s., 208, 224, 230, 234.

(51) *Ibid.*, p. 74. Negli anni della stesura del *Commentario*, Cammeo parla del « carattere sovrano » dell'amministrazione anche in una nota a sentenza del 1907. La revoca degli atti amministrativi, scrive, « dev'essere pronunciata espressamente, perché gli atti amministrativi, come atti di sovranità, sono accompagnati da una presunzione di legittimità e di giustizia per la quale essi non possono mai considerarsi nulli *ipso iure*, cioè senza una solenne dichiarazione, sia pure dell'autorità amministrativa medesima. — Tale dichiarazione in moltissimi casi non può procedere che in forma di revoca per parte dello stesso organo che ha emanato l'atto. Teoricamente, infatti, sarebbe inammissibile che l'amministrazione dovesse essere costretta ad agire in giudizio per l'annullamento dei suoi atti: ciò contraddirebbe al suo carattere sovrano per il quale essa provvede direttamente a pubblici interessi con atti esecutori » (*L'errore nella dichiarazione di volontà come vizio degli atti amministrativi ed in particolare dei decreti su ricorso gerarchico*, nota a Cons. Stato, Sez. IV, 16 ottobre 1906, in *Giurisprudenza italiana*, LIX (1907), pt. III, col. 122).

(52) Si veda G. CIANFEROTTI, *Stato di diritto*, cit., *passim.*

(53) F. CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione. Al*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sitaria degli interessi pubblici generali » (54) e « giudice esclusivo » de « l'utile collettivo » (55).

Tutti gli argomenti portati a sostegno della natura non contrattuale della concessione risultano in definitiva semplici declinazioni di siffatto assunto. Cammeo li illustrava puntigliosamente. Le concessioni, e non solo quelle d'uso, sono « funzioni di diritto pubblico », « atti unilaterali », perché importano sempre « l'investitura di facoltà, diritti ed obblighi di lor natura spettanti all'amministrazione », in quanto implicano la tutela dell'interesse generale (56). L'amministrazione « ha per legge una sfera d'azione discrezionale » e di libertà per la tutela « degli interessi pubblici generali » di cui è depositaria: non ha la « libertà di rinunciarvi contrattualmente a favore di privati. La legge dà questa libertà e la legge solo può ritorgliela; qualunque atto delle autorità stesse che costituisse un impegno assoluto nel senso del diritto civile sarebbe contrario alla legge e perciò nullo » (57). « Il consenso che l'amministrazione presterebbe a questi contratti non è consenso quale lo richiedono le norme del diritto civile; l'autorità non è libera di provvedere » o meno ad un pubblico servizio: deve adempiere il dovere della « tutela dell'interesse generale » (58). Non può esservi contratto, unione, fusione « tra due volontà di cui, una nella stessa qualità entro i limiti del medesimo rapporto può comandare e vietare e l'altra deve obbedire » (59). La causa di questi presunti contratti sinallagmatici « dovrebbe trovarsi nella controprestazione del privato; essa si trova invece in quello che è il movente supremo di tutta

---

Professore Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento, in *Giurisprudenza italiana*, LVII (1905), pt. IV, col. 90 s.

(54) Id., *I monopoli*, cit., in *Archivio giuridico*, LV (1895), p. 576.

(55) « E di questo utile e, dei modi per raggiungerlo e delle regole da applicare l'amministrazione, per funzione sua, è giudice esclusivo » (Id., *Commentario*, cit., p. 89).

(56) Id., *I monopoli*, cit., in *Archivio giuridico*, LV (1895), p. 574.

(57) « Una rinuncia temporanea, limitata, diretta a tutelare l'interesse generale, tale cioè da ingenerare nel concessionario un ristretto diritto soggettivo di natura pubblica può ammettersi; ma ciò non accade mai in un contratto civile che non si presta ad una interpretazione da farsi spesso con criteri d'opportunità e che non può far sorgere se non diritti interi ed assoluti » (*ibid.*, 576).

(58) *Ibid.*, p. 577.

(59) *Ibid.*, p. 577.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'amministrazione, nell'interesse pubblico. Molte volte infatti nessun vantaggio diretto viene all'amministrazione » da questi supposti contratti: « la causa è dunque al di fuori » (60). « I rapporti coi terzi che da un contratto di regola né si avvantaggiano né possono essere danneggiati (Cod. civ. art. 1128, 1129) sono diversi da quelli ordinarii: i terzi approfittano delle clausole a loro favorevoli, e possono essere obbligati anche colla forza a sottostare a quelle alla cui formazione sono rimasti estranei ». Dunque, dei quattro requisiti essenziali per la validità del contratto elencati dall'art. 1104 del c.c., capacità, consenso, oggetto determinato e causa lecita, « non uno per una parte almeno può comportare » nelle concessioni « l'applicazione completa delle norme [del] diritto civile » (61).

E il dettato della legislazione più recente in materia di concessioni pareva seguire puntualmente il medesimo circolo tautologico già disegnato dagli argomenti dottrinali — tra la definizione soggettiva della pubblica amministrazione come autorità in quanto volta alla cura dell'interesse pubblico e la qualificazione delle concessioni come atti unilaterali d'impero — per escludere la qualificazione contrattuale degli atti di concessione. L'art. 14 del regolamento sulla derivazione di acque pubbliche del 25 novembre 1893 qualificava, in effetti, l'obbligo contrattuale del concessionario verso l'autorità come una condizione da essa imposta (62): non derivata « dalla fusione dei due consensi, dal contratto », ma dall'« esclusiva volontà sovrana dell'amministrazione », mentre il consenso del concessionario era ridotto a « un semplice presupposto dell'attività di questo, un fatto e non un negozio giuridico » (63). La revocabilità della concessione sembrava, infine, la regola della nostra legislazione: la dispo-

(60) « E quando essa venisse meno perché l'interesse pubblico è mutato (e si sa come facilmente sia mutabile in queste materie) il contratto non avrebbe più ragion d'esistere perché la sopravvenuta mancanza della causa della obbligazione produce effetti somiglianti alla mancanza di causa in principio. Così tali contratti verrebbero anche da questo lato ad avere una instabilità che non è quella normale dei contratti civili » (*ibid.*, p. 578).

(61) *Ibid.*, p. 581.

(62) Recita infatti l'art. 14: « il disciplinare conterrà inoltre l'espressa condizione che il concessionario si obbliga contrattualmente ad osservare tutte le disposizioni del presente regolamento » (*ibid.*, p. 584).

(63) *Ibid.*, 584.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nevano il Regolamento di polizia stradale del 10 marzo 1881 art. 12, il Regolamento della marina mercantile artt. 781, 788, la Legge sulle concessioni d'acqua su fiumi navigabili del 10 agosto 1884 n. 2644 artt. 2, 13 (64). « In tutti questi casi o si tace di indennità o la si esclude, limitandosi la legge ad autorizzare una restituzione parziale del canone ». Riscattabili sono invece le ferrovie, ma « il riscatto consiste in pratica nel comprare le intraprese al prezzo venale [...]: esso rassomiglia assai più a un'indennità per espropriazione », secondo la sola misura del danno emergente, « che a un risarcimento per inadempienza di contratto » (65).

Nella prolusione pisana del 1899 (66), Cammeo estenderà le conclusioni negative raggiunte riguardo alla natura contrattuale delle concessioni a tutti i rapporti di diritto pubblico. A differenza del Laband (67) e dello Jellinek (68), per Cammeo non esistono

---

(64) *Ibid.*, p. 584 s.

(65) *Ibid.*, p. 585 ss. L'auspicio di Cammeo era che la legge stabilisse per tutte le concessioni il sistema della revoca mediante « indennità del danno emergente » senza « aver riguardo ai lucri cessanti », riconducendo il riscatto « esplicitamente sotto le norme dell'espropriazione per pubblica utilità, le quali ora non sono applicabili se non per analogia » (ID., *I monopoli*, cit., in *Archivio giuridico*, LVI (1896), pp. 542, 532).

(66) ID., *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico*, cit. La prolusione pisana riproduce con qualche variante i primi paragrafi del quarto capitolo, dedicato a *Diritto subbiettivo e interesse collettivo e individuale*, della prima parte del *Commentario della giustizia amministrativa*, cit., pp. 70-91.

(67) Laband aveva configurato come contratti di diritto pubblico la concessione della cittadinanza e il contratto di assunzione del pubblico impiegato, accomunati dal costituire entrambi « ein Unterordnungs= und Gewaltsverhältniß »: « Eine Analogie zu diesem staatsrechtlichen Vertrage liefert die oben § 18 dargestellte Verleihung der Staatsangehörigkeit. Beide begründen ein Unterordnungs= und Gewaltsverhältniß, nur daß das letztere bei dem Anstellungsvertrage einen viel intensiveren Inhalt hat. Das Anstellungsdecret entspricht der Aufnahme= oder Naturalisationsurkunde und hat für die Perfection des Geschäftes ganz dieselbe Bedeutung wie diese » (P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, I, Freiburg i.B. 1888^2, pp. 423, 157).

(68) Jellinek aveva parlato di *Subjektionsverträge* e di *Unterwerfungsverträge*: « Derartige Verträge sind aber reine Subjektionsverträge, d.h. sie realisieren sich durch die freiwillige Unterwerfung des Individuums unter Normen des objektiven Rechtes » (G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg i.B. 1892, p. 201). Otto Mayer aveva, invece, sostituito la figura del contratto di diritto pubblico con quella del *Verwaltungsakt auf Unterwerfung*, adottato « wo der Staat zwar den Einzelnen belastet und in seine Freiheit eingrift, aber mit dessen Einwillingung. Diese beseitigt die Schranke des verfassungsmäßigen Vorbehalts, die zugunsten der Untertanen errichtet

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contratti di diritto pubblico. Lo esclude la natura stessa del contratto inteso come « la forma giuridica che assume la categoria economica dello scambio » (69). Lo esclude « la grande dicotomia ottocentesca — comune alle discipline civilistiche e pubblicistiche — tra statuale e commerciale »; la netta contrapposizione « tra interesse pubblico e fine di lucro »: il divieto « quasi di tipo costituzionale » fatto dall'art. 7 del Codice di commercio allo Stato, alle province e ai comuni di « acquistare la qualità di commerciante »; « l'incompatibilità tra ente pubblico e qualità di commerciante » (70): « quando un ente è commerciale, già perciò è escluso che sia pubblico », scrivevano Fadda e Bensa nel *Note* al *Diritto delle Pandette* del Windscheid (71).

Nei rapporti di diritto pubblico tra Stato e cittadini manca l'idea economica del commercio, della natura patrimoniale dell'oggetto del contratto, dell'equivalenza delle prestazioni, dell'equivalenza delle volontà, della libertà dello scambio, della libera volontà contrattuale (72). Vi è sempre, invece, l'atto amministrativo: « Il rap-

---

ist, und der Verwaltungsakt wird frei. Das wichtigste Beispiel solcher 'Verwaltungsakte auf Unterwerfung' bietet die Anstellung im öffentlichen Dienst » (O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Berlin 1924[3], I, p. 98). Mayer aveva già formulato questa teoria nel saggio *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 3 (1888), pp. 3-86. Sull'intera vicenda dottrinale dei contratti di diritto pubblico il rinvio d'obbligo è naturalmente a F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo,* cit.

(69) Cammeo ritiene infatti che « il contratto sia soltanto nel diritto privato quello obbligatorio e abbia contenuto patrimoniale con esclusione della donazione » (F. CAMMEO, *La volontà individuale*, cit., col. 9).

(70) B. SORDI, *Origine e itinerari scientifici della nozione di « Ente pubblico » nell'esperienza italiana*, in *Quaderni fiorentini*, 21 (1992), pp. 318, 334, 337.

(71) C. FADDA e P.E. BENSA, *Note dei traduttori al libro secondo*, in B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, vol. I, pt. I, Torino 1902, p. 797, citate nella ristampa di Torino 1926, da V. CERULLI IRELLI, *Problemi dell'individuazione delle persone giuridiche pubbliche (Dopo la legge sul « Parastato »)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 27 (1977), p. 632.

(72) F. CAMMEO, *La volontà individuale*, cit., coll. 8-13. La concessione, scriverà in una nota a sentenza del 1903, « non è contratto, perché ha per oggetto cose e diritti non commerciabili, perché il suo contenuto e le sue clausole non sono, come nel contratto, determinate liberamente dai paciscenti sotto regime di libertà e concorrenza, ma sono fissati unilateralmente dall'amministrazione » (ID., *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, nota a Cass. Firenze, 22 dicembre 1902, in *Giurisprudenza italiana*, LV (1903), pt. I sez. I, col. 477).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

porto giuridico per intiero si inizia nella sua piena validità e si determina nel suo contenuto con l'espressione della volontà dello Stato nell'atto amministrativo ». La volontà del cittadino interessato all'atto esprime, dunque, una mera « accettazione di fatto » posteriore al perfezionamento del negozio giuridico: « attiene non alla validità del rapporto, ma alla sua pratica attuazione nel mondo reale, ed è solo condizione di questa » (73).

Sono, ancora una volta, le formule elaborate dal Ranelletti nel saggio sulle *Concessioni* (74) ad apparire a Cammeo decisive per determinare la natura della volontà individuale di fronte a quella statuale (75). Il circolo tautologico rimane, ma sposta il suo centro dal rapporto tra volontà statuale sovrana e volontà individuale ad essa subordinata, al nesso esclusivo tra pubblica amministrazione e perseguimento dell'« utile collettivo », tra atto amministrativo « d'esecuzione » o « discrezionale » e tutela dell'interesse generale (76). La competenza della pubblica amministrazione riguardo alla determinazione dell'« utile collettivo » risulta, dunque, incompatibile colla figura del contratto come forma « della concorrenza e dello scambio », del « dibattito » e dell'« intervento » della volontà individuale del cittadino, dell'eguaglianza e della libertà delle parti contrattuali.

La concezione di un interesse pubblico indifferenziato di esclusiva titolarità di una pubblica amministrazione, intesa come organismo compatto e unitario, ripropone ancora nella prolusione pisana del '99 le tradizionali ragioni della permanente validità non tanto della distinzione tra diritto pubblico e privato, quanto di quella tra diritto pubblico e diritto commerciale (77).

---

(73) F. Cammeo, *La volontà individuale*, cit., col. 15.

(74) O. Ranelletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giurisprudenza italiana*, XLVI (1894), pt. IV, coll. 7-83, ripubbl. in *Scritti giuridici scelti*, III, *Gli atti amministrativi*, Napoli 1992.

(75) « Perciò seguendo in ciò l'idea geniale del Ranelletti » (F. Cammeo, *La volontà individuale*, cit., col. 15).

(76) *Ibid.*, col. 13. « La volontà dell'amministrazione è superiore a quella dei privati: i fini sociali che essa persegue hanno valore incomparabilmente maggiore di quelli individuali » (Id., *L'errore nella dichiarazione di volontà*, cit., col. 119).

(77) Si veda quanto osserva a questo proposito Sordi sulla tematica degli enti pubblici tra '800 e '900, B. Sordi, *Origine e itinerari*, cit., p. 318.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. *Atto amministrativo e riparto delle giurisdizioni tra giudice civile e giudice amministrativo.*

Ma la natura inerente alla concessione di atto amministrativo unilaterale d'impero non preclude, secondo l'opinione manifestata da Cammeo nei *Monopoli*, che da essa possano sorgere diritti pubblici soggettivi del concessionario di fronte all'amministrazione. Non solo, dunque, interessi legittimi, come per Ranelletti (78), ma anche diritti soggettivi. Si badi bene, diritti pubblici soggettivi (79). Cammeo li distingue nettamente sia dai diritti soggettivi privati che dagli interessi legittimi, traendone rilevanti conseguenze sostanziali e processuali.

I diritti pubblici soggettivi sono « condizionati all'esigenze dell'interesse pubblico »; sorgono in seguito ad « una rinuncia temporanea, limitata e diretta a tutelare l'interesse generale » della « libertà e discrezionalità d'azione » amministrativa (80); sono « revocabili con indennità limitata » al danno emergente (81). Situazioni giuridiche soggettive speciali, dunque, condizionate proprio dal rapporto che le lega alla pubblica amministrazione. Diritti « riconosciuti e concessi [...] per un'utilità collettiva »; e come i diritti soggettivi privati creati — ripeterà nella prolusione pisana del '99, secondo le teorie volontaristiche e imperativistiche del positivismo giuridico dominante — da « norme di diritto [...] concepite come comandi » (82). Certamente « diritti interi », « perfetti » (83), tutelati di-

---

(78) O. RANELLETTI, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXII (1896), pp. 177-277 e, in specie, 252-263, ripubbl. in *Scritti giuridici scelti*, III, *Gli atti amministrativi*, cit.

(79) F. CAMMEO, *I monopoli*, cit., in *Archivio giuridico*, LV (1895), pp. 577, 588 s.; in *Archivio giuridico*, LVI (1896), pp. 76, 381, 532.

(80) ID., *I monopoli*, cit., in *Archivio giuridico*, LV (1895), p. 576 s.

(81) ID., *I monopoli*, cit., in *Archivio giuridico*, LVI (1896), p. 76. « Fondati cioè su norme di diritto pubblico e su singoli atti emanati in conformità di quelle norme », li definisce in una nota pubblicata sulla *Giurisprudenza italiana*, citando Meucci, Longo, Löning, Sarwey e Laband (si veda *Natura del diritto a pensione*, nota al parere Cons. Stato, Sezione interni, 14 ottobre 1896, in *Giurisprudenza italiana*, XLII (1897), pt. 3, col. 105).

(82) ID., *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico*, cit., col. 2 ss.

(83) ID., *I monopoli*, cit., in *Archivio giuridico*, LV (1895), p. 585 ss.; in *Archivio giuridico*, LVI (1896), p. 540.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nanzi alla magistratura ordinaria, ma sacrificabili all'interesse pubblico. Anche se il sacrificio sarà compensato « con un diritto equivalente, il diritto all'indennità » (84). Da non confondere, comunque, con i diritti soggettivi che sorgono da un contratto di diritto privato: « diritti subiettivi assoluti, non revocabili senza indennità per lucro cessante e danno emergente », in grado di vincolare « quindi illimitatamente la facoltà discrezionale lasciata » all'ente pubblico « dalla legge anche nei casi in cui l'interesse pubblico » esiga libertà d'azione (85). Emerge, dunque, una incompatibilità assoluta tra l'esistenza di diritti soggettivi privati e l'esercizio della discrezionalità amministrativa, la cui nozione non viene per ora approfondita. La sussistenza di diritti pubblici soggettivi richiede, invece, solo « una rinuncia temporanea, limitata » alla discrezionalità dell'azione amministrativa.

Accanto ai diritti pubblici soggettivi possono sorgere dalle concessioni, configurate come atti amministrativi, anche « interessi legittimi o semplici interessi » (86). Ma Cammeo non ci dà mai in tutto il saggio una definizione sostanziale di interesse legittimo. Lo definisce solo negativamente, *a contrario*, ricorrendo come termine prossimo al diritto pubblico soggettivo, inteso quale diritto « intero », « perfetto », e come criterio di differenza specifica al profilo formale della diversa giurisdizione, quella amministrativa, alla cui tutela è affidato. L'interesse legittimo, dunque, è « una semplice pretensione soggetttiva e non un diritto perfetto, la tutela di questo interesse spetta alla giurisdizione amministrativa » (87).

L'accertamento della natura delle pretese soggettive individuali

---

(84) Id., *I monopoli*, cit., in *Archivio giuridico*, LV (1895), p. 586. Il rapporto tra concessionario e autorità concedente non sarebbe diverso per Cammeo, come già per Meucci e Ranelletti, dal rapporto che lega gli impiegati all'amministrazione pubblica centrale e locale, e i diritti pubblici soggettivi spettanti al concessionario dal diritto pubblico soggettivo « all'indennità per il legale licenziamento », che compete agli impiegati (*ibid.*, p. 588 s. nt. 1).

(85) Id., *I monopoli*, cit., in *Archivio giuridico*, LVI (1896), p. 76.

(86) Id., *I monopoli*, cit., in *Archivio giuridico*, LV (1895), p. 585.

(87) Id., *I monopoli*, cit., in *Archivio giuridico*, LVI (1896), p. 540. E ancora: « pretensioni individuali tutelate giuridicamente sotto l'aspetto se non di diritti perfetti, almeno di interessi legittimi », in conformità « al vigente ordinamento italiano sulla giustizia amministrativa » (Id., *I monopoli*, cit., in *Archivio giuridico*, LV (1895), p. 587).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e dunque la loro qualificazione come diritti pubblici soggettivi, interessi legittimi e interessi semplici è rimessa da Cammeo all'interpretazione dell'autorità giudiziaria nei gradi ordinari o in sede di conflitti di attribuzione e di giurisdizione (88). L'espressione « diritto civile o politico » dell'art. 2 dell'allegato *E* della legge del '65 sul *Contenzioso amministrativo* si dilata per Cammeo sino ad includere « tutti i diritti soggettivi possibili secondo il nostro diritto oggettivo, anche i diritti pubblici soggettivi » (89). Competerà all'autorità giudiziaria « interpretare la volontà dell'amministrazione per determinare se e fino a che punto si volle investire il privato di diritti soggettivi » (90). Quando dal testo dell'atto di concessione e « dall'intenzione dell'amministrazione » non risulti la creazione di un diritto, la competenza ad accertare la lesione dell'interesse legittimo spetterà alla giurisdizione amministrativa, « le cui attribuzioni in questo campo dovrebbero » però « essere quanto è possibile estese » (91).

Se l'ampliamento della nozione di « diritto civile o politico », sino a comprendere « tutti i diritti soggettivi possibili secondo il nostro diritto », si opponeva alla tradizionale interpretazione restrittiva di quella formula data dalla giurisprudenza ordinaria dal '65 in poi, altrettanto estensiva della tutela delle situazioni giuridiche soggettive appare la proposta di Cammeo di allargare il controllo della IV Sezione del Consiglio di Stato in materia di concessioni.

Da controllo di mera legittimità, — che « la teoria dell'eccesso per sviamento di potere ha potuto appena render[e] un poco più efficace e penetrante » —, esso dovrebbe diventare « controllo di merito », controllo di piena giurisdizione; e riguardare tutte le questioni, dal « rifiuto di concessioni » (92), alla « modificazione

(88) Ravvisare nelle concessioni « un rapporto di diritto pubblico e non un contratto di diritto privato », dovrebbe, a parere di Cammeo, facilitare la soluzione dei conflitti: favorire la distinzione delle « clausole che dan luogo a un diritto soggettivo da quelle che fondano soltanto un interesse » (*ibid.*, pp. 588, 590 s.).

(89) *Ibid.*, p. 588.

(90) ID., *I monopoli*, cit., in *Archivio giuridico*, LVI (1896), p. 539.

(91) ID., *I monopoli*, cit., in *Archivio giuridico*, LV (1895), p. 588.

(92) « Tenuto principalmente conto della utilità o meno della concorrenza e della estensione dei diritti creati con le concessioni precedenti » (ID., *I monopoli*, cit., in *Archivio giuridico*, LVI (1896), p. 542 s.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle concessioni in corso per pubblica utilità affinché esse non sieno meramente arbitrarie »; al ritiro della concessione (93); alle condizioni e alla liquidazione del riscatto; ai prezzi dei prodotti o servizi monopolizzati (94). Il controllo di merito dovrebbe essere affidato in prima istanza alla Giunta provinciale amministrativa e in appello alla IV Sezione del Consiglio di Stato; oppure, direttamente, in prima ed ultima istanza, al supremo tribunale amministrativo, per assicurare « più complete garanzie di indipendenza dai partiti politici e locali e di cultura giuridica » (95).

4. *La voce* Demanio *scritta per il* Digesto italiano. *Lo studio della pandettistica e la riflessione sulla teoria dei diritti pubblici soggettivi.*

Ampliare ulteriormente l'ambito della tutela delle situazioni giuridiche soggettive disegnata ne *I monopoli* poteva farsi solo ricorrendo alla teoria del controllo parallelo del giudice ordinario e di quello amministrativo: alla teoria della tutela alternativa — nella diversità degli scopi, revoca del provvedimento o risarcimento dei danni — lasciata alla scelta dell'interessato secondo il contenuto del provvedimento giurisdizionale richiesto: l'annullamento dell'atto o il risarcimento del danno (96). Alla teoria della determinazione della competenza in base all'oggetto della domanda, proposta dallo Scialoja: alla teoria del *petitum*, insomma (97). Ed è proprio quello che il Cammeo fa nella vasta e densa voce *Demanio* scritta nel '97

(93) « Di guisa che esso non si compia in generale se non quando sia necessaria l'unificazione del servizio da parte delle autorità comunali » (*ibid.*, p. 543).

(94) Perché « non divengano vere imposte » (*ibid.*, p. 543).

(95) *Ibid.*, p. 543.

(96) G. Miele, *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, in *Scritti giuridici*, II, Milano 1987, p. 1052.

(97) V. Scialoja, *La competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Foro italiano*, XVI (1891), pt. 1, coll. 1118-1122, ripubbl. in *Studi giuridici*, V, *Diritto pubblico*, Roma MCMXXXVI, pp. 195-199; *Sui limiti della competenza della Sezione IV del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *La giustizia amministativa*, II (1891), pt. IV, pp. 59-66, ripubbl. in *Studi giuridici*, cit., pp. 200-208. Sul significato delle tesi dello Scialoja, v. M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Rivista di diritto processuale*, XIX (1964), p. 225 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per il *Digesto italiano* (98), subito dopo la stesura del saggio su *I monopoli*.

Le giurisdizioni competenti a tutelare i diritti pubblici soggettivi nascenti da concessioni sono due. « I tribunali ordinari sono competenti a conoscere di ogni controversia intorno *a diritti civili e politici*. In questa formula, per interpretazione unanime, si è voluto comprendere ogni categoria di diritti, ogni interesse pertanto che sia tutelato da una norma di diritto obiettivo può essere fatto valere con questo mezzo. Ogni interesse, che abbia una tale protezione può, secondo una formola, anche più ampia e comprensiva, e con una giurisdizione che si può estendere anche al merito degli atti amministrativi, e può sempre ordinarne la revoca, esser fatto valere mediante un ricorso alla IV Sezione del Consiglio di Stato » (99).

L'accoglimento della teoria del *petitum* rappresenta solo un approdo momentaneo nella travagliata ricerca condotta dal Cammeo in quegli anni del « criterio differenziale fra competenza della IV sezione e autorità giudiziaria » (100), ma comunque anticipatrice della nozione, pienamente svolta nel *Corso*, degli interessi legittimi considerati in teoria come diritti « ancorché così non sieno chiamati nel nostro diritto positivo » (101). Nel saggio sul *Demanio*, se la medesima *causa petendi*, la lesione del medesimo diritto pubblico soggettivo, poteva fondare indifferentemente due diverse domande della parte lesa, proponibili a sua scelta presso due diversi giudici, era naturale che la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, come criterio per il riparto delle giurisdizioni, perdesse di rilievo. Mentre nei *Monopoli* Cammeo aveva distinto l'interesse legittimo dal diritto pubblico soggettivo, pur senza darne, come abbiamo visto, una definizione sostanziale, nel *Demanio* non ne tratta mai. Usa una sola volta la locuzione « legittimi interessi » e in

---

(98) Senza però citare direttamente i due interventi dello Scialoja, si veda F. CAMMEO, *Demanio*, cit. Dalla giurisprudenza e dalle opere dottrinali utilizzate si desume che la stesura del saggio è condotta a termine nel 1897.

(99) *Ibid.*, p. 912.

(100) ID., *Irricevibilità del ricorso per difetto d'interesse ed eccezione d'incompetenza dinanzi alla IV Sezione*, nota a Cons. Stato, Sez. IV, 3 maggio 1901, in *Giurisprudenza italiana*, LIII (1901), pt. III, col. 273.

(101) ID., *Corso*, cit., pp. 306 ss., 359, 746.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

maniera generica (102). Tornerà invece ad indagarne la natura alla ricerca degli elementi obiettivi, sostanziali, nel *Commentario* (103), per propendere poi, soprattutto nel *Corso*, ad una loro qualificazione come categoria essenzialmente « storica », da « identificarsi secondo l'evoluzione della giurisprudenza giudiziaria fino al 1889-90 » (104).

Ma nel saggio sul *Demanio* tutta l'attenzione rimane concentrata sulla nozione di diritto pubblico soggettivo (105). I tentativi della dottrina tedesca e italiana di costruire una teoria dei diritti pubblici soggettivi, dall'opera del Gerber al *System* dello Jellinek, alle *Instituzioni* del Meucci, alla *Dottrina delle persone giuridiche* del Giorgi, alla recentissima *Teoria* del Romano, sono puntualmente messi a frutto (106).

---

(102) « Trattando dei controlli sull'amministrazione del demanio pubblico, ossia dei mezzi con cui gli organi dell'amministrazione attiva sono obbligati ad agire nei limiti del diritto vigente, senza offendere i legittimi interessi ed i diritti sia dei privati, sia degli enti pubblici, ometteremo di parlare di quei controlli che si esercitano in questo campo, senza nessuna particolarità notevole » (ID., *Demanio*, cit., p. 919). Altrove contrappone diritti a interessi, senza impegnarsi però a definire la nozione di interessi e limitandosi a parafrasare le norme delle leggi sul Contenzioso amministrativo e sul Consiglio di Stato del '65 e dell'89: « Il controllo giudiziario civile si esplica ogni qual volta, invece di discutere sopra la convenienza di un atto amministrativo, o sopra la lesione di un interesse, ed invece di chiedere la revoca dell'atto inopportuno od illegittimo, si deduca solo la violazione di un diritto soggettivo, e se ne chieda la declaratoria e l'eventuale risarcimento; imperrocché la regola fondamentale dei controlli giudiziarii civili è, che l'autorità giudiziaria non può mai revocare l'atto amministrativo » (*ibid.*, p. 922).

(103) ID., *Commentario*, cit., pp. 101-135, 794 ss., *passim.*

(104) L'art. 24 della legge sul Consiglio di Stato e i lavori preparatori di questa legge davano, infatti, ad avviso di Cammeo, « un concetto negativo » degli interessi legittimi, identificandoli con quegli « interessi, protetti dalla legge, che non avessero trovato nella legge del 1865, *quale era stata interpretata dalla giurisprudenza fino ad allora*, riconoscimento come diritti e tutela giudiziaria » (ID., *Corso*, cit., pp. 352, 340-360).

(105) ID., *Demanio*, pp. 904-917.

(106) C. MEUCCI, *Instituzioni di diritto amministrativo*, Torino 1892[3]; G. GIORGI, *Dottrina*, cit.; per la prima citazione, ad opera del Cammeo, di C.F. v. GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechtes*, Leipzig 1869[2], v. *ibid.*, p. 917 nt. 1; per la prima citazione di G. JELLINEK, *System*, cit. e di S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in V.E. ORLANDO, *Primo Trattato*, cit., I, Milano 1900, pp. 111-220, v. *ibid.*, p. 911 s. ntt. 5, 6. In quel medesimo anno, nel 1897, utilizza per la prima volta il saggio di G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg i.B. 1887, in *Decreti organici. Voto necessario del consiglio dei ministri. Equipollenti*, nota a Cons. Stato, Sez. IV, 23

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Diritto pubblico soggettivo viene definito, sotto il profilo sostanziale, « ogni interesse originato da un rapporto di diritto pubblico in confronto dello Stato » — da un rapporto cioè in cui lo Stato interviene « come sovrano » (107) — e « tutelato in ordine a norme di diritto pubblico » (108). E il diritto amministrativo appare così agli occhi di Cammeo come un baluardo garantistico munito di diritti pubblici soggettivi eretto tutto attorno all'individuo. « Il diritto amministrativo, come ben si sa, ha per compito principale di costituire intorno all'individuo una sfera inviolabile di diritti subbiettivi di varia natura, da quelli di libertà a quelli per cui si può esigere dallo Stato, dal comune una data prestazione che può avere anche valore patrimoniale » (109).

Il saggio sul *Demanio*, e poi con ben più ampi svolgimenti e in maniera sistematica il *Commentario* (110), si inseriscono, dunque, a pieno titolo anche tra gli sforzi compiuti dalla dottrina giuridica di fine Ottocento di dare consistenza teorica alla categoria dei « diritti pubblici subbiettivi » (111). Riguardo, invece, alla teoria della concessione come atto amministrativo unilaterale; al reciso rifiuto di qualsiasi sua configurazione contrattuale (112); alla distinzione tra

---

aprile 1897, in *Giurisprudenza italiana*, XLIX (1897), pt. III, col. 168; e lo *Staatsrecht* del Laband, in *Sulla priorità da accordarsi ad una legge promulgata dopo, ma entrata prima in vigore di un'altra*, nota a Cons. Stato, Sez. IV, 11 giugno 1897, *ibid.*, pt. III, col. 326.

(107) « Secondo noi, perché un rapporto di diritto pubblico s'istituisca, è necessario che lo Stato v'intervenga come sovrano: i casi in cui esso agisce o interviene senza tale sua qualità rientrano nei domini del diritto privato », aveva scritto Romano (S. ROMANO, *La teoria*, cit., p. 129) richiamato da Cammeo (*Demanio*, cit., p. 912, nt. 3).

(108) *Ibid.*, p. 912. « Intendesi per diritto pubblico subbiettivo una facoltà del privato fondata in una norma di diritto pubblico », aveva scritto il Meucci nella terza edizione delle sue *Instituzioni* (L. MEUCCI, *Instituzioni*, cit., p. 125). « I diritti soggettivi privati hanno il carattere di essere assoluti ed illimitati, mentre i diritti soggettivi pubblici sono relativi, limitati, condizionati alla necessità dell'interesse generale » (F. CAMMEO, *Demanio*, cit., p. 904).

(109) *Ibid.*, p. 911. Si tratta della ripetizione, quasi letterale, della definizione di diritto amministrativo già data nei *Monopoli* (cfr. ID., *I monopoli*, cit., in *Archivio giuridico*, LV (1895), p. 571 s.).

(110) ID., *Commentario*, cit., pp. 28-135, 722-797, *passim.*

(111) Si veda E. CASETTA, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano 1964, pp. 791-802.

(112) F. CAMMEO, *Demanio*, cit., pp. 905-916. « E veramente la teoria contrattuale sembra sotto ogni aspetto da escludersi » (*ibid.*, p. 909).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

atti d'impero e di gestione e tra personalità pubblica e privata dello Stato, dei comuni e delle province (113), la voce del *Digesto* non fa che ripetere, talora letteralmente, le pagine sui *Monopoli*, e confessare, di nuovo, i numerosi debiti contratti nei confronti della grande monografia dedicata dal Ranelletti alle *Concessioni* (114). E riconosce i propri debiti verso il Ranelletti anche riguardo alla formulazione della differenza tra demanio e patrimonio (115) e alla qualificazione del rapporto degli enti pubblici sul loro demanio come diritto di proprietà (116).

Ma è proprio rispetto alla natura del diritto esercitato sulle cose pubbliche; alla ammissibilità o meno della persona giuridica come

---

(113) *Ibid.*, pp. 910, 944, 959, 961. Ma già nelle *Questioni di diritto amministrativo*, cit., p. 60 s., Cammeo non accettava più la distinzione tra atti d'impero e atti di gestione come criterio di determinazione della competenza giudiziaria.

(114) « Una teoria completa è stata con ampia e dotta trattazione delineata dal Ranelletti in vari articoli [...]. Di quest'opera ci siamo ampiamente giovati nei paragrafi seguenti » (*ibid.*, p. 905).

(115) « Sulla distinzione fra demanio e patrimonio vi sono due articoli del prof. Ranelletti » (O. Ranelletti, *Caratteri distintivi del demanio e del patrimonio*, in *La legge*, XXXII (1892), vol. II, n. 7, pp. 244-252, 278-288, 315-324, ripubbl. in *Scritti giuridici scelti*, IV, *I beni pubblici*, cit.; Id., *Natura giuridica della dotazione della Corona. Aggiunte e schiarimenti alla teoria sui caratteri distintivi del demanio e del patrimonio*, in *Foro italiano*, XVIII (1893), pt. I, coll. 822-837, ripubbl. in *Scritti giuridici scelti*, IV, *I beni pubblici*, cit.). « Queste due monografie costituiscono una dotta raccolta ed una intelligente critica della dottrina e della giurisprudenza in proposito. Avvertiamo che di esse ci siamo spesso giovati nel presente titolo, omettendo talora, per ragioni di brevità, di ripetere le citazioni » (*ibid.*, p. 857, nt. 2). Cammeo non può ovviamente utilizzare la grande monografia del Ranelletti su *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, che comincia ad apparire nei fascicoli della *Giurisprudenza italiana* proprio a partire da quell'anno, il 1897 (in *Giurisprudenza italiana*, XLIX (1897), pt. IV, coll. 325-375; L (1898), pt. IV, coll. 113-217; in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXV (1898), pp. 1-55, 159-241; XXVI (1898), pp. 43-66, 319-424, ripubbl. in *Scritti giuridici scelti*, IV, *I beni pubblici*, cit.). Alla monografia sul *Demanio pubblico* segue lo scritto *Della formazione e cessazione della demanialità*, in *Giurisprudenza italiana*, LI (1899), pt. IV, coll. 1-62, ripubbl. in *Scritti giuridici scelti*, IV, *I beni pubblici*, cit. Si vedano i richiami della voce *Demanio* del Cammeo, in S. Cassese, *I beni pubblici, circolazione e tutela*, Milano 1969, *passim*; V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova 1983, *passim*.

(116) E tramite il Ranelletti alle tesi di Vittorio Scialoja, sostenute in una nota a sentenza pubblicata nel *Foro italiano*, VI (1881), pt. I, coll. 1119-1124, cui Ranelletti aveva aderito.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

soggetto di diritto distinto dai componenti; alla questione della personalità dello Stato, ad esempio, distinta dai cittadini in ogni ordine di rapporti; alla teoria della persona giuridica come realtà o come finzione, che Cammeo incontra e studia, per la prima volta in maniera approfondita, la letteratura pandettistica (117); e ripercorre il gran dibattito che i massimi scrittori tedeschi, da Savigny, a Jhering, a Windscheid, a Brinz, a Baron e così via enumerando, avevano agitato attorno a questi temi (118). Cammeo inizia così, tra il 1896 e il 1897, a partire in specie dal saggio sul *Demanio*, quella lunga marcia all'interno della pandettistica che nel giro di un quindicennio lo avrebbe portato al *Corso*, e fatto di lui il massimo esponente della tendenza più prettamente pandettistica all'interno della dottrina amministrativistica italiana (119).

---

(117) In verità, già l'anno avanti, recensendo (*Giurisprudenza italiana*, XLVIII (1896), pt. IV, coll. 37-40) il saggio di Vittorio Brondi su *Le pubbliche amministrazioni e la gestione di affari*, Torino 1895, — che Santi Romano giudicherà una testimonianza di rilievo della recezione nella nuova dottrina italiana di diritto pubblico dell'ordine concettuale pandettistico (v. S. ROMANO, *Prefazione* a V. BRONDI, *Scritti minori*, Torino 1934, p. III s.) —, Cammeo aveva studiato l'applicazione al diritto pubblico, proposta dal Brondi, di istituti della tradizione romanistico-civilistica quali l'*actio negotiorum gestorum* e l'*actio de in rem verso*, per giungere a conclusioni generalmente negative. Aveva affrontato la medesima tematica anche in una nota a sentenza pubblicata quell'anno sulla responsabilità degli amministratori comunali e provinciali — v. *L'azione de in rem verso nei rapporti tra pubbliche amministrazioni e funzionari responsabili a norma dell'art. 256 legge com. e prov., e la competenza per far valere detta azione*, nota a Corte Conti, Sez. III, 11 giugno 1895, in *Giurisprudenza italiana*, XLVIII (1896), pt. 3, coll. 9-14 — ove per la prima volta citava due opere della pandettistica tedesca: le *Pandekten* di Julius Baron, Leipzig 1893, e il *Lehrbuch der Pandekten* di Otto Wendt, Jena 1888. Quando, quattro anni dopo, ripubblicherà questa nota rimaneggiata e aggiornata nelle *Questioni di diritto amministrativo*, cit., pp. 224-255, accanto al Baron e al Wendt, figureranno ormai anche Savigny, Windscheid, Fadda, Bensa, Serafini, Scialoja e così via enumerando. Le *Questioni* raccoglieranno, infatti, oltre ad uno scritto inedito dedicato a *Il ricorso straordinario al Re* (pp. 5-81), altre otto note (pp. 82-225) già apparse tra il 1895 e il 1900 nelle annate de *La Giurisprudenza italiana*, ma tutte « rimaneggiate, corrette e poste a giorno della dottrina e della giurisprudenza » (*Avvertenza*, datata Firenze, aprile 1900, *ibid.*, p. 3).

(118) Oltre che, naturalmente, attorno alla storia del demanio, v. F. CAMMEO, *Demanio*, cit., pp. 845 s., 987-902.

(119) M.S. GIANNINI, *Profili storici*, cit., pp. 203, 208 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

5. *La* manifestazione della volontà dello Stato *nel diritto amministrativo. L'applicazione dell'ordine concettuale pandettistico. Il contributo di Alfredo Codacci Pisanelli.*

I risultati dello studio della dottrina pandettistica segnano già in maniera profonda il saggio dedicato alla *manifestazione della volontà dello Stato*, finito di scrivere tra il maggio e il luglio del 1898 (120) e destinato al terzo volume del *Trattato* dell'Orlando. L'analisi delle teorie della giuspubblicistica italiana, tedesca, francese e anglosassone, le indagini storiche, le comparazioni legislative, le costruzioni dogmatiche, che occupano le pagine del saggio, seguono le linee di uno schema concettuate tracciato dai principi individualistici e soggettivistici della tradizione giuscivilistica. La *manifestazione della volontà dello Stato nel capo del diritto amministrativo*, il diritto amministrativo dello « Stato libero moderno », dello « Stato giuridico » (121), la sequenza di legge, regolamento, atto amministrativo e diritto di libertà, sono disegnati da Cammeo in un circolo garantistico, il cui modello concettuale viene dettato dalle libertà degli individui privati.

Il diritto estende progressivamente il suo dominio alle manifestazioni di volontà statuale secondo una direttrice privatistica che prende a modello, per definire i limiti dell'attività amministrativa dello Stato, le norme e i limiti che circoscrivono l'« attività libera » dei privati e coincide colla linea di sviluppo storico della giuridicizzazione delle attività statuali dal diritto privato al diritto pubblico (122): « dal

---

(120) Cammeo cita, infatti, i decreti di proclamazione dello stato d'assedio del 7 e 9 maggio 1898, ma non la « legge di ratifica » del 17 luglio 1898, v. F. Cammeo, *Della manifestazione*, cit., p. 194.

(121) Del « Governo libero », dello « Stato costituzionale moderno », come anche Cammeo li chiama. Per la ricorrenza di questi sintagmi, usati da Cammeo come equivalenti, cfr. *ibid.*, pp. 3, 6, 21, 33, 71, 147, 162, 172, 178, 217.

(122) *Ibid.*, p. 21 s. Per ricostruire il processo storico di sviluppo del diritto, Cammeo si rifà a *Der Zweck im Recht* dello Jhering. Non è, dunque, largamente presente in queste pagine soltanto lo Jhering pandettista, autore del *Geist* — che offre a Cammeo le categorie per la costruzione *Della manifestazione della volontà dello Stato*, a principiare, v. *infra*, dalla teoria del negozio giuridico, adoperata per formulare la nozione di provvedimento amministrativo (*ibid.*, p. 40 s.) — ma anche lo Jhering teorico del diritto, seguito nell'esposizione delle stesse dottrine del diritto publico tanto quanto i maestri della giuspubblicistica tedesca, studiati e utilizzati, del resto, in tutte le loro opere fino

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Codice civile alla Costituzione, e dalla Costituzione all'Amministrazione », scrisse il Salandra (123).

Cammeo, come già Ranelletti (124), allargano l'ambito del diritto obiettivo fino a comprendere tutte le attività dello Stato, assimilando la discrezionalità della attività amministrativa alla libertà dell'attività privata. Nello Stato moderno il diritto assicura all'attività privata e a quella dello Stato « sfere di libera attività giuridica »; nel campo della sua attività discrezionale, entro i limiti dettati dall'osservanza dei principi di legalità e tipicità dell'azione amministrativa, « l'amministrazione dello Stato, col prendere provvedimenti, si comporta di fronte alle norme giuridiche come i privati, in quanto perseguono i loro interessi: cioè si serve di dette norme come di mezzi per i suoi scopi, rispettandole ed eseguendole in quanto sono un limite ad esso imposto » (125). Regole del limite « quanto al merito » dell'atto discrezionale e regole « puramente formali sulla competenza e sul procedimento » (126): la definizione legislativa « del rapporto dell'atto coll'interesse generale o collettivo o pubblico » determina

---

ai lavori più recenti, da quelli dello Jellinek a quelli di Otto Mayer e di Gerhard Anschütz (*Kritische Studien zum Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz*, Leipzig 1891).

(123) « La riscossa trionfale dell'individualismo è il contenuto di tutta la moderna evoluzione, talora lenta contrastata interrotta, talora rapida violenta, del diritto e dello Stato. Dalla eguaglianza negli ordini del diritto privato e dalla guarentigia della giurisdizione autonoma e del foro unico, essa procede alla partecipazione al potere pubblico; e da questo alla difesa della libertà civile contro gli abusi dell'autorità amministrativa: dal Codice civile alla Costituzione, e dalla Costituzione all'Amministrazione » (A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino 1904, p. 5).

(124) Ci sia consentito di rinviare a questo riguardo al nostro lavoro *Stato di diritto*, cit., pp. 79-82.

(125) F. CAMMEO, *Della manifestazione*, cit., p. 40. « All'attività privata » il diritto « assicura una sfera inviolabile mediante i diritti amplissimi di libertà e proprietà: all'attività dello Stato, d'altro canto, ha determinato ormai positivamente il suo compito, dato il proprio grande sviluppo » (*ibid.*, p. 143).

(126) Gli atti discrezionali « sono governati da norme puramente formali sulla competenza e sul procedimento: e quanto al merito la norma obiettiva segna soltanto un limite, bene spesso amplissimo; quindi la ricerca giuridica può essere puramente formale, o indagare soltanto se quel limite fu oltrepassato » (F. CAMMEO, *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, in *Giurisprudenza italiana*, L (1898), pt.IV, col. 373).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

assieme la tipicità del provvedimento e i limiti della discrezionalità dell'amministrazione (127).

Ma se l'amministrazione e i privati si comportano, in « analoga maniera », « di fronte al diritto per il raggiungimento dei loro fini », il provvedimento amministrativo « si assomiglia quindi grandemente nel diritto pubblico a ciò che nel diritto privato dicesi negozio giuridico » (128). « Ciò è perfettamente evidente quando si tratti di atti discrezionali » (129), ma si verifica anche nel caso di atti amministrativi di « mera esecuzione » di norme imperative (130).

L'ordine concettuale pandettistico, l'individualismo e il soggettivismo privatistici, il punto di vista esclusivo del rapporto tra soggetto ed atto, impiegati a descrivere l'attività dell'amministrazione dello Stato, implicano la conseguenza dell'adozione dello schema negoziale per illustrare il concetto di atto amministrativo sulla scia dello *Staatsrecht* del Laband e della *Theorie des französischen Verwaltungsrechts* di Otto Mayer (131). Le definizioni di negozio giuridico, date dallo Jhering nel *Geist* (132) e dal Baron nelle

---

(127) G. Berti, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova 1969, p. 144 s. nt. 31.

(128) F. Cammeo, *Della manifestazione*, cit., p. 40.

(129) « Infatti è compito dell'amministrazione perseguire gli interessi collettivi, che nello Stato si impersonano, servendosi del diritto obiettivo e realizzandolo come mezzo a quello scopo, nella stessa guisa che l'individuo si serve del diritto privato e lo realizza come mezzo allo scopo fondamentale di realizzare i suoi interessi egoistici. Si comprende quindi come la volontà dell'amministrazione e la sua intelligenza abbia un compito precipuo nell'apprezzare caso per caso e quale sia l'interesse collettivo da raggiungere, e quali mezzi a ciò fornisca il diritto obiettivo » (Id., *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico*, cit., p. 5).

(130) Nel diritto pubblico, « sia per la maggior gravità degli interessi in giuoco, sia per la speciale fiducia che deve aversi nella coscienza, intelligenza e imparzialità degli organi amministrativi, sia per un elemento di discrezionalità che è sempre, almeno in minima misura, difficilmente assente, la constatazione che il caso minutamente preveduto dalle norme imperative si è verificato, è affidata all'amministrazione; e finché questa non ha emanato il suo atto amministrativo di esecuzione, la legge rimane potenziale e non diviene operativa » (*ibid.*, p. 5).

(131) Cfr. P. Laband, *Das Staatsrecht*, cit., pp. 686-702; O. Mayer, *Theorie des Französischen Verwaltungsrechts*, cit., p. 22.

(132) Il Cammeo utilizza in questo saggio la terza edizione della versione francese del *Geist*, opera del De Meulenaere (juge au tribunal de première instance à Bruges),

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pandekten (133), « si attagliano perfettamente al concetto di provvedimento amministrativo », che risulta così come la « manifestazione concreta ed individuale della volontà dello Stato entro i limiti del diritto obiettivo diretto ad imporre obblighi od a creare diritti » (134).

L'accoglimento della lezione pandettistica produce, dunque, un complesso intreccio di effetti nell'opera del Cammeo. Sinora il soggettivismo formale pandettistico, non attinto direttamente alle opere della scuola pendettistica tedesca, ma derivato dagli scritti amministrativistici del Ranelletti (135), aveva determinato in Cammeo il solito circolo definitorio tautologico tra soggetto ed atto, tra la qualificazione autoritativa dell'amministrazione pubblica e il principio del fine pubblico « assorbente » in « tutti o quasi tutti i momenti » dell'attività amministrativa (136); la qualificazione delle concessioni come atti amministrativi unilaterali e la negazione della loro natura contrattuale; il rafforzamento della contrapposizione tra diritto privato e pubblico; il risalto del carattere di diritto pubblico speciale del diritto amministrativo; le molteplici manifeste cautele di cui Cammeo, ripetutamente nel corso degli anni '90, aveva fino ad ora circondato la possibilità di « introdurre nel diritto pubblico definizioni e concetti del diritto privato » (137).

L'ésprit du droit Romain dans les diverses phases de son développement, III, Paris 1886-88³, § 53.

(133) J. BARON, *Pandekten*, cit., p. 88.

(134) F. CAMMEO, *Della manifestazione*, cit., p. 41.

(135) Si veda G. CIANFEROTTI, *Stato di diritto*, cit., pp. 47 ss., 65 ss.

(136) F. CAMMEO, rec. a V. BRONDI, *Le pubbliche amministrazioni e la gestione di affari*, cit., col. 39.

(137) Nella nota del 1896 *L'azione de in rem verso*, cit., col. 11 s., aveva criticato la teoria che sosteneva l'applicabilità della figura della *negotiorum gestio*, del quasi contratto di gestione di affari, a molti rapporti amministrativi: « E sono obiezioni generali, come quelle che il diritto pubblico e il diritto privato sono troppo nettamente caratterizzati dal fatto che nell'uno sono in contrasto interessi di natura e valore differenti, cioè l'interesse della comunità e quello del singolo e nell'altro vengono in lotta due interessi privati di natura e valore uguali, perché gli istituti di diritto privato si possano, senza alterarne la natura od offendere gli interessi in gioco, trasportare dall'un campo all'altro ». Riteneva, dunque, trasferibili « solo quei principi di equità, che sono la base dell'uno e dell'altro diritto in quanto hanno entrambi il compito di assicurare la pacifica e giusta convivenza sociale ». Nella recensione a Brondi scriveva che « l'autore

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma a partire dalla voce *Demanio* e dalla monografia sulla *manifestazione della volontà dello Stato*, la conoscenza diretta e sempre più approfondita della pandettistica ne rivela a Cammeo il carattere di ricchissimo armamentario di nozioni, di schemi, di principi, di teorie utilizzabili come strumenti tecnici neutri, fungibili, polivalenti, adattabili alla costruzione degli istituti anche delle discipline pubblicistiche quali il diritto amministrativo, senza alterare la loro peculiare natura: senza disconoscere la differenza tra i rapporti paritari del diritto privato e i rapporti del diritto amministrativo determinati, entro i limiti fissati dalle leggi, dalla supremazia, dall'autorità dello Stato.

Il trasferimento e l'impiego nel diritto amministrativo dell'arsenale pandettistico divengono così sempre più larghi, superano le riserve iniziali e plasmano l'intera dogmatica amministrativistica. Ma, contemporaneamente, proprio l'applicazione al diritto amministrativo della medesima sistematica pandettistica del diritto privato prova, agli occhi del Cammeo, l'unità del diritto e rivela il carattere essenzialmente storico della distinzione tra diritto pubblico e privato, a principiare dalla prolusione pisana del 1899 (138) e in maniera

---

appartiene a quella scuola di cultori di diritto pubblico, che vedono il progresso di questo nella più ampia applicazione dei criteri e degli istituti di diritto privato, ormai ben saldi ed elaborati dall'attività giuridica di tanti secoli. È una scuola dalle tendenze spiccatamente individualistiche: ha i suoi meriti, fra i quali spicca il lodevole desiderio di temperare le esigenze dell'interesse generale col rispetto rigoroso dei diritti e degli interesssi dei singoli. Ma essa ha il capitale difetto di scambiare le analogie con le identità: ond'è che, quando si limita a derivare dal diritto privato quei principi supremi di equità che debbono essere comuni ai due rami del giure, fa opera praticamente vantaggiosa e scientificamente corretta: quando invece cerca di trapiantare senz'altro nel campo del diritto pubblico gli istituti di diritto privato, od è costretta a modificarli e limitarli per riguardo agli interessi generali in modo da renderli irriconoscibili e da non applicarne in sostanza altro che i principii fondamentali di equità, o per rispetto degli interessi privati sacrifica l'oggetto principale del diritto pubblico, cioè l'interesse generale » (Id., rec. a V. Brondi, *Le pubbliche amministrazioni*, cit., col. 38 s.). E ancora nel saggio *Della manifestazione della volontà dello Stato*, proprio mentre proponeva di estendere la teoria del negozio giuridico agli atti amministrativi, avvertiva: « Certamente l'analogia non va spinta troppo oltre: perché è sempre pericoloso introdurre nel diritto pubblico definizioni e concetti di diritto privato » (Id., *Della manifestazione*, cit., p. 41).

(138) « Diritto pubblico e diritto privato sono, intrinsecamente parlando, due aspetti di un medesimo fenomeno, del complesso cioè delle leggi di coesistenza sociale. Il loro criterio distintivo non può essere che estrinseco e precipuamente tradizionale e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ancor più netta sulle pagine del *Commentario* e, soprattutto, del *Corso* (139).

Immutata rimane, invece, la tradizionale dicotomia ottocentesca tra statuale, pubblico e commerciale. Proprio nella prolusione pisana del '99, come abbiamo visto, Cammeo ribadisce la recisa contrapposizione tra la natura stessa del contratto, inteso come « la forma giuridica che assume la categoria economica dello scambio »; tra l'idea economica del commercio, il fine di lucro, e l'interesse pubblico, al fine di escludere l'esistenza dei contratti di diritto pubblico. La trasposizione dal diritto privato al pubblico dell'armamentario pandettistico, se mostra il carattere storico della loro distinzione e quello unitario del fenomeno giuridico, non riesce a scalfire affatto l'incompatibilità « costituzionale » (140) tra ente pubblico e qualità di commerciante.

Saranno i mutamenti dell'organizzazione amministrativa della prima metà del '900, lo sviluppo del modello dell'amministrazione per enti, la proliferazione degli enti pubblici economici, ad abbattere anche quest'ultima barriera eretta sul confine tra lo Stato di diritto liberale ottocentesco e la società. Ma la sua caduta contribuirà anche a far comprendere che « lo Stato moderno in quanto Stato di diritto

---

storico ». Anche nel « segnare i confini fra i rapporti tra individui e Stato, che sono di diritto privato e quelli che sono di diritto pubblico [...], il criterio storico è », ad avviso di Cammeo, « prevalente » (F. CAMMEO, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico*, cit., col. 1 s.).

(139) « L'ordine giuridico si suole tradizionalmente distinguere in privato e pubblico. Manca nella nostra scienza un criterio sicuro, costante e pacifico per operare questa distinzione; e ciò probabilmente dipende dal fatto che diritto pubblico e privato sono tra loro intimamente connessi e costituiscono piuttosto due aspetti di un medesimo fenomeno sociale che due fenomeni diversi » (ID., *Commentario*, cit., p. 7). Ed ancora: « Non ci pare che partendo da nozioni privatistiche si incorra nel pericolo di una eccessiva confusione fra gius privato e gius pubblico. Prescindendo dal considerare la difficoltà che si incontra nel distinguere i due diritti e data la loro comune identità fondamentale, ci pare che debbasi anche qui procedere dal noto all'ignoto, salvo rilevare le differenze » (*ibid.*, pp. 104 s. e, nello stesso senso, 10). Scrive, infine, nel *Corso*: « La distinzione fra norme di diritto pubblico amministrativo e di diritto privato forse più che essere una distinzione *organica*, fondata su criteri obiettivi, è una distinzione pratica e storica » (ID., *Corso*, cit., p. 47). « La distinzione fra diritto privato e diritto pubblico è eminentemente un fatto storico e contingente e ciò che nello Stato moderno è di diritto pubblico poté essere in passato di diritto privato » (*ibid.*, p. 60).

(140) B. SORDI, *Origine e itinerari*, cit., p. 334.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è una costruzione che poggia interamente sul contratto e che quindi si colloca entro l'area non-politica del 'privato' »; mostrerà cioè la contraddittorietà della categoria del diritto pubblico separato formalmente dal diritto privato: dichiarerà l'ineluttabilità del fallimento dell'impresa tentata dalla dottrina giuridica moderna — e di cui tanta parte era stato l'innesto tra '800 e '900 del paradigma pandettistico sulle discipline pubblicistiche — di « trasporre ed esaurire la politica entro l'ordinamento giuridico », di ridurre l'obbligazione politica a obbligazione giuridica contrattuale, il rapporto politico basato sul « patto di fedeltà » al rapporto giuridico fondato sulla « figura del contratto di scambio » (141).

Nel viluppo di risultati concettuali prodotto dal trapianto pandettistico, tra i più rilevanti nello svolgimento dell'opera del Cammeo appare, dunque, l'accoglimento della nozione di libertà privata propria della tradizione giuscivilistica per la descrizione dei limiti imposti all'attività amministrativa. L'affermazione della « norma come limite » dell'attività sia per lo Stato che per l'individuo. Il concetto che la tutela dell'interesse pubblico, — che giustifica la posizione soggettiva sovraordinata dell'amministrazione pubblica rispetto ai privati entro i limiti fissati dalla legge, la sua definizione come autorità e quindi l'esclusione della figura del contratto di diritto publico —, consiste precipuamente nella salvaguardia dell'armonia tra i diritti e le libertà degli individui privati e la sempre più ampia attività sociale svolta dallo Stato; trova il suo fondamento nella piena giuridicizzazione dei rispettivi limiti, confini, ambiti tra attività legislativa, amministrativa e autonomia privata.

Affrontare le questioni della natura della funzione legislativa, dei limiti tra legge e regolamento e della difesa dei cittadini contro l'atto amministrativo (142), significava, dunque, per Cammeo gettare le fondamenta teoriche della libertà politica e civile, dello Stato giuridico, del diritto amministrativo inteso come regola giuridica del

---

(141) G. Miglio, *Oltre Schmitt*, in *Le regolarità della politica. Scritti scelti raccolti e pubblicati dagli allievi*, II, Milano 1988, p. 755 ss.

(142) Che « è legittimo in quanto non contraddice al diritto vigente, contenuto nelle leggi, ed entro i limiti da queste segnati, dai regolamenti » (Id., *Della manifestazione*, cit., p. 6).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conflitto tra autorità pubblica e libertà privata (143). Si trattava di tradurre in istituti giuridici il grande ideale del *Rechtsstaat*, di estendere il dominio del diritto a regolare tutte le manifestazioni del potere governativo e i rapporti tra potere parlamentare e potere governativo; nonché di costruire un sistema completo di controlli all'esercizio di quei poteri.

Nella letteratura italiana Alfredo Codacci-Pisanelli aveva, dieci anni avanti, già studiato il tema del rapporto tra *Legge e regolamento* (144). In un saggio aggiornatissimo su tutta la produzione giuspubblicistica tedesca, a principiare da *Gesetz und Verordnung* dello Jellinek, apparso l'anno innanzi (145), e dai *Beiträge* di Ernst Seligmann, ancora freschi di stampa, che presentavano in bell'ordine gli scrittori tedeschi favorevoli o meno alla dottrina della legge formale e materiale (146), aveva sostenuto la teoria della « differenza formale ed identità sostanziale tra legge e regolamento » (147).

La differenza formale stava negli organi che emanavano quei comandi, parlamento o governo, e nelle forme che essi ricevevano,

---

(143) « Tutto ciò equivale a dire che le due questioni sopra delineate sono la base di quella libertà civile, che ormai, assicurata più o meno completamente la libertà politica, è il compito del diritto pubblico ed in particolare del diritto amministrativo, il cui ideale è appunto lo Stato giuridico » (*ibid.*, p. 6).

(144) A. CODACCI-PISANELLI, *Legge e regolamento*, cit., pp. 3-74. Avrebbe scritto l'Orlando, ricordando la figura e l'opera del Codacci: « Questa monografia, seguita subito dopo da una Sua nota "Sulle ordinanze di urgenza" », nota a Cass. Roma, 17 novembre 1888, in *Foro italiano*, XVI (1890), pt. I, coll. 8-22, ripubbl. in *Scritti*, cit., pp. 77-105, « affrontava, per la prima volta in Italia, con metodo puramente giuridico, uno dei temi più ardui; orbene, i capisaldi di esso furono fissati in maniera che ben può dirsi sia rimasta definitiva, malgrado gli ulteriori e più ampi studii di altri eminenti autori » (V.E. ORLANDO, *Alfredo Codacci Pisanelli*, in *Annuario della Regia Università degli Studi di Roma. Anno Accademico 1928-1929*, Roma 1929, p. 394). E dall'opera di Codacci, Cammeo — iniziando a Pisa il suo insegnamento universitario — affermò di aver tratto « l'indirizzo ed il metodo nello studio del diritto pubblico » (F. CAMMEO, *La volontà individuale*, cit., col. 1). Per l'analisi storica del potere regolamentare, si vedano almeno C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano 1964, pp. 35-41; e, naturalmente, E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano 1968.

(145) G. JELLINEK, *Gesetz*, cit.

(146) E. SELIGMANN, *Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag*, Freiburg i.B. 1888, pp. 10-13, v. A. CODACCI-PISANELLI, *Legge e regolamento*, cit., p. 12 e nt. 1.

(147) A. CODACCI-PISANELLI, *Legge e regolamento*, cit., p. 35.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legge o regolamento; l'identità sostanziale, nel carattere di « generalità », di « uniformità », che costituiva il contenuto sia della legge che del regolamento e l'attributo essenziale delle idee di diritto e di legge materiale (148). Se gli organi di governo di qualsiasi ente giuridico e in specie del « più complesso di essi », lo Stato, non potevano ridurre la loro attività « ad una mera esecuzione di norme »; se, dinanzi alla varietà delle manifestazioni della vita e alla complessità stessa della natura dell'ente, dovevano poter esercitare una libera iniziativa, adottare provvedimenti discrezionali, seppure in conformità del fine dell'ente « ed entro i limiti stabiliti dalle norme » (149); ebbene, quegli stessi organi di governo e quelle medesime autorità amministrative, nei casi in cui avevano un potere discrezionale, potevano stabilire dei criteri uniformi, delle norme generali per il suo esercizio e quindi dar luogo a dei regolamenti (150). Dalla facoltà di provvedimento discrezionale derivava la potestà regolamentare e l'estensione della prima delimitava l'ambito della seconda (151). « Ciò che l'autorità può comandare o vietare in ogni singolo caso, può comandarlo o vietarlo, in via generale, per tutti i casi simili dell'avvenire », aveva sentenziato lo Gneist (152).

La facoltà regolamentare si rivelava, dunque, « una limitazione dei diritti dell'autorità » e una garanzia della libertà e dell'uguaglianza dei cittadini (153). La legge tracciava l'insuperabile « limite negativo » della facoltà regolamentare (154) e il sistema dei controlli parlamentari, giudiziari ed amministrativi, teorizzati per primo dallo Gneist (155), ne assicurava il rispetto.

Nelle pagine di quel saggio giovanile dell'88, il Codacci proponeva così al lettore italiano una compiuta formulazione del *Rechtsstaat*. La recezione della dottrina formale-sostanziale degli atti di

---

(148) *Ibid.*, p. 14.

(149) *Ibid.*, p. 28.

(150) *Ibid.*, p. 33.

(151) *Ibid.*, pp. 33, 68.

(152) *Ibid.*, p. 34. Cfr. R. GNEIST, *L'amministrazione e il diritto amministrativo inglese*, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, vol. III, pt. I, Torino 1896, p. 166.

(153) A. CODACCI-PISANELLI, *Legge e regolamento*, cit., p. 33.

(154) *Ibid.*, p. 57 ss.

(155) *Ibid.*, p. 70.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sovranità, elaborata dagli scrittori tedeschi, la concezione d'una « potestà propria » del governo, anche se limitata e sindacabile, la nozione dello Stato come persona giuridica titolare della sovranità (156), costituivano le basi di una teoria complessiva dello Stato e del diritto pubblico moderno che rigettava i « dogmi » della sovranità popolare, della « meccanica tripartizione dei poteri » (157), sua « filiazione storica e logica » (158), e della riduzione del governo a potere esecutivo, per contrapporre ad essi la piena giuridicizzazione delle manifestazioni di volontà dello Stato e un completo sistema di controlli a tutela delle libertà individuali politiche e civili.

È ben nota la temperie politico-culturale degli anni Ottanta del secolo scorso, il decennio simbolicamente inaugurato dal famoso discorso di Silvio Spaventa sulla *Giustizia nell'Amministrazione*, che dettò i temi sui cui tanto a lungo si affaticò la pubblicistica della Destra, dalla critica al parlamentarismo, alle questioni della legalità e della giustizia nelle pubbliche amministrazioni (159). Furono gli anni dell'orientamento definitivo della cultura universitaria italiana verso la Germania, della nascita delle nuove Università, dei nuovi saperi specialistici disciplinari e delle nuove figure di professori universitari alla tedesca, istituzionalmente dediti all'attività di ricerca all'interno delle Università (160); gli anni aperti dalla traduzione de

(156) *Ibid.*, pp. 3, 21 ss.

(157) *Ibid.*, p. 3.

(158) ID., *Il dogma della sovranità popolare*, in *Scritti*, cit., p. 127.

(159) Ci sia consentito rinviare, tra gli altri, a G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano 1980, pp. 99-138.

(160) Un gruppo sociale professionalmente impegnato nello svolgimento dell'attività di ricerca nelle Università, capace, nelle Facoltà di giurisprudenza, di elaborare sulla base del paradigma pandettistico una scienza giuridica autonoma articolata in una pluralità di discipline dotate di ambiti teorici specialistici. Esso pose fine all'egemonia dell'indirizzo esegetico e dell'indirizzo eclettico. Segnò l'abbandono della scuola del commento e della scuola 'politico-giuridica'; il superamento della subordinazione dello studio del diritto alle esigenze di un sapere pratico-esegetico, di cui erano stati portatori soprattutto la pratica forense e gli apparati politico-amministrativi, v. A. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano 1979, pp. 155-244 e, in specie, p. 187 ss.; G. CIANFEROTTI, *La prolusione di Orlando*, cit., pp. 991-1001. Sul germanesimo nelle Università italiane, ci sia consentito rinviare anche ad altri nostri

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Lo Stato secondo il diritto dello Gneist (161) e chiusi da quella de *Lo Stato giuridico* di Otto Bähr (162).

Alfredo Codacci Pisanelli è un tipico rappresentante del modello di formazione culturale dominante la giovane generazione di giuristi giunta alla cattedra universitaria in quel decennio. Dopo la laurea, conseguita nel 1883, aveva trascorso due anni di perfezionamento presso l'Università di Berlino (163). Germanista per eccellenza, dunque, attento a tutte le novità che venivano di Germania (164), si professava anche fedele discepolo del magistero dello Spaventa. Nel suo nome aveva concluso il saggio su *Legge e regolamento* (165). E le dottrine germaniche del *Rechtsstaat* aveva veementemente opposto il 5 novembre 1890, nella prolusione inaugurale dell'anno accademico pisano, a tutta l'« idea democratica » (166), alle

---

lavori, quali *Germanesimo e Università in Italia alla fine dell'800. Il caso di Camerino*, in *Studi senesi*, C (1988), pp. 327-347; *L'Università di Siena e la 'Vertenza Scialoja'*, cit.

(161) R. Gneist, *Lo Stato secondo il diritto ossia la giustizia nell'amministrazione politica*, Bologna 1884.

(162) O. Bahr, *Lo Stato giuridico (Der Rechtsstaat)*, in *Biblioteca di scienze politiche*, VII, Torino 1891, pp. 223-425.

(163) V.E. Orlando, *Alfredo Codacci Pisanelli*, cit., p. 393; F. Socrate, *Codacci Pisanelli Alfredo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 26, Roma 1892, p. 559.

(164) Sono di quegli anni i suoi scritti, *Di Carlo Rodbertus-Jagetzow a proposito del suo ultimo libro Das Kapital*, Napoli 1884; *L'ordinamento delle casse di risparmio in Germania*, in *Annali del Credito e della Previdenza*, Roma 1885; *La nuova legge germanica su le società per azioni. Osservazioni e testo*, in *Il Filangieri*, X (1885), pt. I, pp. 1-46.

(165) Id., *Legge e regolamento*, cit., p. 74. Ed alla sua memoria aveva dedicato lo scritto, *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario (Alla memoria di Silvio Spaventa)*, in *Giurisprudenza italiana*, XLV (1893), pt. IV, coll. 241-277, ripubbl. in *Scritti*, cit., pp. 297-347. Sul contributo di Codacci (*L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *La giustizia amministrativa*, III (1892), pt. IV, pp. 1-41, ripubbl. in *Scritti*, cit., pp. 251-293) all'accoglimento e alla formulazione definitiva nella dottrina italiana, dopo la sua elaborazione ad opera della giurisprudenza del Consiglio di Stato francese, del concetto di eccesso di potere, come controllo di legittimità del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità amministrativa, v. B. Sordi, *Giustizia e amministrazione*, cit., pp. 220-223. Riguardo ai rapporti stabiliti da Codacci tra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione, v. C. Mozzarelli-S. Nespor, *Giuristi e scienze sociali nell'Italia liberale*, Venezia 1981, pp. 91-94.

(166) Culminata negli scritti del Rousseau: « Completa, armata di tutto punto, e nella piena luce della sua assurdità, l'idea democratica appare negli scritti dell'appassionato sofista ginevrino » (A. Codacci-Pisanelli, *Il dogma della sovranità popolare*, in *Scritti*, cit., p. 133).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sue origini teoriche, — alla scuola del diritto naturale, alle ipotesi « false e funeste » dell'« io astratto », del volere individuale, dei diritti naturali e politici e del patto sociale —, ai suoi dogmi « arbitrari » e « aprioristici » della sovranità popolare e della divisione dei poteri (167), alle sue scellerate conseguenze storiche fatte di « rivoluzione » e d'« anarchia », specie in terra di Francia (168), e ormai foriere di minacciosi « primi maggi » ovunque (169).

6. *La revisione della teoria della divisione dei poteri nella distinzione formale-sostanziale degli atti di sovranità.*

Con l'indirizzo e il « metodo nello studio del diritto pubblico » (170), Cammeo accoglieva dal Codacci anche il modello statualistico cui essi si ispiravano, seppure ben diverse da quelle del Codacci fossero le sue convinzioni ideali, rinsaldate dall'orientamento democratico dell'insegnamento del Mortara; e ben diversa fosse la situazione italiana in quei mesi del 1898 quando Cammeo scriveva la sua monografia. I decreti reali avevano proclamato lo stato d'assedio e istituito tribunali di guerra in gran parte del paese; la costituzione e le leggi erano state sospese; i principi dello Stato di diritto dovevano essere invocati proprio a difesa della legalità *Della*

---

(167) *Ibid.*, pp. 121-132.

(168) Descritta sulle orme de *Les origines de la France contemporaine* del Taine, « inspiratore di queste considerazioni » (*ibid.*, p. 135), così come di tanta parte delle letture italiane di fine secolo della rivoluzione francese (L. MANGONI, *Una crisi fine secolo. La cultura italiana e la Francia fra Otto e Novecento*, Torino 1985, pp. 96-107, *passim*). Ricordando il Codacci, Orlando indicherà questa prolusione come « una sintesi perfetta del pensiero generale della nuova scuola giuridica italiana, che in quel tempo era in tutto il suo pieno fervore di rinnovamento, mettendosi arditamente e definitivamente in contrasto con le teorie tradizionali delle scuole democratiche atomistiche fin allora predominanti. Egli, dunque, si rifiuta risolutamente ad ammettere le dottrine del diritto naturale e del contratto sociale; dimostra l'insussistenza logico-giuridica del "dogma" della sovranità popolare che da quelle dottrine derivava; alle quali contrappone, difende ed illustra quel principio dell'unità dello Stato e della sua personalità come fonte di sovranità, che costituì il pernio del sistema adottato dalla giovane scuola italiana » (V.E. ORLANDO, *Alfredo Codacci Pisanelli*, cit., p. 394). Siffatte rivendicazioni di paternità scientifica di teorie stataliste alla scuola giuridica nazionale dell'età liberale, erano quanto il liberalismo giuridico italiano sapeva e poteva fare nel 1929.

(169) A. CODACCI-PISANELLI, *Il dogma della sovranità popolare*, cit., p. 135.

(170) V. *supra*, nt. 144.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

manifestazione della volontà dello Stato e a garanzia delle libertà individuali (171).

I due motivi della legalità e della libertà, i due principi dello « Stato libero » o dello « Stato giuridico », come indifferentemente Cammeo lo chiamava, diventavano nel saggio tutt'uno, si saldavano assieme, ne costituivano il contenuto assiologico indifferenziato. Il diritto dello « Stato libero moderno » si attuava nella difesa della libertà e la libertà si realizzava attraverso la legge dello « Stato giuridico ». Santi Romano aveva « a questo proposito » rilevato « la corrispondenza grandissima fra la nozione di Stato giuridico e i concetti che stanno a fondamento dei diritti di libertà » (172). Il modello statualistico non consentiva di fondare i diritti di libertà che sul dogma della sovranità della legge definita come *manifestazione della volontà dello Stato*, come atto della sovranità dello Stato.

Il diritto doveva estendersi a tutti gli atti di sovranità dello Stato a tutela del diritto di libertà dei cittadini. Non solo di « quei cinque o sei diritti di libertà, che gli artt. 24 e segg. dello Statuto » (173) sancivano, ma di quel fondamentale, « unico ed amplissimo » diritto di libertà che tutti li comprendeva, di cui aveva parlato Santi Romano nella *Teoria dei diritti pubblici subbiettivi* (174). « Il contenuto di questo diritto di libertà è la facoltà di respingere ogni illegale limitazione eventalmente frapposta da un organo dello Stato all'attività naturale dei cittadini [...]: esso non può quindi essere ristretto che per legge o in virtù di legge » (175).

Il fondamento teorico per attuare la giuridicizzazione di tutte le manifestazioni di volontà dello Stato restava, ancora, per Cammeo, il principio della separazione dei poteri (176). Su di esso come

---

(171) La stessa teoria della sovranità popolare poteva essere riabilitata e apparire al Cammeo fondata su due principi, che erano pure « canoni fondamentali » del diritto italiano: « la prevalenza della volontà popolare nella formazione della volontà dello Stato, e il rispetto per ogni libertà dei cittadini, non espressamente infrenata dalla legge » (F. Cammeo, *Della manifestazione*, cit., p. 142).

(172) S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., p. 162.

(173) F. Cammeo, *Della manifestazione*, cit., p. 143.

(174) S. Romano, *La teoria*, cit., p. 168.

(175) F. Cammeo, *Della manifestazione*, cit., p. 143.

(176) Tenendo, però, bene a mente tutte le osservazioni che una critica ormai secolare ad esso aveva rivolto, poiché « la teoria della separazione dei poteri meccani-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« ripartizione limitata » delle « tre funzioni in tre organi », poggiava il sistema dei controlli necessari a conoscere la rispondenza degli atti amministrativi alle norme di diritto (177). E dalla teoria della divisione dei poteri, « non operata meccanicamente, ma organicamente », la dottrina tedesca, e sulla sua scia quella italiana, avevano derivato la « conseguenza logica » della « distinzione fra i due aspetti materiale e formale degli atti di sovranità » (178).

Il principio della separazione dei poteri si era così mutato nella teoria formale-sostanziale degli atti di sovranità. Il revisionismo germanico della dottrina costituzionale classica, la dottrina del *Rechtsstaat*, venivano accolti dalla giuspubblicistica italiana di fine secolo perché parevano in grado di dare fondamento teorico al controllo giurisdizionale della legalità di tutte le manifestazioni della volontà statuale e quindi all'esistenza dei diritti pubblici di libertà (179). La teoria formale-sostanziale conservava la distinzione formale e superava quella sostanziale tra legge e regolamento per realizzare, anche nei regimi costituzionali flessibili, un completo sistema di controlli giurisdizionali della legittimità formale di leggi, regolamenti e atti amministrativi e della legittimità sostanziale di regolamenti e atti amministrativi.

Cammeo muoveva dai risultati costruttivi già raggiunti nel saggio del Codacci e nella letteratura tedesca, francese e anglosassone, ma distendeva la sua analisi in una ampiezza nuova di linee architettoniche, con una inusitata dovizia di ricostruzioni storiche, di legislazioni comparate e di approfondimenti dogmatici, svolti nel

---

camente ed assolutamente intesa scinderebbe l'unità dello Stato e ne arresterebbe il funzionamento » (*ibid.*, p. 8).

(177) *Ibid.*, pp. 7-12.

(178) *Ibid.*, p. 11, nt. 4.

(179) Aveva scritto Romano che « tali diritti [sono] propri dello Stato moderno. Essi di fatto presuppongono la cosciente autolimitazione dello Stato, autolimitazione che solo di fatto, ma né cosciente né tanto meno giuridica, si può trovare nello Stato antico. Presuppongono inoltre ciò che impropriamente si chiama divisione dei poteri, nel senso che modernamente le si attribuisce: è difatti impossibile, e se ne comprende la ragione, che quando un atto medesimo, compiuto da un pubblico funzionario, sia nel tempo stesso legge, ordinanza e sentenza, nessun diritto individuale può farsi valere contro di esso. Infine, e ciò è implicito nella loro nozione, i diritti di libertà presuppongono l'assoggettamento dello Stato stesso ad una giurisdizione, ciò che non era né possibile né concepibile nello Stato antico » (S. ROMANO, *La teoria*, cit., p. 162).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rigore di una compatta partizione sistematica, affidata alla declinazione della teoria formale-sostanziale e tesa alla dimostrazione dell'endiadi di legalità e libertà.

Legge in senso formale è, dunque, « una manifestazione di volontà statuale espressa in forma di legge » dagli organi cui spetta la potestà legislativa secondo il procedimento previsto dalla costituzione. Essa può « essere abrogata o mutata soltanto con un'altra legge, e dal canto suo deroga tutte le manifestazioni di volontà statuali anteriori » (180). Se il « comando », emanante dagli organi titolari della potestà legislativa, costituisce « l'elemento formale » del concetto di legge, la « norma giuridica » costituisce quello materiale (181).

La legge in senso materiale è allora la norma giuridica e il suo criterio di riconoscimento la generalità. Per atto legislativo in senso materiale « s'intende, dunque, ogni comando, munito di sanzione », « diretto a fondare diritti subbiettivi », emanato dallo Stato « in via generale ed astratta ed ogni atto che modifichi, od abroghi un preesistente simile comando » (182). Cessa di essere norma giuridica « ed è puro » atto amministrativo in senso materiale, l'atto che « regola nell'interesse dello Stato un caso individuale e concreto entro i limiti del diritto obiettivo » (183). Il regolamento, a sua volta, è insieme « legge materiale e atto amministrativo formale ». È legge in senso materiale, in quanto « comando generale ed astratto »; è atto amministrativo formale, in quanto « emanato da un organo amministrativo, e per il quale quindi non concorre il consenso degli organi legislativi » (184). V'è dunque per Cammeo, come già per Codacci, identità sostanziale tra leggi e regolamenti « in quanto sono » entrambi « fonti di diritto » (185).

Una facoltà regolamentare può nascere « ovunque siavi una facoltà di provvedimento singolo *discrezionale* » (186). Se l'attività del

(180) F. Cammeo, *Della manifestazione*, cit., p. 55.
(181) *Ibid.*, p. 71.
(182) *Ibid.*, pp. 22 s., 39.
(183) *Ibid.*, p. 40.
(184) *Ibid.*, p. 110.
(185) *Ibid.*, p. 138.
(186) *Ibid.*, p. 128. A parziale correzione della formula dello Gneist, perché la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

governo e degli organi amministrativi non può essere ridotta « ad una semplice esecuzione delle norme contenute nelle leggi formali », ma si manifesta necessariamente anche in un potere di iniziativa « libera », entro i confini segnati dalle norme, ed in « una corrispondente attività discrezionale » (187), l'amministrazione « può emanare in via generale ed astratta le regole che intende seguire nell'esercizio della medesima » (188). La facoltà regolamentare non deve oltrepassare i limiti fissati dalla legge alla « potestà di provvedimento discrezionale singolo » (189). Il principio della riserva di legge sancito a tutela del diritto di libertà dei cittadini esclude l'esistenza di « una facoltà regolamentare *praeter legem* » (190). Tutta la storia dello Stato libero moderno e l'espressa statuizione dell'art. 6 dello Statuto pongono la regola fondamentale che « un regolamento non può mutare la legge » (191).

L'osservanza dei limiti fra legge e regolamento è « una delle questioni essenziali dello Stato costituzionale » (192). Se la garanzia del loro rispetto, affidata al controllo parlamentare (193) e a quello

---

regola, sopra ricordata, secondo cui « ciò che l'autorità può comandare o vietare in ogni singolo caso, può comandarlo o vietarlo, in via generale, per tutti i casi simili dell'avvenire » (R. GNEIST, *L'amministrazione*, cit., p. 116) « non è esatta quando la potestà di comandare e vietare sia puramente esecutiva ». Solo quando vi è discrezionalità, « vi è luogo a dettar norme ».

(187) *Ibid.*, p. 127.

(188) *Ibid.*, p. 129.

(189) *Ibid.*, p. 129.

(190) *Ibid.*, p. 143.

(191) *Ibid.*, p. 147.

(192) *Ibid.*, p. 215. Cammeo l'aveva già affermato nella recensione al libro di C. CAGLI, *Del controllo preventivo costituzionale esercitato dalla Corte dei Conti*, in *Giurisprudenza italiana*, XLVI (1895), pt. IV, col. 35.

(193) E al connesso controllo di legittimità della Corte dei Conti (F. CAMMEO, *Della manifestazione*, cit., p. 215 ss.). Scriveva il Cammeo che « la prima » garanzia, « non in ordine d'importanza pratica, ma in ordine logico si riscontra nel sindacato parlamentare. Questo si esplica essenzialmente mediante la responsabilità ministeriale. I ministri apponendo la propria firma ai regolamenti, ne garantiscono la costituzionalità e legittimità: e di esse rispondono a tutti gli effetti dinanzi al paese e specialmente dinanzi al Parlamento. [...] Ma ormai il prestigio della responsabilità ministeriale, come garanzia di giustizia nell'amministrazione, è troppo sfatato, perché sia necessario insistere ulteriormente su questo sindacato. Basti in proposito rilevare tre cose. La prima è che non tutto l'esercizio della facoltà regolamentare potrebbe mai cadere sotto la sanzione della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

amministrativo ordinario, si rivela « incomplet[a] ed inefficace » (194), massima risulta invece quella assicurata dalla giurisdizione ordinaria civile e penale (195) e dal sindacato dei tribunali amministrativi (196). Ma nell'osservanza di questi limiti, « l'esercizio della

---

responsabilità ministeriale, dappoiché molti regolamenti locali sono emanati senza che vi concorra l'opera dei ministri. Secondariamente è d'uopo ricordare, che la responsabilità ministeriale può invocarsi per i casi di dolo e di colpa », e non per « i numerosissimi casi » di un « errore scusabile, specialmente su punti giuridici dubbi [...]. In terzo luogo, prescindendo dal considerare l'inerzia dei Parlamenti, la incapacità loro a rendere questioni di diritto, il controllo parlamentare è in questo campo inefficace per le forme in cui suole esplicarsi. Imperrocché esso di regola si esprime con un voto di biasimo al ministro: ma il voto di biasimo, non essendo né una legge né un regolamento, non abroga il regolamento illegale » (*ibid.*, p. 215 s.). Quanto al controllo di legittimità della Corte dei Conti, « speciale e glorioso istituto del nostro diritto nazionale », va rivelato che « il rifiuto di registrazione, ove non concerna materie finanziarie, è vinto con l'ordine di registrazione con riserva, deliberato in Consiglio dei ministri: onde il rimedio non è definitivo, anche prescindendo dal considerare, che è incerto se il difetto di visto possa giustificare i funzionari e i cittadini dall'inosservanza dei regolamenti. [...] La registrazione con riserva porta alla conseguenza che gli atti illegittimi sono periodicamente denunziati al Parlamento. [...] Si risolve nell'eccitare il controllo parlamentare », della cui inefficacia è stato già detto (*ibid.*, p. 217). Sui poteri di controllo attribuiti alla Corte dei Conti, si vedano anche le osservazioni svolte nella nota *La competenza della IV Sezione sugli atti amministrativi delle autorità non amministrative e la posizione costituzionale della Corte dei Conti*, in *Giurisprudenza italiana*, LV (1903), pt. IV, coll. 206-211.

(194) « Il controllo amministrativo ordinario è pure esso incompleto ed inefficace a garantire i limiti fra legge e regolamento. Quando il regolamento sia emanato da autorità inferiori, subordinate ad altre gerarchicamente o per ragioni di tutela, questo controllo può portare a qualche utile risultato. [...] Per i regolamenti emanati invece dalle autorità superiori gerarchiche, e specialmente dal Governo del re, nessun controllo di questo genere è possibile. [...] Soltanto quando l'ordine, a cui rispetto all'autorità inferiore si può nel singolo caso ridurre la norma regolamentare, contenga una violazione di diritto tale da dispensare dall'obbligo della obbedienza, potrà la norma non essere applicata » (*ibid.*, p. 216).

(195) « La massima garanzia dei limiti rispettiva della legge e del regolamento sta nel sindacato giudiziario. Storicamente [...] in ogni Stato che presenti i primi elementi del governo libero, i giudici sono obbligati a giudicare *secundum legem* e soltanto *secundum legem*. Ne consegue, che se le leggi obbligano incondizionatamente i giudici, i regolamenti li obbligano solo condizionatamente, in quanto non eccedano i limiti ad essi assegnati. Ed i tribunali sono competenti a conoscere se questi limiti furono rispettati ». Principio questo « di ragion comune » per gli Stati costituzionali ed espressamente scritto nell'art. 5 della legge sul contenzioso amministrativo: « in questo come in ogni altro caso le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi e i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi ». La conformità alle

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

facoltà regolamentare è una garanzia di libertà, di eguaglianza, di giustizia, e non mai un pericolo per i cittadini ». Tra « una potestà discrezionale dell'amministrazione esercitata senza regole, o esercitata con regole, da essa medesima anticipatamente proposte [...] non può essere dubbia la scelta » (197).

I regolamenti non hanno soltanto un identico fondamento, una medesima origine, nella facoltà discrezionale, ma anche una « identità di sostanza », uno stesso contenuto: le « norme giuridiche » (198). Tutti i regolamenti per Cammeo sono giuridici; anche quelli d'esecuzione delle leggi, d'organizzazione d'uffici e di regolazione dell'attività sociale dello Stato — regolamenti, del resto, tutti importantissimi e di « straordinaria estensione » nello Stato contemporaneo — che la dottrina tedesca chiama *Verwaltungsverordnungen*, « regolamenti amministrativi » (199), nega che contengano norme di diritto obiettivo e finisce quindi per sottrarre alla pienezza del sistema dei controlli parlamentari, giudiziari e amministrativi.

La natura giuridica di tutti i regolamenti, la loro identità sostan-

---

leggi, « la legittimità dei regolamenti è tanto formale quanto materiale, secondo che concerne i loro requisiti di competenza e di forma, o il loro contenuto intrinseco. È bene ricordare che la competenza giudiziaria si estende anche sulla legittimità formale ». Da rilevare, infine, che la giurisdizione dei tribunali ordinari « sulla legittimità di un regolamento può essere eccitata così in sede civile come in sede penale » (*ibid.*, p. 217 s.).

(196) « Senza voler risolvere la questione, se i collegi contenziosi amministrativi, cioè la IV Sezione del Consiglio di Stato e le Giunte prov. amm., siano vere giurisdizioni o semplici autorità amministrative destinate a risolvere ricorsi con speciali garanzie di contraddittorio, è certo che per ciò che concerne la legittimità dei regolamenti esse si comportano di regola in modo non diverso dalle autorità giudiziarie ordinarie » (*ibid.*, p. 219).

(197) *Ibid.*, p. 129.

(198) *Ibid.*, p. 147.

(199) *Ibid.*, pp. 130-136. Né tocca la comune natura giuridica dei regolamenti, la diffusa partizione « in ordine alla loro origine storica ed al loro fondamento giuridico », seguita dallo stesso Cammeo (*ibid.*, p. 156), in indipendenti — « che non si riannodano direttamente ad alcuna legge » e « sono emanati in virtù dei poteri direttamente conferiti al Re dalla costituzione » (*ibid.*, pp. 157-170) —; d'esecuzione — « che stabiliscono le norme secondarie per l'attuazione immediata di una legge », e la potestà di emanarli è concessa dall'art. 6 dello Statuto (*ibid.*, pp. 171-177) —; e delegati — che si fondano sopra una autorizzazione legislativa « espressa o tacita », non « servono all'attuazione immediata di alcuna legge, ma contengono norme indipendenti » (*ibid.*, pp. 177-192) —.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ziale determinata dall'essere fonti di diritto obiettivo, è un elemento indispensabile alla sequenza garantistica costruita da Cammeo tra legge, regolamento, atto amministrativo e diritto di libertà. Il carattere giuridico costituisce la ragione d'essere stessa dei regolamenti intesi come vincoli di diritto obiettivo per l'autorità che li emana. I regolamenti pongono in essere regole generali di diritto obiettivo, in quanto munite di sanzione, che limitano « l'arbitrio » dell'amministrazione (200), creano diritti a favore dei cittadini e accordano loro azione giudiziaria o amministrativa. In entrambi i casi, per Cammeo, pretese soggettive individuali che costituiscono diritti soggettivi: sia che la protezione del singolo rappresenti lo scopo precipuo e immediato « della norma e si accordi dunque ad esso azione dinanzi ai tribunali ordinari »; sia che « l'interesse del singolo » riceva « una protezione mediata, riflessa », « occasionale » — avendo la norma « per scopo immediato » la tutela dell'interesse dell'amministrazione — e « negata l'azione giudiziaria », resti « pur sempre quella amministrativa » (201).

Si tratta, come si vede, dei criteri formulati da Meucci — sulla scia dello Jhering, come osserva Cammeo nelle *Questioni di diritto amministrativo* (202) — per la distinzione di natura anche sostanziale, pur tra varie incertezze e riserve, degli interessi legittimi dai diritti soggettivi (203). Cammeo vi tornerà sopra ampiamente nel *Commen-*

---

(200) *Ibid.*, p. 129.

(201) *Ibid.*, p. 36.

(202) « Evidentemente poiché il ricorso straordinario al Re è ricorso di legittimità vi deve essere fra l'interesse che si fa valere, e una norma giuridica di cui si lamenta al violazione una corrispondenza almeno occasionale. Cioè, secondo la felice teoria dell'JHERING » (Cammeo usa citare il relativo passo del *Geist* nell'edizione francese, v. *infra*, nt. 205) « ripresa fra noi dal MEUCCI »(v. *infra*, nt. 203) « la norma giuridica non deve intendere espressamente alla protezione di quell'interesse, ma, scritta invece a tutela di altri interessi e specialmente dell'interesse collettivo, deve spiegare un'azione riflessa a vantaggio di singole utilità private. L'interesse, che dà luogo al ricorso straordinario al Re deve quindi secondo una nomenclatura accolta in Germania essere un *diritto riflesso*, o secondo una nomenclatura assai diffusa in Italia un *interesse legittimo* » (ID., *Questioni*, cit., p. 68). Cammeo nel *Commentario* criticherà la « nomenclatura » tedesca e opterà per quella italiana (ID., *Commentario*, cit., p. 108, nt. 1, *passim*).

(203) Cammeo cita del Meucci (ID., *Della manifestazione*, cit., p. 36, nt. 2) le *Instituzioni*, cit., p. 124. Le *Instituzioni* riproducevano, però, le pagine pubblicate dal Meucci l'anno avanti sul *contenzioso amministrativo* (L. MEUCCI, *Il principio organico del*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tario (204), ma ora se ne serve soltanto per la loro caratterizzazione processuale. Le situazioni giuridiche soggettive, protette direttamente o indirettamente dalle norme giuridiche, rimangono tutte diritti soggettivi, distinti da Cammeo in questo scritto solo dal punto di vista della tutela processuale (205).

L'asserzione dell'identità sostanziale di tutti i regolamenti, quali fonti di norme giuridiche, espande il processo di giuridicizzazione a tutti gli atti di sovranità dello Stato; consente di portare a compimento un sistema completo di controlli e di tutela dei diritti di

---

contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti, in *La giustizia amministrativa*, II (1891), pp. 15 s., 28-32, ripubbl. in *Foro amministrativo*, LXV (1989), pp. 841-863), ove — appunto accogliendo la teoria dello Jhering — aveva introdotto tra diritti e « interessi semplici », la terza categoria degli « interessi legittimi », intesi come interessi « solo occasionalmente ed accidentalmente protetti dalla legge, e quindi occasionalmente violati dall'atto illegittimo » dell'amministrazione (*ibid.*, p. 28 s.). A questa « insufficiente » nozione, Ranelletti aveva opposto quella di interessi legittimi, quali « veri *diritti*, ma che subiscono una compressione », un « indebolimento nell'essere compenetrat[i] coll'interesse pubblico e da questo dipendent[i] »: « compressione che toglie loro il mezzo ordinario di farli valere, cioè l'azione comune » (O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano 1892, p. 76 ss., ripubbl. in *Scritti giuridici scelti*, II, *La giustizia amministrativa*, cit.). Che la formula ranellettiana di « indebolimento » del diritto si rifacesse alla nozione del Windscheid di « Abschwächung der Rechte » (B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt a. Main 1891[7], p. 160 s.), appresa dal Ranelletti alle lezioni romane del corso di Pandette dello Scialoja sul *Negozio giuridico*, è stato più volte ricordato (E. CANNADA-BARTOLI, *Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranelletti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, VI (1956), pp. 267-279; B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., p. 275 s., nt. 67).

(204) F. CAMMEO, *Commentario*, cit., pp. 101-135, 722-797.

(205) « In Italia qualunque interesse del cittadino che trovi protezione anche casuale in una regola generale emanata dallo Stato gli dà azione amministrativa: onde consegue che la regola generale creando così diritti subbiettivi e essendo munita di sanzione è di diritto obbiettivo e non semplice precetto morale o di opportunità » (ID., *Della manifestazione*, cit., p. 137). Ed ancora. « Pertanto, in diritto italiano, qualunque comando generale, emanato anche per il vantaggio dell'amministrazione, interessa i cittadini, apre loro l'adito ad un'azione, crea in loro pretese subbiettive, vincola l'autorità che lo emana, è fornito di sanzione: è insomma da concepirsi come norma giuridica », capace « di generare diritti subbiettivi » (*ibid.*, p. 36). Cammeo ricorda a questo proposito il differente avviso dello Jhering (*Esprit du droit Romain*, IV, cit., p. 339), che « nega il carattere di diritti ai diritti, così detti *riflessi*, perché egli considera quei soli diritti, che ricevono protezione mediante un'azione promovibile dinanzi ai tribunali ordinari » (F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà*, cit., p. 36, nt. 3).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

libertà degli individui privati. L'atto amministrativo, come « atto che regola nell'interesse dello Stato un caso individuale e concreto », deve essere sempre emanato entro i limiti del diritto segnati dalle leggi e dai regolamenti (206); i regolamenti incontrano i « limiti negativi » fissati dalle leggi (207); la legge, pur dinanzi ad una costituzione flessibile come lo Statuto albertino, almeno i limiti di costituzionalità formale (208). Il sistema dei controlli parlamentari, giudiziari e amministrativi garantiscono l'osservanza del principio di legalità identificato con l'intera sequenza di questi limiti e perfezionano la tutela dei diritti di libertà degli individui privati.

7. *Cammeo, il positivismo legislativo e la difesa delle libertà politiche e civili nella crisi di fine secolo dello Stato liberale: la illegalità dei decreti legge. Santi Romano, la teoria della necessità come fonte autonoma di diritto e la critica formulata dal Cammeo.*

Neppure i decreti legge o, come la giuspubblicistica li chiamava, decreti d'urgenza, ordinanze di necessità, ordinanze d'urgenza, potevano legittimamente rompere, ad avviso di Cammeo, il circolo garantistico tra legalità e libertà. Non vi era spazio nell'ordine costituzionale per i decreti-legge. Il parlamento poteva delegare al governo la facoltà legislativa, in ogni altro caso i decreti-legge erano illegittimi (209).

Negli altri Stati costituzionali europei il divieto di sospendere le leggi era assoluto o almeno circondato da grandissime cautele (210). In Italia, non solo nessuna legge autorizzava le ordinanze d'urgenza (211), ma l'art. 6 dello Statuto espressamente le esclude-

(206) *Ibid.*, p. 40.

(207) *Ibid.*, p. 147.

(208) *Ibid.*, pp. 50-53.

(209) *Ibid.*, p. 193. Si vedano le medesime conclusioni nel *Commentario*, cit., pp. 60 ss., 761 s. e nel *Corso*, cit., pp. 94-97.

(210) « Assoluto », il divieto in Francia, Inghilterra e Belgio. Circondato « di speciali garanzie e cautele », negli Stati germanici, pur « retti a regime costituzionale limitato » (*ibid.*, p. 194 ss.).

(211) E, in specie, la proclamazione dello stato d'assedio « fittizio, ossia determinato da disordini interni e costituente una misura straordinaria di polizia », a differenza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

va (212). Il divieto « di sospendere le leggi e con esse la costituzione » era dunque « assoluto » (213). L'autorità giudiziaria non poteva « mai applicare un decreto legge prima della ratifica » (214): doveva « sempre riconoscerne l'illegalità » (215).

Ma la pratica governativa dei decreti legge costituiva già una lunga e costante prassi nella storia del primo cinquantennio del regime costituzionale italiano e rappresentava una drammatica realtà nella cronaca di quell'anno, il 1898. Dal 1848 al 1890 i decreti legge erano stati, pare, 66: « di cui 45 dal 1860 al 1866, e 21 distribuiti in quindici anni ». Dal 1890 al 1896 Cammeo ne contava « almeno 20 » (216). Si potevano raggruppare in tre categorie: « in materia di legislazione generale » (217), « in materia tributaria e specialmente

---

dello « stato d'assedio reale, ossia quello risultante da vere operazioni di guerra » (*ibid.*, p. 195).

(212) « Sia in ordine alla sua lettera, sia in ordine alla sua storia. L'art. 6 dello Statuto dice che il re "fa i decreti ed i regolamenti necessari alla esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza o dispensarne" » (*ibid.*, p. 197).

(213) Né poteva invocarsi la consuetudine parlamentare a sanzionare la legittimità dei decreti legge: « con la ratifica e col silenzio il Parlamento ha riconosciuto che l'opera del Governo era utile e necessaria: non si può asserire che l'abbia riconosciuta legittima. La ratifica stessa è anzi la miglior prova che alla legittimità qualcosa mancava » (*ibid.*, p. 199).

(214) *Ibid.*, p. 201. Cammeo ripeteva quanto aveva scritto il Codacci: « Le ordinanze di urgenza non hanno alcun valore innanzi all'autorità giudiziaria finché non siano convertite in legge. Questa tesi, netta e decisa, si fonda sul principio che i giudici son tenuti ad applicare le norme del diritto nazionale e che il governo non ha da solo facoltà di mutare questo. Soltanto la più solenne manifestazione della volontà dello Stato, cioè la legge, ha virtù di vincolare incondizionatamente i tribunali ordinari. Ogni altro atto li vincola solamente in quanto sia conforme al diritto nazionale medesimo, e la legislazione italiana dà ampia facoltà al giudice di esaminare, da questo punto di vista, ogni atto governativo » (A. CODACCI-PISANELLI, *Sulle ordinanze di urgenza*, cit., p. 102).

(215) « Come ben disse un'antica sentenza » (Cass. Milano, 7 giugno 1865, in *Giurisprudenza italiana*, XVII (1865), pt. I, coll. 365-368) « in tempi nei quali le teorie liberali costituzionali erano ancora vigorose e vitali, e l'autorità giudiziaria aveva alta e non timorata coscienza del compito suo nel diritto pubblico, "la *ragione di bisogno o d'interesse sociale*, che pur s'invoca per attribuire al potere esecutivo ciò che gli è negato dallo Statuto (cioè la potestà di emanare decreti-legge) non può essere presa in considerazione dal giudice, il quale deve unicamente attenersi alla ragione legale e costituzionale" » (F. CAMMEO, *Della manifestazione*, cit., p. 201 s.).

(216) *Ibid.*, p. 193.

(217) Emanati, ad esempio, per evitare « la decorrenza dei termini vicini a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

doganale (decreti di catenaccio) », in « materia di polizia per la proclamazione dello stato d'assedio in seguito a sedizione interna » (218).

Molti autori e la giurisprudenza prevalente li consideravano legittimi e ritenevano l'autorità giudiziaria tenuta ad applicarli « anche prima della ratifica » parlamentare. Nel caso, poi, di proclamazione dello stato d'assedio, neppure richiedevano un intervento del parlamento: si manifestasse esso con una legge di conversione o almeno con un *bill* d'indennità (219).

Pareva così predominare nei tribunali italiani una concezione « assolutistica e antiliberale » (220), che Cammeo spiegava colla « tendenza reazionaria » di quegli ultimi anni (221). Anche gli atteggiamenti dei giudici italiani riflettevano la crisi di fine secolo dello stato liberale. E proprio in mezzo e in risposta ad essa, Cammeo estendeva il dominio del diritto a tutte le manifestazioni di volontà dello Stato e affrontava la questione della legittimità dei decreti legge e dello stato d'assedio come problema di definizione di istituti giuridici.

In verità, le pagine scritte per il *Trattato* dell'Orlando costituirono solo uno degli interventi del Cammeo a difesa del principio di legalità negli eventi di fine secolo. Nel 1897, aveva dedicato una nota risolutamente critica, in nome del diritto di libertà d'opinione, ad una sentenza della IV Sezione del Consiglio di Stato, che aveva confermato la legittimità del licenziamento di un maestro elementare professante idee socialiste, anche se fuori della scuola (222). E nei

---

scadere », oppure per « riformare istituti e leggi, evitando le discussioni parlamentari e presentando al Parlamento una riforma già attuata » (*ibid.*, p. 193 s.).

(218) « Il quale fu proclamato con regio decreto, senza nemmeno la clausola della conversione in legge, nel 1849 a Genova, nel 1852 a Sassari, nel 1862 nelle province meridionali, nel 1894 in Sicilia ed in Lunigiana, nel 1898 nella provincia di Milano, nella Toscana e a Napoli » (*ibid.*, p. 194).

(219) « Secondo molti autori e secondo la giurisprudenza prevalente, però, in Italia spetterebbe al Governo la legittima facoltà, in caso di urgenza e di necessità, di sospendere le leggi, salva in appresso in certi casi la ratifica parlamentare ed indipendentemente, in altri casi, anche da questa ratifica (stato d'assedio) » (*ibid.*, p. 193).

(220) *Ibid.*, p. 201.

(221) *Ibid.*, p. 142.

(222) La IV Sezione del Consiglio di Stato, sotto la presidenza di Giorgio Giorgi,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mesi infuocati nel '98, quando i decreti reali posero in stato d'assedio mezza Italia, sospesero le libertà statutarie e istituirono ovunque tribunali militari straordinari, affidava ancora alle colonne della *Giurisprudenza italiana* un denso e impegnatissimo saggio proprio su « gli effetti dello stato d'assedio nei riguardi della competenza e della procedura penale » (223).

Alle sentenze della Corte di cassazione, che quell'anno si anda-

---

aveva sanzionato il licenziamento di un maestro elementare professante idee socialiste, applicando l'art. 106, comma *b*), della legge Casati del 13 novembre 1859, che prevedeva tra le cause di « rimozione di un membro del corpo accademico [...] l'aver con l'insegnamento o con gli scritti impugnato le verità sulle quali riposa l'ordine religioso e morale, o tentato di scalzare i principii o le guarentigie, che sono poste a fondamento della costituzione civile dello Stato ». Cammeo osservava che il comma *b*), « applicato come è scritto distruggerebbe ogni libertà d'insegnamento. [...] un naturalista non potrebbe insegnare la teoria darwiniana, un professore di filosofia la morale positivista, un economista anche liberale non potrebbe esporre gli inconvenienti economici del militarismo, e le teorie scientifiche del socialismo non potrebbero avere un espositore nella scuola. Per questa ragione e perché il capoverso avrebbe contrastato con i principii fondamentali di libertà su cui si fonda l'ordinamento legislativo italiano, esso non fu mai applicato. E quando nei trattati o nelle scuole si affermava l'importanza che nel diritto pubblico ha conservato la consuetudine in confronto della scarsa efficacia che essa ha nel diritto privato, due erano gli esempi classici che si citavano: l'articolo primo dello statuto e l'art. 106, comma *b*) della legge sulla pubblica istruzione, in virtù di consuetudine appunto abrogati ». Ma supposto anche che il comma *b*) fosse in vigore, Cammeo non poteva approvare l'estensione datagli dalla decisione del Consiglio di Stato. Le mancanze previste e punite dal comma *b*) dovevano, infatti, essere commesse « con l'insegnamento o con gli scritti », coll'attività scientifica connessa cioè colla qualità d'insegnante, « con esclusione di ogni attività privata, di ogni atto compiuto come cittadino. E come cittadino e non come insegnante un maestro comunale appartiene ad un circolo socialista e professa idee che a lunga scadenza "scalzano i principii e le guarentigie su cui riposa la costituzione civile dello Stato". Esclusa quindi la propaganda socialista nella scuola, il maestro comunale non può legittimamente essere colpito a questo titolo senza violare il chiaro testo dell'articolo e senza dare interpretazione estensiva ad una disposizione odiosa e penale » (*Illegalità del licenziamento di maestri elementari per semplice professione di idee socialistiche*, nota a Cons. Stato, Sez. IV, 22 gennaio 1897, in *Giurisprudenza italiana*,, XLI (1897), pt. III, col. 90 ss.).

(223) ID., *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, cit., coll. 369-394. Le conclusioni del saggio furono illustrate anche ai lettori della *Revue du droit public* del Larnaude nella rubrica *Revue de periodique*, (*Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 7 (1900), p. 165), da Francesco Racioppi, allora libero docente all'Università di Roma e autore proprio quell'anno dello scritto su *Forme di Stato e forme di governo*, Roma 1898.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vano succedendo a ribadire la legittimità in sé, indipendentemente da una « legge di ratifica » parlamentare, dei decreti di proclamazione dello stato d'assedio sia agli effetti di polizia che giurisdizionali e l'incompetenza dell'autorità giudiziaria a conoscere della legittimità di quei decreti (224), opponeva le norme, i limiti dello Stato di diritto e lo stesso dettato statutario, gli artt. 6, 70, 71 e 72: il principio della riserva di legge in tema di diritti di libertà e la guarentigia del giudice naturale: il divieto per il governo di sospendere le libertà costituzionali e di creare tribunali straordinari. « La istituzione dei tribunali militari straordinari con competenza a giudicare di quei reati commessi da cittadini, e puniti dal codice penale comune, che sieno contemplati dai bandi dei regi commissari, è assolutamente illegittima » (225). E se ne ammetteva per ipotesi la legittimità, era per contestare la giurisprudenza, che aveva accolto il ricorso contro le sentenze dei tribunali straordinari alla Sezione penale della Cassazione di Roma per i soli vizi di incompetenza e di eccesso di potere, esclusa la violazione di legge (226). Limitazione inammissibile, per Cammeo, se la Cassazione doveva essere « custode dell'osservanza della legge » (227). A meno che non si trattasse della questione dei limiti tra giurisdizioni speciali e giurisdizione ordinaria, come in effetti riteneva Cammeo. Ma in questo caso, la legge che doveva ricevere applicazione era quella sui conflitti del 31 marzo 1877 e il giudice competente soltanto la Cassazione di Roma a sezioni unite (228).

Il contrasto con le massime, enunciate dalla Cassazione, non era, infine, meno netto quanto alla « applicazione retroattiva delle norme

---

(224) La Cassazione si riportava così alla giurisprudenza « consacrata dalle sentenze del 1894 », emanate in seguito ai moti della Lunigiana e alla repressione dei Fasci siciliani, quando lo stato d'assedio era stato « proclamato e mantenuto » con decreto reale « senza che mai intervenisse una legge di ratifica », bensì solo « due voti di fiducia delle camere, che con apposito ordine del giorno approvarono l'opera del governo ». Nel 1898, invece, lo stato d'assedio, proclamato coi decreti reali del 7 e 9 maggio 1898, era stato « ratificato » colla legge del 17 luglio 1898, vero e proprio *bill* d'indennità, a parere di Cammeo (*ibid.*, col. 370 ss.).

(225) *Ibid.*, col. 377 s.

(226) *Ibid.*, col. 378.

(227) *Ibid.*, col. 379.

(228) *Ibid.*, coll. 379-384.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

straordinarie di competenza e procedura » penale — entrate in vigore col decreto di proclamazione dello stato d'assedio — in ordine ai reati commessi da non militari prima della proclamazione dello stato d'assedio (229). Se, « fortunatamente », non si dubitava almeno della inapplicabilità retroattiva « delle norme di diritto penale materiale in senso stretto », « vivissima e grave » era invece la disputa sulla applicazione retroattiva delle norme procedurali.

La Corte di cassazione propugnava l'applicazione retroattiva delle norme penali formali almeno per i reati connessi ai fatti che dettero luogo alla proclamazione dello stato d'assedio (230). Cammeo sostenne invece l'irretroattività anche delle norme procedurali dello stato d'assedio. Non solo perché esisteva, a suo avviso, un diritto pubblico subbiettivo al giudice naturale (231), ma anche perché gli aggravamenti della condizione dell'imputato quanto « all'azione penale, ai mezzi di difesa (avvocati), all'esclusione dei rimedi » (232), mostravano che si trattava di norme di carattere « intermedio » (233), « di norme miste di diritto procedurale e materiale », alle quali, come aveva insegnato il Gabba, — il gran studioso della questione *della retroattività delle leggi* (234) —, si doveva applicare il principio della non retroattività della legge più severa (235).

Che, dunque, di contro alle singole tesi formulate dalla Cassazione, potesse essere vittoriosamente sostenuta anche nel 1898 la tutela dei valori dello Stato di diritto, della legalità e della libertà, Cammeo era in grado di dimostrarlo sulle colonne della *Giurisprudenza italiana*. Ma v'era un'ultima, somma ragione, addotta dalla Cassazione, e innumerevoli volte ripetute dalla dottrina, a dimostrare la legittimità dei decreti legge e massime dello stato d'assedio, « la necessità della difesa

---

(229) *Ibid.*, coll. 370-384.

(230) *Ibid.*, col. 387.

(231) *Ibid.*, col. 392 s.

(232) *Ibid.*, col. 391.

(233) *Ibid.*, col. 385. Così le aveva definite Emilio Brusa, in un critico intervento del '94 sull'istituzione dei tribunali militari, scritto con forti accenti liberali e garantisti (*Della giustizia penale eccezionale ad occasione della presente dittatura militare*, in *Rivista penale*, XXXIX (1894), p. 457 ss.).

(234) F. Cammeo, *Lo stato d'assedio*, cit., col. 388 s.; C.F. Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, II, Torino 1897³, p. 388 ss.

(235) F. Cammeo, *Lo stato d'assedio*, cit., coll. 388-392.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sociale » (236); « la difesa sociale » e « la ragion di Stato », che si convertono l'una nell'altra e divengono « irresistibile » fonte di diritto: la « salus reipublicae », « la suprema necessità di Stato, che diviene diritto » (237). Il principio estremo e il grande nodo teorico della necessità come fonte di diritto autonoma e, dunque, fonte immediata di diritto e diritto essa stessa; l'eterno istituto di chiusura dell'ordinamento giuridico; il fatto che si tramuta in diritto; l'origine e la fine di ogni diritto; la « suprema e ineliminabile fonte del diritto » (238); il criterio della priorità dell'esistenza dell'individuo e dello Stato sul principio del rispetto della legge, che ne è solo uno strumento; la fonte di diritto autonoma e superiore alla legge, che opera fuori e anche contro la legge: « di per sé capace di legittimare l'atto, altrimenti illecito » (239); la rappresentazione giuridica della stessa sovranità, intesa come potestà politica di decidere, « con mezzi eccezionali, circa il caso di eccezione », di « creare » lo stato di eccezione (240).

« Il fondamento della potestà straordinaria » consiste « in *una irriducibile necessità di fatto la quale diventa suprema ragione di diritto* » (241), aveva affermato Codacci Pisanelli. « *Salus publica suprema lex*: nello Stato come negli individui la conservazione della propria esistenza è una ragione che può scusare la infrazione di qualsiasi regola giuridica », aveva scritto Orlando nei *Principii di diritto costituzionale* e avevano ribadito Gaetano Arangio Ruiz, Angelo Majorana e Luigi Rossi dinanzi ai fatti di Sicilia e di Lunigiana nel '94 (242). Nello stato d'assedio « la necessità di fatto »

---

(236) *Ibid.*, col. 373.

(237) ID., *Della manifestazione*, cit., p. 200.

(238) S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano 1945, p. 386.

(239) C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1960[5], p. 158.

(240) G. MIGLIO, *Oltre Schmitt*, cit., p. 757 s.

(241) A. CODACCI-PISANELLI, *Sulle ordinanze di urgenza*, cit., pp. 95, 98; ID., *Legge e regolamento*, cit., p. 55.

(242) V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze 1889, p. 185; G. ARANGIO RUIZ, *Lo stato d'assedio in Sicilia e nella Lunigiana*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, XI (1893), vol. II, pp. 647, 653, ove aveva modo di applicare i principi illustrati nella voce *Assedio politico (Stato di)*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. I pt. IV, Milano s.d., pp. 169, 209, 214; A. MAJORANA, *Lo stato d'assedio*, Catania 1894, pp. 26, 48, 67, 98, 108, vedine la recensione di Santi Romano in *Archivio di diritto pubblico*, IV (1894), p. 317 s.; L. ROSSI, *Lo stato d'assedio nel diritto pubblico italiano (Rivista della giurisprudenza parlamentare). Note critiche*, in *Archivio di diritto pubblico*, IV (1894), pp. 116, 120.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diviene « suprema ragione di diritto », ripeteva Ranelletti in una vastissima disamina storica e dottrinale dell'istituto dello stato d'assedio svolta nel *Trattato* dell'Orlando nella monografia su *La polizia di sicurezza* (243). E Romano assegnava alla necessità, come fonte autonoma di diritto, un gran rilievo nel diritto costituzionale e nella stessa teoria dell'ordinamento giuridico (244). « Fonte dei diritto che vinc[e] la legge medesima », definiva la necessità nel saggio del '98 *sulle leggi di approvazione* (245); fonte primaria ed originaria della « trasformazione in diritto del fatto », fondamento giuridico, legittimazione de *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale*, la chiamava nel 1901 (246). Nel 1902, scrivendo *sui limiti della funzione legislativa*, individuava nella necessità una delle ragioni di modificabilità dello Statuto (247); nella nota del

(243) O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo*, cit., vol. IV, pt. 1, Milano 1904, pp. 1163-1252. Ove il Ranelletti prendeva fermamente le difese dei principi dello Stato di diritto anche nello stato d'assedio (*ibid.*, pp. 1203, 1205), inteso quest'ultimo come « regime » giuridico eccezionale, da esercitare entro i « limiti *giuridici* » segnati dallo stesso stato di necessità (*ibid.*, p. 1245 s.): nello stato d'assedio, in quanto misura di polizia (*ibid.*, p. 1234), tracciava ai poteri del governo confini giuridici invalicabili, a principiare dal divieto assoluto, in base all'art. 71 dello Statuto, di violare la guarentigia del giudice naturale e di istituire tribunali straordinari (*ibid.*, p. 1230).

(244) Hanno messo in evidenza il ruolo svolto dalla necessità nelle dottrine romaniane, ma attribuito ad essa significati differenti, A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Milano 1976, pp. 5-30, 91-96; M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in *Quaderni fiorentini*, 10 (1981), pp. 207-211.

(245) « Ne viene che lo stato d'assedio è atto giuridico, ma illegale » (S. ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, in *Il Filangieri*, XXIII (1898), ripubbl. in *Scritti minori*, I, *Diritto costituzionale*, Milano 1950[1], pp. 64 s., 68, 79, 84, rist. Milano 1990).

(246) ID., *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione*, in *Archivio giuridico*, LXVIII (1902), ripubbl. in *Scritti minori* cit., p. 150; e ripubbl. anche in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano 1969. « Nella necessità deve rintracciarsi l'origine e la legittimazione dell'istituto giuridico per eccellenza, cioè dello Stato, e in genere del suo ordinamento costituzionale, quando esso viene instaurato con un procedimento di fatto, ad esempio in via di rivoluzione », ripeteva nel saggio *Sui decreti-legge e lo stato di assedio* del 1908 (ID., *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico*, I (1909), ripubbl. in *Scritti minori*, cit., p. 298).

(247) « Fonte prima del diritto », che scaturisce in maniera così immediata e diretta « dalle forze sociali » da non permettere l'intervento della « dichiarazione »

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1908 *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, la indicava come fonte « del nuovo ed eccezionale ordinamento giuridico [...] che determina in modo diverso i confini rispettivi della potestà dello Stato e dell'attività dei singoli » (248); nel *Diritto pubblico italiano* (249), nelle edizioni del *Corso di diritto costituzionale*, succedutesi a partire dal 1926 (250), e

---

legislativa (Id., *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Archivio di diritto pubblico*, I (1902), ripubbl. in *Scritti minori*, cit., p. 194 s.).

(248) Id., *Sui decreti-legge*, cit., p. 294. Ad avviso di Romano, la necessità non costituisce, dunque, uno stato di fatto, al quale il diritto attribuisca effetti comuni in ogni campo del diritto, la nascita di principi generali che giustifichino lo stato d'assedio come diritto soggettivo dello Stato di difendere la propria esistenza anche nei confronti dei diritti soggettivi di libertà degli individui privati (*ibid.*, p. 292 s.). Un siffatto conflitto tra due diritti soggettivi individuali appare a Romano « un residuo, sia pure inavvertito, del dottrinarismo individuale della prima maniera, che di tale libertà faceva un *prius* irriducibile, una barriera più o meno insormontabile di fronte alla potestà dello Stato » (*ibid.*, p. 293). Mentre si trattava della « sostituzione, sia pure provvisoria e limitata, di un nuovo diritto obbiettivo al diritto obbiettivo già esistente », di un « nuovo ed eccezionale ordinamento giuridico », al vecchio (*ibid.*, p. 293 s.). Lo stato di assedio è, dunque, « nel diritto italiano un provvedimento contrario alla legge, diciamo pure illegale, ma nello stesso tempo conforme al diritto positivo non scritto, e perciò giuridico e costituzionale » (*ibid.*, p. 299 s.). La competenza ad emanarlo — pur « eccezionale e straordinaria, ma sempre determinata da una fonte di diritto », la necessità (*ibid.*, p. 302) — spetta al governo, unico giudice della necessità e quindi della legittimità dei provvedimenti: la magistratura ordinaria dovrà « applicarli e riconoscerli » anche prima della ratifica parlamentare, perché essa « non soltanto le leggi applica, ma tutto quanto il diritto, da qualunque fonte emani » (*ibid.*, p. 309). Ma « una legge di approvazione », di cui può variare il contenuto, deve « in ogni caso emanarsi » (*ibid.*, p. 302): « la necessità può fare uscire temporaneamente dalla legalità, ma nella legalità si deve rientrare quando l'impero della prima cessa ». Altrimenti « non c'è più modo di distinguere la necessità vera dall'arbitrio e dalla confusione anticostituzionale dei poteri » (*ibid.*, p. 305). Quanto « al contenuto dello stato d'assedio », è « arduo per non dire impossibile », segnare « dei limiti precisi » (*ibid.*, p. 306). « Ci è sembrata sempre inopportuna », in siffatta materia, una legge che intenda disciplinare *a priori* lo stato d'assedio, « tutto ciò che è lecito stabilire consiste nel principio che è legittimo tutto ciò e soltanto ciò che è necessario » (*ibid.*, p. 308). Non è da escludere neppure « per principio assoluto » l'attribuzione ai tribunali militari della giurisdizione, come avevano affermato, invece, Cammeo e Ranelletti (*ibid.*, p. 307). Le « note disposizioni dello Statuto o di altre leggi », sul giudice naturale, sulla riserva di legge e così via enumerando, possono, come ogni altra norma scritta, « essere superat[e] e vint[e] dalla necessità » (*ibid.*, p. 307).

(249) Id., *Il diritto pubblico italiano*, Milano 1988 (ma 1914), pp. 252, 273 s.

(250) Id., *Corso di diritto costituzionale*, Padova 1933, p. 287.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nei *Principii di diritto costituzionale generale* (251), ne ripeteva la definizione di « fonte del diritto superiore alla legge », sia essa pure l'art. 6 dello Statuto.

Era dunque nel dualismo tra diritto e legge, che Romano fondava la teoria della necessità come fonte autonoma di diritto, per mutare poi quel fondamento nel corso del primo decennio del secolo, col saggio su *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale* del 1901 e con quello *Sui decreti legge e lo stato d'assedio* del 1908, nel dualismo tra ordinamenti giuridici vecchi e nuovi, tra ordinamenti « eccezionali », parziali e ordinamenti interi, complessivi, « per eccellenza », come lo Stato (252).

Nel formulare la teoria della necessità e i primi elementi della dottrina istituzionalistica e pluralistica, Romano si rifaceva così alla lezione savignana riguardo al dualismo tra diritto e legge, che aveva costituito uno dei luoghi centrali dell'insegnamento orlandiano (253); alla riduzione savigniana della legge a « dichiarazione » e « riproduzione » (254) di principi giuridici scaturiti « direttamente dalle forze sociali » (255), formatisi nella coscienza popolare, che Orlando aveva ripreso fin dagli *Studi giuridici sul governo parlamentare* (256); alla

---

(251) ID., *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., p. 137. « Fonte di diritto automa e superiore alla legge », la definisce ancora nelle *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo* (in *Scritti minori*, cit., II, Milano 1990², p. 454), forse il suo ultimo scritto (A. ROMANO, *Presentazione della ristampa della prima edizione, ibid.*, I, p. XXXVI): « la necessità, infatti, può implicare l'impossibilità di osservare le leggi vigenti ("necessitas non habet legem") e imporre, in quanto essa stessa fa legge, l'emanazione di nuove norme » (*ibid.*, p. 454).

(252) ID., *Sui decreti-legge*, cit., pp. 294, 298 ss.

(253) V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione del diritto pubblico*, in *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1889-1940) coordinati in sistema*, Milano 1954, p. 16. Ci sia consentito rinviare a questo riguardo ai nostri lavori, *Il pensiero di V.E. Orlando*, cit., pp. 134 ss., 160; *La prolusione di Orlando*, cit., p. 1006 ss.).

(254) V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici*, cit., pp. 16, 20.

(255) S. ROMANO, *Saggio di una teoria*, cit., p. 68; ID., *Osservazioni preliminari*, cit., p. 195; ID., *Sui decreti-legge*, cit., p. 299.

(256) « Sicché in conclusione la sola maniera con cui i Parlamenti intervengono all'atto legislativo e che sia veramente propria e caratteristica di essi è *il rivestire dell'autorità esterna e permanente del più elevato potere dello Stato*, la regola di diritto già formatasi nella coscienza popolare, avvertita dalla pubblica opinione, espressa in forma positiva dalla scienza. È dunque un fatto, per quanto solenne, esclusivamente *formale* » (V.E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, in *Archivio giuridico*, XXXVI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

divaricazione tra legge e sistema indicata da Savigny e riproposta da Orlando, per aprire alla dottrina giuridica universitaria gli spazi necessari ad interporsi tra il momento della statuizione legislativa del diritto e quello della applicazione giudiziale e amministrativa (257) e a far prevalere l'interpretazione sistematica dottrinale sulle altre fonti del diritto.

Le fondamenta teoriche della necessità e delle stesse dottrine istituzionalistica e pluralistica erano, dunque, gettate da Romano sopra le medesime basi costitutive del progetto formulato dalla nuova scienza giuridica universitaria italiana, che intendeva svolgere la funzione di guida teorica nei confronti della pratica forense, amministrativa e politico-legislativa (258). La scelta del dualismo tra diritto e legge, tra ordinamento e norma legislativa, come base della dottrina della necessità, veniva a confermare la validità teorica delle fondamenta e quindi dell'intero progetto di prevalenza dei giuristi universitari. La superiorità della necessità, del diritto 'obiettivo', dell'ordinamento, dell'istituzione rispetto alla norma legislativa, corrispondeva alla superiorità del sistema scientifico del diritto elaborato dai giuristi universitari rispetto al sistema legale formulato dalle dichiarazioni legislative, alla prevalenza dell'ermeneutica, della dogmatica e della sistematica scientifiche sulla dichiarazione legislativa e sull'ermeneutica e applicazione giudiziali e amministrative.

Proprio al rifiuto di qualsivoglia dualismo tra diritto e legge, al ricorso al più rigido positivismo legale, era invece giunto Cammeo nei drammatici eventi del '98. La prevalenza della legge su ogni altra fonte del diritto; il legalismo, il formalismo, il positivismo legislativo, la certezza dell'ordine giuridico dello Stato liberale; i valori, le norme, gli istituti, le competenze, i limiti, i controlli dello Stato di diritto, diventavano in tutti i suoi scritti di quell'anno le sole garanzie capaci di salvare le libertà politiche e civili. « Nessuna teoria » gli appariva, per contro, « tanto pericolosa per le pubbliche libertà » quanto quella della necessità, del « concetto appunto della necessità della difesa sociale. [...] La difesa sociale, la ragion di Stato furono,

---

(1886), ripubbl. in *Diritto pubblico generale*, cit., p. 378. Si veda a questo proposito, G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando*, cit., p. 128).

(257) G. Cianferotti, *La prolusione di Orlando*, cit., p. 1007 s.

(258) *Ibid.*, pp. 1004-1024.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sono e saranno sempre la pretesa giustificazione di qualsiasi tirannia » (259). Avrebbe voluto concludere, e giungeva a scriverlo nella *Giurisprudenza italiana*: « la verità è che la necessità non è fonte di diritto » (260). Ma, ad un tempo, non poteva « disconoscere » che la « necessità divien legge, quando è una vera e propria necessità » (261). Non restava che fare giudice unico di essa il parlamento. Al parlamento e non al governo spettava, dunque, per Cammeo, la competenza di « emanare dei provvedimenti che sospendono la costituzione e le leggi » (262). L'intransigente affermazione delle prerogative del parlamento e della prevalenza della legge; il richiamo all'intero sistema dei principi del più rigoroso positivismo giuridico statualista e legislativo liberale, parevano rimanere gli unici presidi a tutela delle libertà individuali nella temperie del '98.

---

(259) « Se la necessità, vera o presunta, è una ragione sufficiente e giuridica per non applicare le leggi, se di questa necessità non può farsi giudice l'autorità giudiziaria, e se quindi al governo basta invocarla per rendere incensurabile ogni suo atto, è evidente che tutto il diritto pubblico e con esso il diritto privato *qui sub tutela juris publici latet*, è in piena balia del governo. Oggi si sono soppresse alcune libertà statutarie e si sono sostituiti i tribunali militari a quelli ordinari: domani si aboliranno in omaggio alla necessità, anche queste poche garanzie formali di giustizia e si metterà la vita e la sostanza dei cittadini nelle mani dell'amministrazione attiva militare o civile. La necessità invocata impedirà anche allora all'autorità giudiziaria di sindacare la legittimità di questi provvedimenti » (F. CAMMEO, *Lo stato d'assedio*, cit., col. 373).

(260) *Ibid.*, col. 373.

(261) ID., *Della manifestazione*, cit., p. 200; ID., *Lo stato d'assedio*, cit., col. 375.

(262) Solo nel caso « di intervallo fra le legislature » o in qualche altra situazione « assolutamente straordinari[a] ed imprevedibile », il governo poteva emanare ordinanze di necessità, ma con l'obbligo di regolarizzare « l'illegalità » commessa, chiedendo al Parlamento un *bill d'indennità*, una « legge di ratifica » (ID., *Della manifestazione*, cit., p. 200).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MAURIZIO FIORAVANTI

I PRESUPPOSTI COSTITUZIONALI DELL'OPERA GIURIDICA DI FEDERICO CAMMEO

1. Premessa. — 2. Statuto, legge, regolamento. — 3. Funzione amministrativa pubblica, diritto privato e principii costituzionali. — 4. Stato costituzionale e Stato amministrativo. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa.*

Chi rivolga uno sguardo complessivo all'opera di Federico Cammeo è destinato ben presto a constatare una circostanza che potremmo dire quasi sorprendente: il giurista che tra i padri fondatori del nostro diritto amministrativo (1) è considerato per comune opinione ricevuta il più 'tecnico', il più ubbidiente alla minute ragioni della prassi, il meno predisposto alla dottrina generale ed alla costruzione sistematica, in realtà — soprattutto se si ha la pazienza di studiare il suo pensiero a partire dai casi concreti — risulta essere quello che in modo più intensamente problematico ha meditato in senso proprio e specifico sui 'presuppposti costituzionali' del lavoro giuridico amministrativistico e dello stesso diritto amministrativo. Compito delle note che seguono è quello di analizzare questi

(1) Sui tre padri fondatori della scienza del diritto amministrativo in Italia — Santi Romano, Oreste Ranelletti e Federico Cammeo — si vedano ora le rapide ma assai efficaci considerazioni di M.S. GIANNINI, *Prefazione* a F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1992 (rist. anastatica dell'originale, Padova, 1911-14), pp. VII e ss. Per un più ampio inquadramemto di carattere storico si vedano G. REBUFFA, *Trasformazioni delle funzioni dell'amministrazione e cultura dei giuristi*, in *L'amministrazione nella storia moderna*, I.S.A.P., *Archivio*, N.S., 3, vol. 2, Milano, 1985, pp. 1101 e ss.; e M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Bari, 1990, pp. 3 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'presupposti', al fine di portare gradatamente alla luce quel vero e proprio *modello costituzionale* che sicuramente era sotteso alle costruzioni dogmatiche di Federico Cammeo.

Diciamo fin d'ora che quel modello può certamente dirsi *liberale*, in un senso che andremo progressivamente chiarendo, e che comunque distanzia in modo considerevole il nostro giurista dagli altri maestri del diritto amministrativo a lui coevi — come Santi Romano ed Oreste Ranelletti —, ben più di lui disponibili ad incorporare il possibile contenuto garantistico del noto 'Stato giuridico' entro la dominante figura della sovranità dello Stato-persona essenzialmente inteso come Stato amministrativo (2).

Una cosa però è certa, e deve anch'essa esser subito esplicitata, soprattutto al fine di sgombrare il campo da possibili equivoci: il diritto amministrativo liberale di Federico Cammeo non è tale in quanto polemicamente contrapposto — sulla base della matrice cui di solito si pensa in questi casi, che è pur sempre quella costruita da Tocqueville alla metà del secolo scorso (3) — a quella estensione dei

---

(2) Sulle differenze su questo piano tra Cammeo e gli altri amministrativisti del suo tempo hanno già insistito B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, spec. pp. 379 e ss.; e P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Milano, 1986, spec. pp. 130 e ss. Sulla concezione generale dello Stato di diritto come Stato amministrativo, propria di Ranelletti e di Santi Romano, e non condivisa da Cammeo, si veda M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di Aldo Mazzacane, Napoli, 1986, pp. 309 e ss. Che la differenza in questione sia per lo meno in parte da far risalire al maestro di Cammeo, ovvero a Lodovico Mortara, è cosa che emerge dalle più recenti ricerche: si vedano B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., pp. 301 e ss.; e F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia 1866-1936*, Milano, 1991, pp. 41-42, p. 79 e p. 385. Da segnalare ora anche *Attualità di Lodovico Mortara*, speciale sezione dei *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 19 (1990), pp. 85 e ss.; F. CIPRIANI, *Attualità di Lodovico Mortara*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXII (1992), pp. 415 e ss.; e L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, con prefazione di A. Pizzorusso, Napoli, 1992.

(3) Sul punto si veda soprattutto A.M. BATTISTA, *Diritto amministrativo e storia sociale: la tesi di Tocqueville e le sue fonti*, in ID., *Studi su Tocqueville*, Firenze, 1989, pp. 271 e ss., cui si aggiungano le considerazioni di L. MANNORI, *Tocqueville critico di Macarel*, in *Quaderni Fiorentini per storia del pensiero giuridico moderno*, 18 (1989), pp. 608 e ss. Che Cammeo avesse letto Tocqueville, ma nient'affatto subito il fascino delle

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

compiti della amministrazione attiva che tutti i nostri giuristi avevano ben percepito alla fine del secolo scorso, in quanto aprioristicamente rivendicante un maggiore spazio per il diritto privato nella disciplina normativa degli atti della pubblica amministrazione, in quanto rigidamente attestato sul principio della giurisdizione unica. Ed infatti — come vedremo — Cammeo considera tutto questo, ovvero il formarsi di un diritto proprio e specifico della pubblica amministrazione collegato alla estensione dei suoi compiti d'intervento sulla società, ed insieme un certo ampio ruolo della potestà regolamentare della stessa amministrazione e della medesima giurisdizione amministrativa, come un dato di fatto all'interno del quale lavorare, che non può e non deve essere demonizzato in quanto necessariamente minaccioso per le ragioni dei diritti e delle libertà, e che anzi — come pure cercheremo di mostrare — può e deve essere assunto come nuovo terreno di riconferma, e di rafforzamento, di quei diritti e di quelle libertà. Così stando le cose, il significato liberale dell'opera giuridica di Cammeo non può esser ricondotto a 'luoghi comuni' ricevuti — per esempio alla già nominata matrice tocquevilleana —, ma assume un carattere originale proprio che le vicende del suo tempo e di quelli successivi hanno a nostro giudizio lungamente occultato: riportarlo alla luce è il compito che ci siamo assunti.

2. *Statuto, legge, regolamento.*

Com'è ben noto, il saggio scritto da Cammeo per il terzo volume del *Trattato* di diritto amministrativo diretto da Orlando è essenzialmente un contributo di teoria generale delle fonti di diritto, più che altro mosso dal bisogno — da Cammeo fortemente sentito — di fissare limiti precisi al 'potere di ordinanza', ovvero all'esplicarsi del potere normativo dell'esecutivo, ed in particolare della potestà regolamentare della pubblica amministrazione (4). Meno noto è

---

formule tocquevilleane, è dimostrato anche da F. Cammeo, *Il diritto amministrativo degli Stati Uniti d'America*, in *Giurisprudenza italiana*, XLVII (1895), IV, 81 e ss., su cui non possiamo qui soffermarci.

(4) F. Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo. Legge ed ordinanza (decreti e regolamenti)*, in *Primo Trattato completo di*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quanto le pagine qualche volta in apparenza fredde del saggio pubblicato sul *Trattato* orlandiano siano in realtà animate da una forte ed intensa passione civile e politica, che viene in primo piano solo a tratti, e che invece risulta assolutamente evidente se esaminiamo un altro saggio scritto nei medesimi mesi, e dedicato alla spinosissima questione dello stato d'assedio (5).

Lo scritto in questione traeva origine dalla legge del 17 luglio 1898, che così recitava all'articolo primo: « Il governo del Re ha la facoltà di mantenere o revocare lo stato di assedio ordinato coi reali decreti 7 maggio 1898 n. 147, 9 maggio 1898 n. 150, 9 maggio 1898 n. 157, e di limitarne l'applicazione tanto per l'estensione dei territori, quanto pei poteri affidati ai regi commissari ». I fatti sono noti e rinviano alle gravi agitazioni sociali prodottesi nel paese a partire dalla fine di aprile di quel medesimo anno; così come noti sono gli effetti dei decreti sopra nominati, di sospensione delle libertà costituzionali ed amministrative, di estensione dei poteri di polizia delle autorità amministrative, e soprattutto di estensione della competenza dei tribunali militari su reati commessi da cittadini indistintamente intesi, la cui conoscenza sarebbe spettata per legge alla autorità giudiziaria ordinaria. Su questo Cammeo ragionava ad ampio raggio, analizzando i fatti, ma anche iniziando a costruire su di essi quella dottrina delle fonti di diritto che ritroviamo in forma più distesa e sistematizzata nel più noto saggio pubblicato sul *Trattato* orlandiano che sopra abbiamo richiamato.

Al centro di questa dottrina sta una distinzione dalla quale Cammeo prende le mosse in modo chiaro e nettissimo: da una parte sta *la costituzione in senso formale* — come diremmo noi, usando un linguaggio ovviamente sconosciuto a Cammeo —, ovvero lo Statuto albertino che in quanto tale, da solo, non può essere opposto, in regime di costituzione flessibile, a nessuna fonte di diritto positivo

---

diritto amministrativo italiano, diretto da V.E. Orlando, vol. 3°, Milano, 1901 (ma il saggio di Cammeo fu scritto prima, ed è databile 1898).

(5) F. CAMMEO, *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, in *Giurisprudenza italiana*, L (1898), IV, 369 e ss. Per un inquadramento storico complessivo, si veda R. CAMBRIA, *Alle origini del Ministero Zanardelli-Giolitti. L'ordine e la libertà*, estr. da *Nuova Rivista Storica*, LXXIII (1989) e LXXIV (1990); per il profilo più specificamente costituzionalistico, anche con riferimento diretto a Cammeo, si veda V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, pp. 97 e ss., p. 155 e p. 179.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

statale, né alla legge, né a quegli atti — come i decreti sopra ricordati del maggio 1898 — cui fosse stato conferito valore e forza di legge; dall'altra stanno *i principii costituzionali* — sempre usando un linguaggio parimenti sconosciuto a Cammeo nella sua portata attuale, per quanto da lui adoperato, come immediatamente vedremo —, ovvero « quei principii supremi di diritto e di equità, che reggono o dovrebbero reggere uno Stato costituzionale »: sono questi i principii « dimenticati in gran parte nella pratica costituzionale degli ultimi anni » (6), e che nel loro complesso individuano la norma giuridica violata secondo Cammeo nell'agitato contesto di fine secolo.

Ma quali sono i principii inviolabili che reggono lo Stato costituzionale? Il primo di questi è certamente quello per cui i poteri normativi del governo debbono considerarsi enumerati in senso tassativo: al di là delle sfere di esercizio di tali poteri *si deve presumere* la piena libertà dei cittadini (7). Altrimenti detto: le libertà e i diritti sono potenzialmente illimitati, e per esercitarsi non hanno dunque bisogno di alcun speciale titolo giustificativo; i poteri del governo di disciplina, o addirittura di sospensione, di quelle libertà e di quei diritti, al contrario non esistono in quanto tali, ma solo in

(6) F. CAMMEO, *Lo stato d'assedio*, cit., p. 369.

(7) Il principio è contenuto e confermato, secondo Cammeo, nell'articolo sesto dello Statuto: « Il Re... fa i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza o dispensarne ». Non è possibile qui dar conto del dibattito sull'articolo sesto che si ebbe in seno alla giuspubblicistica italiana del tempo. Si può solo osservare che la tesi di Cammeo poteva dirsi tutt'altro che comunemente accettata, e che anzi prevalevano interpretazioni più 'elastiche' dell'articolo sesto, tali da giustificare poteri normativi del governo al di là del principio di stretta tassatività sostenuto da Cammeo. Si veda tuttavia, per una conferma della tesi di Cammeo, V.E. ORLANDO, *Sui decreti-legge. Per fatto personale*, in *Rivista di diritto pubblico*, XVII (1925), pp. 209 e ss., che ribadisce, tra l'altro di fronte al fascismo ormai quasi divenuto regime, il valore liberale dell'art. 6 dello Statuto « in quanto fissa la supremazia assoluta della legge ». Ben diversa dalla opinione di Cammeo e di Orlando era sul punto l'opinione di O. RANELLETTI, *La potestà legislativa del governo*, (1926), ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, vol. I, *Lo Stato*, Napoli, 1992, pp. 411 e ss. (Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino — Edizione a cura di E. Ferrari e di B. Sordi). Sulla profonda radicazione di queste divergenze già alla fine del secolo scorso, si veda la nota successiva.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quanto siano espressamente autorizzati e conferiti (8). Accanto a questo principio di carattere generalissimo ve ne sono poi altri due, quello della riserva di legge in materia di attribuzione di competenze di carattere giurisdizionale, e quello del giudice naturale, sicuramente violati per Cammeo dai decreti del maggio 1898 (9).

Ma qual'è la portata pratica di questa riflessione sui principii costituzionali? Evidentemente, il fatto che i decreti in questione fossero stati recepiti e confermati dalla legge del luglio 1898 poneva lo stesso Cammeo di fronte all'ostacolo insormontabile della 'forza di legge', dunque di un diritto che comunque non poteva essere disapplicato o invalidato in un ordinamento a costituzione flessibile come quello liberale statutario. Ed infatti l'obbiettivo di Cammeo non può certo essere quello di sostenere in un ordinamento di quel

---

(8) La presunzione di libertà ed il principio di stretta tassatività dei poteri normativi del governo sono dunque strettamente correlati, come osserva esattamente con riferimento al modello liberale in genere G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, pp. 29-31; ed hanno la loro comune radice nel celebre articolo quinto della Dichiarazione dei diritti dell'89: « Tutto ciò che non è vietato dalla legge non può essere impedito, e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina ». Che Cammeo avesse mantenuto aperto, a differenza della cultura giuridica dominante al suo tempo, un solido canale di comunicazione con i principii individualistici e giusnaturalistici della Rivoluzione, è circostanza che verrà confermata nel corso della nostra indagine: si veda intanto F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà*, cit., p. 143, con esemplare chiarezza; e per un punto di vista diametralmente opposto, e chiaramente divergente dal modello liberale qui tratteggiato, O. RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile*, (1899), poi in *Annali dell'Università di Macerata*, II (1927), pp. 7 e ss., ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, vol. I, *Lo Stato*, cit., pp. 191 e ss., per il quale « il punto logico di partenza non è la libertà, ma lo Stato », cosicché, in caso di dubbio nella interpretazione del diritto vigente, e sulla limitabilità dell'attività amministrativa dello Stato, « questa incertezza si deve risolvere a favore dello Stato » (p. 207). Più tardi, Ranelletti affermerà addirittura che « il diritto, in rapporto all'individuo, opera essenzialmente creando; in rapporto allo Stato, opera limitando », che equivale a sostenere — all'opposto del modello liberale qui considerato — che i diritti degli individui sono 'artificiali', mentre il potere sovrano dello Stato è 'storico-naturale', è il presupposto indiscutibile di tutta l'esperienza pubblicistica: O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., vol. IV, p. 1ª, Milano, 1904, pp. 207 e ss., p. 259 per la frase citata.

(9) Anch'essi contenuti e confermati nello Statuto: art. 7: « Non si potrà derogare all'organizzazione giudiziaria se non in forza di una legge »; art. 71: « Niuno può essere distolto dai suoi giudici naturali ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tipo l'incostituzionalità sostanziale di una legge: si tratta evidentemente di altro.

Si tratta, in una parola, di contrastare quella dottrina dei poteri normativi del governo che si era fatta largo in queste circostanze alla fine del secolo scorso — e che poi aveva trovato spazio anche nella giurisprudenza della Cassazione (10) —, secondo cui la proclamazione per decreto reale dello stato di assedio era *legittima in sé*, anche prima della conferma legislativa, in base ad un non meglio definito « diritto di necessità » (11).

Qui la portata pratica del ragionamento di Cammeo sui principii costituzionali diviene assolutamente evidente. Ed infatti, il nostro giurista, leggendo gli artt. 6, 70 e 71 dello Statuto quali puntuali riflessi normativi dei rispettivi principii di stretta tassatività dei poteri normativi del governo, della riserva di legge in materia di attribuzione di competenze di carattere giurisdizionale, e del giudice naturale, riesce ad individuare i contorni ed i contenuti di un vero e proprio *diritto positivo costituzionale*, che a suo giudizio sarebbe contenuto nello Statuto, e che può e deve essere opposto a decreti come quelli del maggio 1898. Con questo effetto pratico, al quale finalmente perveniamo: sulla base di questo diritto positivo costituzionale, i giudici possono e devono secondo Cammeo — contro la prevalente dottrina e giurisprudenza del suo tempo (12) — disappli-

---

(10) F. Cammeo, *Lo stato d'assedio*, cit., p. 372.

(11) *Ibid.*, p. 373: « La verità è che la necessità non è fonte di diritto ». La problematica del 'diritto di necessità' richiama ovviamente l'opera di Santi Romano: sul punto si veda M. Fioravanti, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 10 (1981), pp. 170 e ss., spec. pp. 207 e ss. per il 'diritto di necessità'. Sotto il profilo specifico indicato nel testo, bisogna però riferirsi soprattutto a S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, (1909), in Id., *Scritti minori*, a cura di G. Zanobini, vol. I, *Diritto costituzionale*, Milano, 1950, pp. 287 e ss.: è qui che Romano sostiene, sulla base della necessità, la piena legittimità autonoma dei decreti-legge, che sono sempre e comunque da applicare da parte dei giudici, in quanto espressione di una potestà normativa del governo direttamente fondata sul supremo diritto di necessità: come subito vedremo, è qui il punto di conflitto con Cammeo, ed anche con Orlando, per il quale vedi *supra*, nota 7.

(12) F. Cammeo, *Lo stato d'assedio*, cit., pp. 372 e ss. Le tesi in proposito sono riassunte con esemplare chiarezza da V.E. Orlando, *Teorica della legislazione e del governo*, a.a. 1911 —1912, Roma, 1912, pp. 429 e ss. È significativo il fatto che Orlando,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

care le norme in contrasto contenute nei decreti, ovviamente prima che questi divengano legge.

Ma allora, così stando le cose, diviene evidente lo scarto tra una concezione statualistica che ritiene assolutamente insindacabili da parte del giudice *gli atti normativi dello Stato sovrano* — non solo la legge, ciò che anche Cammeo per forza ammette in un regime a costituzione flessibile, ma anche gli atti normativi del governo fondati sulla 'necessità' —, ed una concezione più rigorosamente liberale come quella di Cammeo, che oppone la 'costituzione', ovvero lo Statuto quale 'contenitore' dei principii fondamentali dello Stato costituzionale, ai provvedimenti normativi del governo che quella 'costituzione' abbiano violato, e che in questa opera di riconduzione a quei principii fondamentali impegna in prima persona i giudici, evidentemente per lui non più solo passivi strumenti di applicazione del diritto positivo statale.

Le convinzioni maturate nel fuoco della battaglia politica di fine secolo sono confermate nel saggio pubblicato sul *Trattato* orlandiano (13), e si traducono anzi in un più meditato discorso sulle fonti di diritto, ed in particolare sui limiti da fissare alla potestà regolamentare della pubblica amministrazione ampiamente intesa, ben al di là del caso dello stato di assedio e della decretazione d'urgenza. Ed è importante subito notare come anche in questa occasione Cammeo pervenga alla individuazione di quei limiti solo dopo aver precisato, come già nello scritto sullo stato d'assedio, i suoi 'presupposti

---

seppure con alcune diversità, finisca per concordare con Cammeo sul potere dei giudici di disapplicare i decreti-legge ritenuti in contrasto con fonti di diritto sovraordinate (per Orlando solo con la legge ordinaria, per Cammeo — come abbiamo visto — anche con alcune norme dello Statuto in quanto contenenti i principii fondamentali dello Stato costituzionale). Tra le tesi appartenenti al campo opposto, la più radicale è, come al solito, quella di O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, cit., p. 255, e pp. 1141 e ss., per il quale lo Stato ha « un vero diritto subbiettivo di necessità », come tale immediatamente « obbligatorio per l'autorità giudiziaria » (pp. 1204 e ss.). Secondo Orlando (*op. cit.*, pp. 438 e ss.), l'opinione di Romano, per quanto affine a quella di Ranelletti (vedi *supra*, nota precedente), sarebbe più moderata, perché più ferma nel sostenere la necessità di una successiva legge di conversione: è evidente, per altro, che solo nella prospettiva di Cammeo, e parzialmente anche in quella di Orlando, tale legge assume il carattere di una vera e propria sanatoria di una precedente irregolarità.

(13) F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà*, cit., pp. 192 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costituzionali', solo dopo aver esplicitato le sue convinzioni più basilari in materia costituzionale.

Ciò che caratterizza e rende originale la trattazione di Cammeo rispetto alla prevalente dottrina del suo tempo è il fatto che il nostro giurista non si contenta affatto di rimanere nell'orbita dello 'Stato giuridico', inteso come quello Stato che garantisce la più ampia difesa dei cittadini contro l'atto della pubblica amministrazione; prima ed al di là dello 'Stato giuridico' vi è lo 'Stato libero', o 'Stato costituzionale', inteso come *genus* cui appartengono, oltre la monarchia italiana, anche le monarchie belga e inglese, come pure la repubblica nordamericana, e da cui son invece escluse le forme di Stato, come quella tedesca, fondate sul principio monarchico (14). Lo scarto tra lo 'Stato giuridico' e lo 'Stato costituzionale' è prima di tutto di carattere storico: mentre il primo si fonda sull'esperienza storica dello Stato assoluto e della sua amministrazione quale prima forma di 'Stato moderno' in lotta con i particolarismi di ceto, cui solo in seguito si sarebbero aggiunte garanzie di ordine politico-rappresentativo e giurisdizionale (15), il secondo, ovvero lo 'Stato costituzionale' di Cammeo, si fonda su una più risalente tradizione storica di potere limitato in funzione di garanzia, che ha il suo referente principale nella secolare esperienza britannica di *common*

---

(14) *Ibid.*, pp. 3 e ss.

(15) Alludiamo qui soprattutto a O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, *Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912, pp. 279-280: « Uno Stato può esistere senza legislazione, e vi sono state, infatti, lunghe epoche nella storia, in cui tutto il diritto era dato dalla consuetudine...; uno Stato si può immaginare senza giurisdizione, ma non può esistere e non si può immaginare senza amministrazione: esso sarebbe anarchia. Anche storicamente l'amministrazione è stata la funzione prima nella vita dello Stato, a cui solo più tardi si sono aggiunte, o da cui si sono distaccate, la legislazione e la giurisdizione ». Che questa amministrazione sia quella dello Stato assoluto, intesa come progenitrice dello Stato amministrativo dell'età post-rivoluzionaria, è confermato in molti altri luoghi della opera di Ranelletti: vedi per tutti O. RANELLETTI, *I sindacati e lo Stato*, (1920), in ID., *Scritti giuridici scelti*, vol. I, cit., p. 269: « Lo Stato moderno libero ha mantenuto questa costituzione unitaria dello Stato assoluto »; ed ID., *La rappresentanza nel nuovo ordinamento politico e amministrativo italiano*, (1929), in ID., *Scritti giuridici scelti*, vol. I, cit., p. 427: « Considerando a fondo la struttura dello Stato moderno libero, noi vi vediamo fondamentalmente quella dello Stato assoluto ». È evidente che per Ranelletti 'costituzione' e 'struttura' di fondo sono dati proprio dal fattore decisivo della amministrazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

law quale sicuro limite al potere di ordinanza del re (16). Certo, lo scopo di Cammeo non è affatto quello di contrapporre meccanicamente le presunte 'virtù' della costituzione britannica agli ordinamenti a diritto amministrativo dell'Europa continentale (17); e tuttavia non v'è dubbio che con lo stesso Cammeo viene messa in discussione l'equazione — così consueta e pacifica nella giuspubblicistica tra Otto e Novecento — tra storia costituzionale e storia dello 'Stato moderno' inteso come soggetto sovrano portatore della 'modernità' sul piano politico-istituzionale, e torna ad essere parte integrante della prima *la storia del costituzionalismo*, delle tecniche di protezione e di garanzia dei diritti.

Diviene così possibile sostenere la necessità per il giurista di tener conto, oltre che del diritto positivo vigente, anche delle « teorie fondamentali di diritto pubblico » costruite a partire dalle « tendenze innegabilmente liberali dello Stato italiano » (18); e diviene possibile — ancora contro la prevalente dottrina del tempo (19) —, valorizzando « l'elemento storico », richiamare il valore costituzionale dei plebisciti e della volontà popolare nella fondazione dello Stato unitario italiano, per concludere che « lo Stato italiano è uno di quelli in cui è proclamato il principio della sovranità popolare come il Belgio, piuttosto che un paese in cui la costituzione è un semplice limite negativo alla originaria sovranità del monarca » (20).

---

(16) F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà*, cit., pp. 113 e ss.: « Col *bill* sull'*habeas corpus* del 1679 e col *bill* dei diritti del 1688 tutte quelle prerogative esorbitanti furono abolite: il divieto di sospendere, abrogare, dispensare dalle leggi con ordinanze regie rinnovato e rafforzato » (p. 117). È ben visibile il legame di queste notazioni storiche con l'interpretazione dell'articolo sesto dello Statuto dello stesso Cammeo: vedi *supra*, nota 7. In senso analogo, vedi anche F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, *Ricorsi amministrativi. Giurisdizione ordinaria*, Milano, s.d., pp. 33 e ss.

(17) F. CAMMEO, *Il diritto amministrativo degli Stati Uniti d'America*, cit., 81 e ss., dove la comparazione tra il modello 'anglo-americano' e quello 'europeo-continentale' è all'insegna dell'equilibrio, della prudente segnalazione dei rispettivi pregi e difetti.

(18) F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà*, cit., p. 6.

(19) Sul punto, con riferimento in particolare alla ben diversa opinione di Santi Romano, si veda M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione*, cit., pp. 7 e ss.

(20) F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà*, cit., p. 141 e ss. È chiaro che, muovendo da simili presupposti costituzionali, non si poteva certo concordare con

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma ciò che più importa è che tutto questo è direttamente funzionale, nel contesto complessivo delle argomentazioni di Cammeo, a risolvere in un certo modo il problema dei limiti della potestà regolamentare. Quest'ultima anche per Cammeo non può certo essere ridotta alla mera esecuzione della legge: « uno Stato non è concepibile senza governo, e governo è per la sua essenza potestà di agire, non certo arbitrariamente, ma liberamente » (21); ed anzi una certa estensione di quella potestà deve essere salutata con favore, perché il regolamento genera « diritto obbiettivo », vincola l'esecutivo, procura « i vantaggi dell'ordine, dell'eguaglianza, della capacità a generare diritti subbiettivi » (22). C'è tuttavia un limite oltre il quale la normazione di tipo regolamentare non può estendersi, e questo limite è da Cammeo individuato — come nel caso dello stato d'assedio — proprio nella 'costituzione', nei principii inviolabili dello 'Stato costituzionale'.

Da qui bisogna ripartire per comprendere la dottrina di Cammeo, e soprattutto lo scarto tra 'Stato giuridico' e 'Stato costituzionale' cui anche sopra si è fatto riferimento. Mentre il primo impone all'amministrazione esclusivamente l'osservanza della legge, e quando questa manca fa rinascere quasi inevitabilmente forme più o meno marcate d'identificazione tra 'Stato' e 'amministrazione', il secondo pone alla stessa amministrazione, proprio quando manca la legge, l'ulteriore e decisivo limite della costituzione. Sono « i principii costituzionali, i principii fondamentali di diritto e d'equità del diritto nazionale » a non poter mai e comunque essere violati dal regolamento (23). Così, quel regolamento non potrà mai limitare i diritti di libertà in modo diverso e maggiore rispetto alla legge che li abbia per qualche aspetto già regolati, poiché uno dei principii fondamentali dello Stato costituzionale vuole — come già sappiamo

---

quanto Ranelletti proponeva alla fine del secolo circa l'opportunità, o la necessità, di « tornare alla lettera dello Statuto »: vedi O. RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile*, (1899), in ID., *Scritti giuridici scelti*, vol. I, cit., p. 205. Del resto, una voce diametralmente opposta a quella di Ranelletti era stata proprio quella del maestro di Cammeo: vedi L. MORTARA, *Statuto, Corona e Parlamento*, (1897), ora in ID., *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., pp. 145 e ss.

(21) F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà*, cit., p. 127.

(22) *Ibid.*, pp. 129-130.

(23) *Ibid.*, p. 149.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— che laddove la legge non si sia espressa si debba presumere la libertà dei cittadini, e non il potere di normazione dell'esecutivo; non potrà trattare in modo differenziato i cittadini, se non violando il principio di uguaglianza contenuto nell'art. 24 dello Statuto; non potrà operare retroattivamente, se non violando il principio fondamentale dell'ordinamento contenuto nell'articolo secondo delle disposizioni preliminari al codice civile; non potrà imporre pene, o tributi o oneri finanziari, a meno di una delegazione speciale ed espressa, perché violerebbe i principii rispettivamente contenuti negli artt. 26 e 30 dello Statuto (24).

Non importa ora sondare fino in fondo l'operatività concreta di una costruzione dottrinale di questo genere; ciò che importa è che un'altra crepa si è evidentemente aperta nell'edificio dello 'Stato giuridico' d'impronta tedesca: per Cammeo al di là della legge non vi è un 'vuoto' in cui opera il libero potere dell'amministrazione di produrre normazione vincolante — in questo senso, essa amministrazione, non meno 'Stato' ed 'autorità' del legislatore —, ma un'altra norma giuridica, che è la costituzione, ovvero quella somma di principii fondamentali che caratterizzano lo 'Stato costituzionale' come regime politico. Quando la legge tace, ciò che riemerge come *prius* dell'esperienza pubblicistica non è lo 'Stato' come soggetto sovrano in forma di amministrazione, ma la 'costituzione' come complesso di principii posti a tutela ed a garanzia delle libertà (25).

---

(24) *Ibid.*, pp. 149 e ss. Le tesi qui esposte sono riprese quasi letteralmente in F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., pp. 228 e ss.

(25) Sul punto, è necessario per lo meno accennare — ma la questione meriterebbe ben altro approfondimento — a D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Roma-Milano-Napoli, 1909, ed alla sua celebre « norma generale esclusiva » quale norma che regola tutti i casi non esplicitamente previsti dalla legge imponendo per essi ad ognuno di non limitare la libertà degli altri (pp. 35 e ss.): che questa norma valga anche per la pubblica amministrazione, vietandole d'imporre restrizioni ulteriori e diverse rispetto a quelle esplicitamente previste per legge, e negando quindi che nel 'vuoto' giuridico essa si possa affermare come sovrano potere originario (pp. 137 e ss., dove significativamente Donati cita Cammeo), è circostanza che fino ad ora è stata scarsamente messa in luce. Né può essere sotto questo profilo considerato irrilevante il fatto che uno dei maggiori sostenitori dello Stato amministrativo si sia preoccupato di confutare le tesi di Donati: S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Seconda edizione, Firenze, 1946, pp. 205 e ss. Ricostruiscono il dibattito, ma da punti di vista diversi dal nostro, R. GUASTINI,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non a caso, quando Cammeo giungerà alla stesura del suo *Corso*, non solo verranno riprese le tesi qui esposte, ma si confuterà ancora più esplicitamente l'opposta tesi per cui « lo Stato ha la pienezza dei poteri limitatori della libertà, laddove dalla legge non è limitato »; e la confutazione avverrà ancora una volta su base storica: « le costituzioni dell'epoca moderna sono partite, anche se a torto poco importa, dalle teorie del diritto naturale, per le quali la libertà individuale era considerata come anteriore allo Stato e dallo Stato con legge soltanto limitata e limitabile » (26).

Dunque, alla fine, contro tutta la cultura politica e giuridica del suo tempo, riappare con forza nell'opera di Cammeo *la matrice liberale giusnaturalistica*, quella di Locke e della *Glorious Revolution*, quella dei primi articoli della Dichiarazione dei diritti dell'89; riappare con forza la convinzione della necessaria priorità della società civile degli individui sullo Stato, sull'autorità politica. Il tramite tra questa generalissima matrice storico-culturale e le concrete costruzioni dogmatiche di Cammeo — come già abbiamo visto a proposito dei limiti della decretazione d'urgenza e della stessa potestà regolamentare ampiamente intesa — è dato dalla dimensione dei 'principii costituzionali', o anche dei 'principii di equità'.

È il richiamo ai « principii fondamentali di libertà » a fondare nel 1897 il dissenso di Cammeo nei confronti di una decisione della quarta Sezione del Consiglio di Stato che aveva respinto il ricorso di un maestro elementare licenziato dal Comune perché appartenente ad un circolo socialista ed apertamente professante idee di stampo socialista (27). Cammeo dissente soprattutto perché la norma su cui il provvedimento, e poi la decisione del Consiglio di Stato, si erano fondati — ovvero l'art. 106 comma *b*) della legge 13 novembre 1859

Completezza e analogia. Studio sulla teoria generale del diritto italiano del primo Novecento, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VI (1976), pp. 511 e ss.; P. Costa, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in *Quaderni Fiorentini per la storia della cultura giuridica moderna*, 20 (1991), pp. 367 e ss., pp. 416 e ss. per l'argomento che qui interessa; e N. Irti, *Società civile. Elementi per un'analisi di diritto privato*, Milano, 1992, pp. 107 e ss.

(26) F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, cit., pp. 324-325. Vedi anche Id., *Commentario*, cit., p. 56, dove Cammeo parla della « falsa, esagerata e pur nei suoi effetti benefica teoria del diritto naturale ».

(27) In *Giurisprudenza italiana*, XLIX (1897), III, 90 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— richiamava espressamente la necessità che le idee ritenute di carattere eversivo fossero espresse con l'insegnamento, e non in qualità di privato cittadino, com'era nel caso in questione. L'interpretazione estensiva di una norma di legge che limita l'esercizio delle libertà fondamentali non è mai consentita all'autorità amministrativa, secondo Cammeo. Quella autorità deve attenersi in simili casi alla stretta lettera della legge: far cadere questo principio significherebbe ammettere che l'autorità amministrativa possa limitare le libertà degli individui in casi ulteriori e diversi rispetto a quelli previsti dalla legge, violando così quel generalissimo principio proprio dello 'Stato costituzionale' che già più volte abbiamo incontrato, e che vuole che nel silenzio della legge si presuma la libertà degli individui, e non il potere dell'autorità pubblica di disporre in senso ulteriormente limitativo (28).

Analogo ragionamento sta alla base del dissenso dello stesso Cammeo nei confronti di quel parere del Consiglio di Stato, ad esso richiesto dal Ministero della Pubblica Istruzione, che ammetteva la possibilità di alcune discriminazioni sulla base del sesso nell'ammissione al ruolo d'insegnante nelle scuole medie (29). La materia della ammissibilità delle donne ai pubblici uffici era regolata dalla legge 17 luglio 1919, n. 1176, che all'art. 7 aveva individuato gli ambiti, di carattere giurisdizionale, politico e militare, in cui l'esclusione delle donne era da mantenersi; e che aveva rinviato ad apposito regolamento di esecuzione — poi divenuto il regolamento 4 gennaio 1920 n. 39 — la definitiva specificazione dei casi in cui quella esclusione si realizzava.

Ebbene, ciò che Cammeo non ammetteva era una certa argomentazione presente nel parere del Consiglio di Stato che sulla base di non meglio precisate 'esigenze di servizio' lasciava di fatto in mano alle singole amministrazioni il potere di discriminare l'accesso

---

(28) Con riferimento al caso in questione: se la legge aveva esplicitamente sanzionato la manifestazione di idee ritenute di carattere eversivo con l'insegnamento, *si doveva presumere* la libertà assoluta di professare quelle medesime idee fuori dall'insegnamento, in qualità di privato cittadino: argomento che stava per l'appunto alla base del ricorso del maestro elementare licenziato, secondo Cammeo ingiustamente respinto dal Consiglio di Stato.

(29) F. Cammeo, *Le donne e gli impieghi pubblici*, in *Giurisprudenza italiana*, LXXIII (1921), III, 77 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in base al sesso. Come già nel caso sopra esaminato del licenziamento del maestro elementare, Cammeo sosteneva l'assoluta tassatività degli impedimenti e dei limiti fissati nel regolamento del 1920 sopra nominato: laddove quel regolamento non aveva disposto, *si doveva presumere* il principio generale, fissato nella legge del 1919, della uguaglianza tra i sessi nell'accesso ai pubblici uffici, e non il potere discrezionale dell'amministrazione di valutare caso per caso la compatibilità della presenza delle donne con le esigenze di servizio.

Come vediamo, lo 'Stato costituzionale' di Cammeo non è mera declamazione politica di stampo liberale, ed opera invece concretamente, imponendo interpretazioni restrittive e letterali di tutte quelle norme che disciplinano l'esercizio delle libertà fondamentali, e fissando quindi limiti precisi alla pubblica amministrazione in quanto operi nel campo delicatissimo dei diritti di libertà dei cittadini.

Lo stesso atteggiamento di fondo è assunto dal nostro giurista sul problema delicatissimo degli 'atti politici', ovvero di quegli atti del governo che erano da ritenersi esclusi dal sindacato del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 24 della legge sul Consiglio di Stato (30). Commentando in senso adesivo una decisione della quarta Sezione del Consiglio di Stato del 10 novembre 1893, che aveva giudicato ricevibile il ricorso di un comune da cui un decreto reale promosso dal Ministro dell'interno aveva staccato una frazione, ed aveva negato quindi a quel decreto il carattere di atto politico, come tale non sindacabile da parte dello stesso Consiglio di Stato, Cam-

(30) Il dibattito sull'art. 24 e sulla categoria degli atti politici è stato intenso e complesso, e non può essere qui riassunto. Per un'opinione vicina a quella di Cammeo, e comunque animata dalle stesse preoccupazioni per un'eccessiva dilatazione degli atti politici, con una conseguente massiccia elusione del sindacato giurisdizionale, si veda V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, cit., pp. 633 e ss., pp. 902 e ss. sugli atti politici o di governo. Diversa sul punto, ancora una volta, l'opinione di Ranelletti: O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 341. Per una più ampia trattazione del problema, e per la letteratura sul punto, si rinvia a M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano, 1990, pp. 45 e ss., pp. 128 e ss. per il problema che qui interessa.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

meo manifesta le sue preoccupazioni per la possibile estensione di quella categoria di atti, che dovrebbe rimanere limitata ai soli atti in cui veramente sia in gioco l'assetto fondamentale dello Stato, o la sua sicurezza interna o esterna (31). Se nei casi precedenti il timore era quello di un esecutivo che pretendeva di disciplinare i diritti e le libertà dei cittadini al di là dei casi espressamente previsti dalla legge, qui il timore è quello di un esecutivo che sotto pretesto di 'politicità' dei suoi atti trovi il modo e la via per eludere il sindacato giurisdizionale.

Ma ancora più significativo è il fatto che Cammeo molti anni dopo, in uno dei suoi ultimi scritti, trovi il modo di ritornare sulla questione degli atti politici, mostrando come il suo 'Stato costituzionale' sia stato operante, non solo contro le tentazioni autoritarie di fine secolo, ma anche contro il fascismo imperante, entro una linea di continuità ben precisa (32).

L'occasione è data ancora una volta da una decisione della quarta Sezione del Consiglio di Stato, del 27 luglio 1937, che aveva dichiarato illegittimo quel provvedimento del ministero delle corporazioni che, su ricorso del comitato provinciale intersindacale — organismo di stampo corporativo —, aveva ordinato ad un imprenditore privato la riassunzione in servizio di un dipendente licenziato che ricopriva la carica di dirigente sindacale.

Nella complicata vicenda ciò che a noi interessa è il fatto che la difesa dello Stato di fronte al Consiglio avesse eccepito la sua incompetenza e la non impugnabilità del provvedimento in questione per avere esso carattere di atto politico. Ebbene, il fatto che il Consiglio di Stato avesse respinto la eccezione della difesa dello Stato è salutato con estremo favore da Cammeo. Per il nostro giurista si poteva infatti anche ammettere — e del resto questo era il diritto positivo del momento — che il licenziamento di un dipendente dirigente sindacale fosse sottoposto alla approvazione di un organismo di partito quale era in sostanza il comitato provinciale intersindacale; ma che dalla mancata approvazione di tale organismo, e dal successivo provvedimento del ministero delle corpora-

(31) In *Giurisprudenza italiana*, XLVI (1894), III, 71 e ss.

(32) F. CAMMEO, *Il licenziamento dei dipendenti privati coprenti cariche sindacali*, in *Giurisprudenza italiana*, XC (1938), III, 2 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zioni — come nel caso in questione —, derivasse un 'atto politico', era cosa in sé inammissibile, poiché lasciava l'imprenditore privato sprovvisto di qualsiasi tutela, costretto a subire la collaborazione del dipendente senza alcun diritto di replica.

È qui, in questo caso, assolutamente trasparente la funzione liberale svolta dal Consiglio di Stato e dalla dottrina di Cammeo che sorreggeva la decisione di quel Consiglio (33). L'uno e l'altra non potevano certo negare il diritto positivo del momento, ma lavoravano con assoluta consapevolezza per circoscrivere la portata di quelle norme che attribuivano rilevanza giuridica a decisioni di stampo squisitamente politico — fino alla conseguenza estrema, qui esaminata, di sottrarre quelle decisioni, sotto pretesto della loro appartenenza alla categoria degli 'atti politici', a qualsiasi sindacato giurisdizionale —; ed infatti Cammeo non nega una certa acquisita rilevanza giuridica delle norme vigenti in ambito sindacal-corporativo, ma lavora per arginare quella rilevanza, perché si possa in sede giurisdizionale contemperare le esigenze sottostanti a quelle norme con i principii più tradizionalmente incardinati nell'ordinamento giuridico italiano, come il principio della libertà d'impresa, che nel caso in questione viene alla luce come diritto — a chiare lettere ribadito dal Consiglio di Stato e dallo stesso Cammeo — del datore di lavoro di scegliere liberamente i propri dipendenti e collaboratori.

Si può ora concludere su questa prima parte del nostro lavoro. Il filo conduttore seguito da Cammeo a partire dalle agitate vicende di fine secolo, e fino nel cuore degli anni Trenta, è ben chiaro: *opporre alle possibili esorbitanze del potere esecutivo i principii fondamentali dello Stato costituzionale*. Questi principii possono essere quelli contenuti nello Statuto in materia di libertà fondamentali, o possono essere quelli — come nel caso da ultimo esaminato — impliciti in una 'costituzione economica' liberale che come tale rifiuta un'ingerenza oltre misura delle ragioni della politica; e le

(33) Sulla funzione latamente liberale svolta, sul punto in questione e su altri punti, della giurisprudenza amministrativa degli anni Trenta, si veda M. D'Alberti, *La giurisprudenza amministrativa negli anni Trenta*, in *Il diritto amministrativo negli anni Trenta*, estr. dalla rivista *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 1992, pp. 37 e ss., spec. pp. 41 e ss.; ed anche Id., *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, pp. 136 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'esorbitanze' in questione possono essere quelle di chi considerava in sé legittimi i decreti sullo stato d'assedio nel 1898, o di chi intendeva consentire all'esecutivo la disciplina dei diritti e delle libertà oltre i casi ed i modi già previsti per legge, o di chi operava per un'estensione a dismisura della categoria degli atti politici, eludendo così il sindacato del giudice amministrativo: ma quel che è certo è che l'impianto di fondo è sempre il medesimo, *quello della opposizione della costituzione liberale agli arbitrii dell'esecutivo*.

E tuttavia, noi restituiremmo oggi un'immagine deformata dell'opera di Cammeo se ci fermassimo a questo punto. Infatti, il nostro giurista — come subito vedremo — non lavorerà solo per difendere le ragioni degli individui e dei loro diritti dalle esorbitanti ingerenze del potere politico, ma anche per costruire una forte dimensione del 'pubblico', e della sua amministrazione, nei confronti ed in rapporto alla sfera degli interessi economici privati. È questa la seconda faccia dell'opera di Cammeo, parimenti determinante per la configurazione del 'modello costituzionale' del nostro giurista.

3. *Funzione amministrativa pubblica, diritto privato e principii costituzionali.*

Nel 1896 Cammeo recensiva un'opera di Vittorio Brondi che nel panorama complessivo della giuspubblicistica del tempo si segnalava per la particolare intensità con cui aveva sostenuto un'ampia applicazione degli istituti del diritto privato alla attività della pubblica amministrazione (34).

Il dissenso di Cammeo verso l'esagerato « individualismo » di Brondi è cortese, ma piuttosto fermo e deciso. Per Cammeo sono in particolare inammissibili le conclusioni di Brondi: che si debbano presumere di diritto privato tutti quegli atti dell'amministrazione che hanno un riscontro in analoghi atti tipici del diritto privato. Ciò che equivale a sostenere che quando, per esempio, la pubblica amministrazione instaura con i privati rapporti di carattere convenzionale non esplicitamente fondati sull'*imperium* della parte pub-

(34) F. CAMMEO, *Recensione* di V. BRONDI, *Le pubbliche amministrazioni e la gestione di affari*, Torino, 1895, in *Giurisprudenza italiana*, XLVIII (1896), IV, 37 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blica, per ciò stesso a quei rapporti si debba integralmente applicare la normativa di carattere privatistico.

È questo che Cammeo nega in nome di un permanente primato dell'interesse pubblico e delle finalità pubbliche anche al di là della tradizionale sfera dell'*imperium*: per perseguire l'uno e le altre la pubblica amministrazione può usare anche strumenti di carattere privatistico, ma questi devono essere ricondotti a quell'interesse ed a quelle finalità, e dunque ben raramente potranno essere identici a ciò che sarebbero se fossero usati nell'ambito prettamente privatistico dello scambio, della concorrenza e del commercio.

Ma la posizione qui assunta da Cammeo diviene ancora più chiara se teniamo conto di quanto il nostro giurista afferma in una delle sue proposizioni conclusive: « Né politicamente può approvarsi che in questi tempi in cui gli straripamenti degli organi esecutivi sopra quelli deliberativi sono così frequentemente da deplorarsi, sorga una teoria la quale giustifichi e dia ai violatori della legge il mezzo di sottrarsi, colla scusa dell'equità, alle conseguenze del loro illegale operato » (35). È questo un punto di capitale importanza per comprendere l'intera opera di Cammeo. Per il nostro giurista dottrine come quelle di Brondi, identificando arbitrariamente l'equità — che per Cammeo significava ben altra cosa, come vedremo in seguito — con la sottoposizione della pubblica amministrazione alle stesse regole dei privati, potevano sortire il concreto effetto di sottrarre sempre più la stessa amministrazione al rispetto della legge — con « la scusa dell'equità », come Cammeo diceva —, in modo anzi più insidioso rispetto ai casi esaminati nel precedente paragrafo, dove l'interesse politico in gioco — pensiamo allo stato d'assedio o alla problematica degli atti politici — era fin troppo scoperto. Una volta che dottrine come quelle di Brondi fossero divenute cultura e consapevolezza comune, nella scienza giuridica come nella giurisprudenza e nella stessa amministrazione, che cosa si sarebbe più potuto dire di un'amministrazione che al di là della legge usasse in modo assolutamente disinvolto gli strumenti del diritto privato? Come si sarebbe potuto controllare la congruenza di questi strumenti con il perseguimento delle finalità d'interesse pub-

(35) *Ibid.*, 40.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blico? Che cosa sarebbe rimasto di queste ultime a fronte di una 'giustizia', o di una 'equità', che si potesse presumere in sé realizzata, per il fatto stesso di sottoporre la pubblica amministrazione alle stesse regole dei privati?

Queste erano le domande che Cammeo si poneva alla fine del secolo scorso, e non certo per motivi di ordine puramente teorico. Com'è noto, la questione pratica sottostante alle riflessioni del 1896 sul rapporto tra pubblico e privato era data dalla controversia sulla natura giuridica delle concessioni comunali in particolare per l'illuminazione, di cui Cammeo si era già occupato due anni prima, e della quale tornerà ad occuparsi in modo più o meno diretto a più riprese negli anni successivi (36). La vicenda è nota ed è già stata analizzata (37). Del complesso spettro di problematiche che essa richiama a noi preme cogliere un solo aspetto, che è quello del ruolo che il pubblico assume nella costruzione di Cammeo, e che a nostro avviso — come vedremo — è direttamente costitutivo dei caratteri fondamentali del più volte nominato 'Stato costituzionale'.

Cammeo combatte a questo proposito una battaglia che è esplicitamente diretta contro una certa giurisprudenza orientata in senso privatistico, ed insieme contro i corposi interessi delle società private concessionarie, che da quella giurisprudenza erano difesi (38). Il ragionamento di Cammeo è semplice e lineare: nelle

---

(36) In *Giurisprudenza italiana*, XLVI (1894), 1, II, 504 e ss.; ID., *I monopoli comunali*, in *Archivio giuridico*, LIV (1895), 296-314, LV (1895), 94-115, 304-327, 562-591, LVI (1896), 71-100, 362-387, 521-546; ID., *L'illuminazione a gas e a luce elettrica. Studio economico-giuridico*, estr. dalla *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. VIII, p. 1ª, Milano, 1897; ID., *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (contratti di diritto pubblico)*, Prolusione ad un corso libero di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione nella R. Università di Pisa a.a. 1899-1900, estr. dalla *Giurisprudenza italiana*, LII (1900), IV, 1, Torino, 1900; ID., *Demanio*, in *Digesto italiano*, IX, p. 1ª (1897-98), 840 e ss., spec. 909 e ss.; ID., *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, in *Giurisprudenza italiana*, LV (1903), 1, I, 471 e ss.; e per un profilo specifico, ma di notevole interesse, ID., *La competenza giudiziaria su rapporti fra concessionari di pubblici servizi e loro impiegati*, in *Giurisprudenza italiana*, LXI (1909), III, 448 e ss.

(37) Ci riferiamo a M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, spec. pp. 89 e ss.

(38) Cammeo non fece mai mistero della sua preferenza per la gestione diretta dei servizi d'interesse pubblico da parte dei Comuni. Anzi, per dimostrare la convenienza sotto tutti gli aspetti di una tale scelta, si pose più volte esplicitamente sul terreno del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

numerose concessioni per l'illuminazione poste in essere a partire dal 1830 l'unico monopolio, o privilegio esclusivo, esplicitamente concesso è quello per la posa dei condotti per il gas nelle strade comunali; tutto il resto, ovvero la trasformazione di quelle concessioni in veri e propri 'contratti' in cui all'obbligo del concessionario di organizzare l'intero servizio corrispondeva una sorta d'interdizione assoluta all'amministrazione di ricorrere in ogni caso ad altri, era in realtà frutto di una giurisprudenza — contro la quale per l'appunto si dirigevano gli strali di Cammeo — che aveva interpretato in quella certa direzione *tutte* le clausole della concessione — sulla base dell'art. 1136 del codice civile che com'è noto in materia d'interpretazione di contratti prescriveva che a ciascuna clausola si dovesse attribuire il significato che ad essa derivava dal significato dell'atto intero —, finendo per estendere il monopolio delle società concessionarie ben al di là delle intenzioni di coloro che quelle concessioni avevano posto in essere.

Ora, tra le clausole rilette dalla giurisprudenza in senso unilateralmente favorevole ai concessionari vi era quella del miglioramento del servizio, che era anche quella più gravida di conseguenze pratiche: l'obbligo del concessionario di migliorare il servizio era letto a senso unico come suo diritto esclusivo di procedere in questo senso, cosicché i Comuni che avessero avviato accordi e assunto impegni con altre società — in particolare con quelle che già avevano intrapreso l'importante trasformazione dal gas, cui erano legati i più antichi concessionari, alla energia elettrica — erano inesorabilmente condannati in sede giudiziaria per aver violato gli obblighi derivanti dalle vecchie concessioni, e condannati a pagare onerosissime indennità (39).

---

calcolo prettamente economico dei costi e dei benefici, comparando sotto questo profilo la situazione italiana e quella dei principali paesi europei: vedi F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, cit., LIV, 298 e ss., LV, 94 e ss.; ed ID., *L'illuminazione a gas*, cit., 21 e ss. Bisogna anche aggiungere che in qualche passo Cammeo manifesta una vera e propria ostilità verso le società private concessionarie: l'obbiettivo è quello di evitare « il danno di lasciare le amministrazioni indissolubilmente legate a società che sfruttano autorità e cittadini senza freno e senza riguardo », che hanno accumulato ingenti profitti in regime di monopolio ed ora richiamano « l'equità »: F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, cit., LV, 590.

(39) Si veda soprattutto, anche per le considerazioni che seguono nel testo, il caso

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Contro questa giurisprudenza Cammeo rivolge due critiche a suo giudizio decisive. La prima prende le mosse ancora una volta dai « principii fondamentali »: il principio questa volta in gioco è quello della « libertà industriale », a giudizio del nostro giurista contenuto nell'art. 29 dello Statuto (40). In un ordinamento liberale come quello italiano fondato su questo principio i monopoli sono eccezioni, che debbono fondarsi su una esplicita autorizzazione legislativa: mancando questa, i Comuni, come semplice autorità amministrativa, non possono con proprio atto infrangere il principio costituzionale erigendo una situazione di monopolio a favore di una società privata; né la giurisprudenza può interpretare estensivamente — come in effetti aveva fatto — ciò che invece, essendo eccezione, per sua natura dovrebbe essere interpretato restrittivamente.

Ma è il secondo argomento di Cammeo quello che qui più interessa. Il fatto che secondo la giurisprudenza i Comuni avessero trasferito ai privati concessionari ogni potere sulla gestione della illuminazione, comprese le decisioni fondamentali sul miglioramento del servizio, è cosa che addirittura palesemente ripugna a Cammeo. È qui che appare con forza *la dimensione costituzionale del servizio pubblico* come utilità di diretta rilevanza collettiva e pubblicistica, come tale nel suo nucleo fondamentale assolutamente non commerciabile. Una cosa è usare strumenti convenzionali e privatistici nella organizzazione di un servizio pubblico; altra cosa è fare di quel servizio *l'oggetto* di un contratto di diritto privato.

In altre parole, ciò che non si può ammettere è che le obbligazioni assunte dai Comuni verso le società private si siano spinte fino al punto di « trasferire in queste uno dei poteri più gelosi dell'am-

---

discusso alla Corte di Appello di Torino il 10 febbraio 1894 (in *Giurisprudenza italiana*, XLVI (1894), 1, II, cit. *supra*, nota 36); ed il caso discusso presso la Cassazione di Firenze il 22 dicembre 1902 (in *Giurisprudenza italiana*, LV (1903) 1, I, cit. *supra*, nota 36).

(40) Qui, per la verità, l'interpretazione di Cammeo è certamente forzata, dal momento che l'art. 29 conteneva il principio della inviolabilità della proprietà, e non quello della libertà d'industria, connessi ma non identici. Sul punto si vedano comunque le considerazioni di Cammeo in *Giurisprudenza italiana*, XLVI (1894), cit., 507; e F. CAMMEO, *L'illuminazione a gas*, cit., 51 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ministrazione, quello di provvedere all'utile pubblico » (41): che era appunto la situazione in cui si trovavano quei Comuni che non potevano secondo la giurisprudenza dominante provvedere al miglioramento del servizio acquisendo per nuove vie, e con nuove società, la nuova e ben più conveniente fonte di energia, quella elettrica.

E se anche si ammettesse per assurdo — osserva Cammeo — che le concessioni in questione siano veri e propri contratti, si dovrebbe comunque concludere, quanto meno per questo aspetto del miglioramento del servizio, per la loro nullità, per la buona ed ottima ragione che quei 'contratti' contengono « un impegno che eccede la capacità ad obbligarsi di un contraente » (42), che è proprio la pubblica amministrazione, che in quanto tale, in quanto 'pubblica', non può contrattualmente rinunciare al proprio potere, che è poi soprattutto un dovere, di provvedere alla pubblica utilità (43).

È questo punto che rivela a nostro avviso, a partire dal caso specifico delle concessioni comunali, la radice più profonda delle convinzioni del nostro giurista, rendendo il suo discorso del tutto originale nel quadro complessivo della dottrina amministrativistica italiana tra Otto e Novecento. Com'è noto, Cammeo non è certo solo a negare alle concessioni in questione la natura giuridica di contratti (44), e più in generale a sostenere l'inapplicabilità, o comunque la difficile adattabilità, delle categorie contrattuali al mondo delle pubbliche amministrazioni (45): sono note negli stessi anni le prese di posizione in proposito di Oreste Ranelletti e di Santi Romano (46).

---

(41) In *Giurisprudenza italiana*, LV (1903), cit., 476; sul punto vedi anche F. Cammeo, *Monopoli comunali*, cit., LV, 562 e ss.

(42) In *Giurisprudenza italiana*, XLVI (1894), cit., 508.

(43) In *Giurisprudenza italiana*, LV (1903), cit., 478.

(44) Per le affermazioni più recise di Cammeo in proposito, si veda F. Cammeo, *Demanio*, cit., 909 e ss.; e Id., *L'illuminazione a gas*, cit., 82 e ss.

(45) Il più noto saggio di sintesi di Cammeo sul punto è dato dalla prolusione pisana del 1899: F. Cammeo, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico*, cit., pp. 9 e ss.

(46) Un'analisi dei saggi di diritto amministrativo di Santi Romano tra Otto e Novecento si trova in M. Fioravanti, *Stato di diritto e Stato amministrativo*, cit., *supra*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma ben diverso è il significato di fondo della strategia di pubblicizzazione di un Ranelletti o di un Cammeo. Mentre per il primo — o anche per Santi Romano — un vero e proprio contratto nel campo del diritto pubblico era ben difficile soprattutto per la evidente disuguaglianza di peso e di valore tra le due ipotetiche parti del contratto medesimo, per il giuridico *Mehrwert* di cui comunque godeva l'amministrazione rispetto ai privati; per Cammeo, in un certo senso al contrario, quel contratto era ben difficile soprattutto perché l'amministrazione, a causa del suo dovere di provvedere alla pubblica utilità, era infinitamente *meno libera* dei privati di stipulare, e d'impegnarsi contrattualmente. Sono *i maggiori doveri*, ed *i maggiori vincoli*, della amministrazione a rendere difficile il contratto, e non *i suoi maggiori poteri*, il suo essere costituzionalmente espressione di sovranità politica. Il contratto nel campo del diritto pubblico non minaccia tanto le prerogative politiche dello Stato sovrano impersonato dalla pubblica amministrazione, quanto il dovere di quella amministrazione *di essere funzione autenticamente pubblica*, tesa a soddisfare bisogni di carattere collettivo (47).

Questa problematica delle concessioni e dei contratti porta dunque alla luce un vero e proprio secondo lato della dottrina

---

nota 2; per quanto riguarda Ranelletti si ricordi soprattutto la nota *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative* pubblicata in tre parti tra il 1894 ed il 1896, ed ora in O. RANELLETTI, *Scritti giuridici scelti*, vol. III, *Gli atti amministrativi*, cit., pp. 35 e ss. A Ranelletti verrà dedicato il n. 2/1994 della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, che raccoglierà gli atti di un interessante incontro organizzato a Camerino nell'ottobre del 1992 per cura di Erminio Ferrari e Bernardo Sordi.

(47) Questi 'bisogni', che sono poi quelli dei cittadini e degli utenti, appaiono a volte con forza nelle pagine tutt'altro che asettiche di Cammeo. Così il nostro giurista, commentando una sentenza del 1894 già più volte richiamata (vedi *supra*, nota 39), evoca gli « interessi dei consumatori », e più in genere la voce del « pubblico », che si era levata, insieme a quella della dottrina, contro la giurisprudenza in materia di concessioni che già conosciamo: in *Giurisprudenza italiana*, XLVI (1894), cit., 505 e 514. In altri casi Cammeo sostiene la legittimità di precisi interventi dei Comuni tesi a limitare il godimento e l'uso della proprietà privata, o il libero commercio, in quanto fondati sulla superiore necessità di tutelare la salute pubblica, o su quella, non meno rilevante, di calmierare i prezzi dei generi di prima necessità, « a tutto vantaggio delle classi meno abbienti »: F. CAMMEO, *Sulla estensione dei poteri del Comune nella imposizione del calmiere*, in *Giurisprudenza italiana*, LI (1899), III, 177 e ss.; ed in senso analogo ID., *Le limitazioni al godimento e all'uso della proprietà privata, per tutela dell'igiene o sicurezza pubblica*, in *Giurisprudenza italiana*, LV (1903), 1, I, 940 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'amministrazione di Federico Cammeo. La questione dei limiti e dei vincoli dell'attività amministrativa pubblica è ora da rileggere da un punto di vista completamente diverso, perché l'amministrazione non è qui più intesa tanto come componente essenziale dell'esecutivo, che in quanto tale pretende di detenere poteri normativi propri, quanto come funzione pubblica, che come tale opera al fine di erogare determinati servizi a favore della collettività. Allora, così stando le cose, i vincoli che limitano la discrezionalità dell'amministrazione non sono più solo *negativi* — la necessità di un'espressa autorizzazione legislativa in materia di diritti di libertà, ed in genere il rispetto dei principii fondamentali, di stampo liberale e garantistico, dello Stato costituzionale —, ma anche positivi, nel senso che non concretizzano più solo un obbligo di astensione, o un divieto d'ingerenza, ma anche *un dovere* di operare nell'osservanza di determinate regole e di determinati principii, perseguendo il fine della pubblica utilità.

Ma quali 'regole', e quali 'principii'? Quali norme potevano davvero disciplinare su questo piano il vasto campo della discrezionalità amministrativa? Oggi una risposta a queste domande, pur rimanendo assai problematica, è comunque agevolata dalla presenza di una Costituzione come quella del 1948, che certamente contiene in questo senso principii di grande rilievo, ad iniziare da quelli d'imparzialità e di buon andamento dell'art. 97, ma anche con riferimento a tutte quelle norme costituzionali che assegnano alla Repubblica compiti ben precisi, presupponendo così un'amministrazione concretamente operante secondo quel certo indirizzo costituzionalmente fissato, e che anzi — per tornare al nostro problema — proprio in quelle norme trova il fondamento primo dei propri doveri (48).

---

(48) Si veda, ad esempio, D. SORACE-C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, III, Torino, 1989, pp. 280 e ss., che ripropongono lo stesso problema di Cammeo — quello di una concessione che anche quando non è espressione autoritativa d'*imperium* rimane comunque nel campo del diritto pubblico amministrativo per il vincolo allo scopo pubblico da perseguire — nel mutato campo di esperienza dato dalla Costituzione repubblicana. Il filo di continuità tra Cammeo e questa dottrina contemporanea, dato dalla necessità di mantenere comunque ferma la distinzione tra l'agire pubblico-amministrativo e quello economico-commerciale, anche in tempi di sempre maggiore problematicità della dimensione dell'atto imperativo, è da

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma questo non era certo il campo di esperienza storica di Cammeo, che nella sua riflessione in materia non poteva certo beneficiare della presenza di una Costituzione come quella del 1948. Noi abbiamo per altro già visto, ad altro proposito, come Cammeo fosse riuscito a configurare una 'costituzione' liberale da opporre alle possibili esorbitanze del potere esecutivo; ma in quel caso l'operazione era ben possibile perché si trattava semplicemente — seppure contro, per la verità, la dottrina quasi unanime — di interpretare in un dato modo certe norme contenute nello Statuto, in materia di giudice naturale o di principio di uguaglianza, di riserva di legge in materia penale o d'imposizione di tributi, o di attribuzione di competenze di carattere giurisdizionale. Ma che nello Statuto, oltre ai principii classici di stampo schiettamente liberale propri del costituzionalismo moderno, potessero esservi anche norme di altro genere, tali da imporre vincoli all'amministrazione di carattere positivo, e non solo negativo, era cosa che evidentemente andava al di là di ogni possibile immaginazione, di ogni pur spiccata capacità costruttiva dei giuristi, e dunque anche del nostro Cammeo.

Ma allora, come fondare normativamente — per tornare al problema che tormentava Cammeo — il vincolo alla discrezionalità amministrativa in nome dello scopo pubblico? Quali erano le norme che l'amministrazione era in ogni caso tenuta ad osservare, così da rendere quella amministrazione comunque diversa dai privati, meno capace di essi di vincolarsi contrattualmente?

È qui che si fa spazio la grande problematica della *equità*. Essa trova una certa sistemazione nella celebre prolusione del 1923, ma si era fatta largo nell'opera di Cammeo gradualmente, nel corso degli anni precedenti (49). L'operazione condotta dal nostro giurista a

---

sottolineare con forza, e suggerisce il bisogno di una più ampia riflessione sui complessi rapporti intercorsi tra la tradizione giuspubblicistica italiana e la nostra odierna dottrina. Nella direzione qui indicata si veda anche D. SORACE, *Promemoria per una nuova 'voce' « Atto amministrativo »*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, 1988, pp. 747 e ss.

(49) F. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, discorso inaugurale del 3 novembre 1923, in *Annuario della R. Università di Bologna*, 1923-24, pp. 15 e ss. Al problema della equità erano già dedicate importanti pagine in ID., *Corso di diritto amministrativo*, cit., pp. 329 e ss. Significativo il fatto che anche in Germania si procedesse all'inizio del secolo ad elaborare la dottrina dell'equità, della cosiddetta

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo proposito è di notevole rilevanza: nella sua opera l'equità muta di significato rispetto ad una tradizione che la intendeva essenzialmente come complesso di principii da opporre alle pubbliche amministrazioni da parte dei privati — com'era il caso, già visto, delle società concessionarie nei confronti dei comuni: la « scusa dell'equità », come aveva detto lo stesso Cammeo —, e diviene complesso di regole che s'impongono alla stessa amministrazione in virtù del suo essere *funzione pubblica*, che rispetto ai privati medesimi ha vincoli e doveri maggiori, non certo esauribili nel rispetto formale delle leggi vigenti.

In altre parole, le regole della equità non servono tanto a 'parificare' l'amministrazione e i privati — magari occultando sotto nobili parole, come lo stesso Cammeo sospettava, i corposi interessi economici dei secondi —, ma al contrario a mostrare l'irriducibile differenza tra l'una e gli altri, i maggiori doveri che all'amministrazione stessa sono imposti proprio dalla osservanza di quelle regole di stampo equitativo.

In particolare, nelle pagine del *Corso* si trovano già alcuni tratti della dottrina della equità di Cammeo. Essa svolge esplicitamente la funzione di « limitare ulteriormente, *praeter legem*, l'arbitrio dell'amministrazione » (50); si situa quindi proprio in quella zona in cui la dottrina dello Stato amministrativo di Ranelletti e di Santi Romano collocava il sovrano potere originario della amministrazione di provvedere per fini di pubblica utilità. In questa stessa zona Cammeo vede invece un potere che nasce *in sé limitato* proprio dal criterio pubblicistico della equità: l'amministrazione, a differenza dei privati, non può contrattare con qualsiasi soggetto, ma ha il dovere di contrattare con il migliore possibile e con il più solvibile, non può scegliere un qualsiasi mezzo di soddisfazione degli interessi pubblici da essa medesima rappresentati, ma ha il dovere di scegliere quello che comporta il minor sacrificio possibile per i cittadini, e così

Billigkeit: si veda O. Mayer, *Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht*, (1904), in Id., *Kleine Schriften zum öffentlichen Recht*, a cura di E.V. Heyen, vol. I, Berlin, 1981, pp. 245 e ss. Sul punto rinviamo a M. Fioravanti, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983/2, pp. 600 e ss, spec. p. 626.

(50) F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 336.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

via. Si apre così il campo, che Cammeo auspica sempre più vasto, dei « controlli di merito », di un ampio sindacato di carattere equitativo, che sappia consuetudinariamente e progressivamente conformare l'amministrazione « alle norme di equità » (51); come pure, su un piano diverso ma intersecato, si apre la possibilità d'intendere in un certo modo l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa in materia di eccesso di potere (52).

Ma al di là del pur determinante aspetto processuale, ciò che si deve sottolineare è come ancora una volta, ed anche in materia di equità, sussista nell'opera di Cammeo *un legame forte tra dottrina dell'amministrazione e dottrina dei principii costituzionali*.

Nella già ricordata prolusione del 1923 l'amministrazione è ormai chiaramente vincolata da veri e propri « principii di giustizia », che vengono da Cammeo enunciati e catalogati quasi come se si trattasse dei principii fondamentali di una vera e propria costituzione. Essi non sono solo quelli già noti di stampo classicamente liberale, come il divieto d'imporre per via amministrativa limiti e gravami all'esercizio dei diritti di libertà superiori a quelli già previsti per legge, o come l'obbligo, già ricordato, di scegliere strumenti di realizzazione dell'interesse pubblico che comportino il minor sacrificio possibile per i cittadini, ma anche quelli che si riannodano ai

---

(51) *Ibid.*, pp. 337-339.

(52) F. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, cit., pp. 32-33. Sul punto siveda F. MERUSI, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, XXIV (1974), pp. 359 e ss., che osserva esattamente come il punto debole della costruzione di Cammeo risiedesse nel fatto che egli legava lo sviluppo delle regole equitative allo sviluppo di un ampio sindacato sul merito, mentre la giurisprudenza amministrativa si svolgeva essenzialmente, per l'aspetto decisivo dell'eccesso di potere, sul piano della legittimità: altrimenti detto, Cammeo non spiega come l'equità che fonda regole che pretendono di disciplinare la discrezionalità amministrativa sul piano del merito divenga apprezzabile sul piano processuale della legittimità, al fine di configurare un vizio di eccesso di potere. Tuttavia, al di là della distinzione tra merito e legittimità, si deve ricordare come anche un ampio sindacato di semplice legittimità possa potentemente contribuire — come in effetti è accaduto, anche in Italia — a sottoporre a penetrante verifica la discrezionalità amministrativa, ed a formare quindi progressivamente quei principii di giustizia e di equità nel diritto amministrativo dai quali anche Cammeo aveva preso le mosse, seppure in una prospettiva diversa. Sul ruolo in questo senso della giurisprudenza, si veda M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., pp. 130 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mutamenti in atto nella « costituzione economica nazionale »: questa rimane fondata sulla « proprietà privata e sulla libertà degli scambi, di cui è espressione quella contrattuale », ma si affaccia l'idea che l'una e l'altra siano da considerarsi « in funzione sociale », in modo tale che dei principii di giustizia e di equità di cui stiamo discutendo divengano parte integrante « il principio che ogni individuo, in quanto lavori, debba avere una retribuzione adeguata », ed ancora il principio secondo cui chi non lavora per cause a lui non imputabili « debba ricevere dalla società, in forma di previdenza coattiva o di beneficenza legale, l'assistenza necessaria », ed infine il principio secondo cui « ad ogni individuo debba assicurarsi un minimo di beni intellettuali e morali, come il riposo e l'istruzione » (53).

Certo, anche per sgombrare il campo da un possibile equivoco, si deve subito precisare che i principii da ultimo nominati non possono certo essere intesi da Cammeo come espressione normativa di una sorta di costituzione-indirizzo orientata in senso sociale e democratico, che come tale non era neppure immaginabile in quel contesto storico ed all'interno di quella cultura giuridica e politica (54).

Tuttavia, il fatto che principii di quel genere siano presenti nel catalogo dei 'principii di giustizia' di Cammeo suggerisce comunque una riflessione. La 'costituzione' cui l'amministrazione è vincolata per il tramite dei principii di stampo equitativo non è evidentemente una costituzione meta-storica, ma qualcosa che muta con il mutare della società: ciò che è 'equo' per l'amministrazione di una società integralmente liberale può non esser più tale per l'amministrazione di una società che si va evidentemente proponendo obbiettivi diversi e più ambiziosi. Con questa conseguenza, per noi di straordinaria

---

(53) F. Cammeo, *L'equità nel diritto amministrativo*, cit., pp. 26-27. È significativo il fatto che pochi anni prima, seppure in un contesto diverso, Piero Calamandrei avesse tentato di configurare la equità « generale e sociale »: P. Calamandrei, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, discorso inaugurale dell'a.a. dell'Istituto di Scienze Sociali "Cesare Alfieri" di Firenze, letto il 21 novembre 1920, ora in Id., *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, vol. III, Napoli, 1968, pp. 3 e ss., spec. pp. 20 e ss.

(54) Sui successivi mutamenti della cultura costituzionalistica a partire dagli anni Trenta, rinviamo a M. Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione*, cit., pp. 142 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rilevanza sul piano prima di tutto culturale: l'amministrazione viene finalmente emancipata dalla dominante cultura statualistica che di essa faceva in primo luogo la fondamentale manifestazione di una sovranità dello Stato storicamente ipostatizzata, non è più la soggettività originaria che in quanto tale è e deve essere sempre identica a se medesima, anche quando crescentemente opera sul piano delle prestazioni e dei servizi, e diviene prima di tutto funzione pubblica, che proprio su quest'ultimo piano assume una natura ed una configurazione irreversibilmente mutevole, perché mutevoli sono i principii, ed i vincoli, che definiscono in modo diverso nel tempo il suo ambito di discrezionalità, se non addirittura il significato del suo operare per fini di pubblica utilità.

Questo è a nostro avviso l'approdo ultimo cui si può oggi pervenire rileggendo l'opera di Cammeo: il suo 'Stato costituzionale' non prevede solo una serie di rimedi il più possibile sicuri contro gli arbitrii dell'esecutivo, ma anche lo sviluppo consistente di una forte funzione amministrativa pubblica vincolata al rispetto dei principii di giustizia e di equità, che sono poi i principii che ogni società, in diversi tempi storici, sente come principii fondamentali, caratterizzanti in senso profondo la sua propria esistenza.

Dal punto di vista dell'amministrazione, la costituzione non è dunque più solo la sede in cui si determinano le regole che prevengono e reprimono l'abuso di potere, ma anche la sede in cui si definisce ciò che è 'equo' per una data società, e soprattutto ciò che deve essere tale per la stessa amministrazione, che in funzione di quella società opera. In una parola, la costituzione non è più solo il limite da opporre alla amministrazione, ma anche il fondamento del suo operare come funzione pubblica.

4. *Stato costituzionale e Stato amministrativo. Considerazioni conclusive.*

Per Cammeo esiste un vero e proprio « indirizzo politico dello Stato moderno » che conduce quello Stato ad assumere « direttamente ed in larga misura fini sociali », ad estendere sempre più la funzione amministrativa pubblica ben al di là della tradizionale sfera dell'*imperium*, e spesso anzi non avvalendosi affatto di poteri d'imperio: è questa una tendenza che non deve essere contrastata, ma

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

deve anzi essere favorita ed incoraggiata (55). Per un giurista di chiara formazione liberale come Cammeo il compito del presente non è dunque quello di contrapporre una qualche forma di 'privatismo' alla estensione dei compiti della pubblica amministrazione, ma di ricercare *all'interno* dello stesso diritto amministrativo la nuova frontiera dei diritti e delle garanzie. Ad una prospettiva di questo genere si opponeva secondo Cammeo un ostacolo ben preciso, che era prima di tutto di carattere storico-culturale.

Il fatto che per lunghissimo tempo si sia pensato in Europa secondo lo schema della 'doppia personalità' dello Stato, dominante anche al tempo dello Stato assoluto, con il comando del sovrano impersonante la pubblica autorità da una parte, ed il fisco dall'altra, inteso come personificazione dell'attività patrimoniale, ha lasciato secondo Cammeo profondissime tracce sul modo con cui ancora all'inizio del nostro secolo si concepivano i rapporti tra i poteri pubblici ed i privati.

Ed infatti, è in questo lunghissimo periodo della storia europea che ci si è abituati a pensare che il diritto amministrativo pubblico senza il sostegno garantistico del diritto privato si traduca in sostanza nella labile dimensione delle 'istruzioni' ai funzionari, non costituendo di per sé alcuna forma di garanzia nei confronti dell'arbitrio del sovrano, né alcun serio strumento di fondazione di veri diritti subbiettivi degli individui di fronte all'amministrazione; quest'ultimi sarebbero dunque possibili solo con lo strumento fondamentale del diritto privato, l'unico capace di limitare il principe, l'unico in grado di dischiudere agli interessati la via della giurisdizione (56). È da questo consolidato schema di riferimento che se-

---

(55) F. CAMMEO, *Gli impiegati degli enti pubblici e le norme sull'impiego privato*, in *Giurisprudenza italiana*, LXXIX (1927), III, 1 e ss., spec. 18 e ss.

(56) Il quadro storico in questione è ricostruito con notevole perizia dal nostro giurista: F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., pp. 186 e ss. Da sottolineare il fatto che anche Otto Mayer in Germania aveva preso le mosse da una medesima critica alla doppia personalità dello Stato: sul punto si veda M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, cit., spec. pp. 614 e ss. Lo stesso vale anche per Oreste Ranelletti, come osserva G. CIANFEROTTI, *Stato di diritto, formalismo e pandettistica. Ranelletti e la costruzione dell'atto amministrativo*, in *I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato in Italia e in Germania tra Otto e Novecento*, a cura di R. Gherardi e G. Gozzi, Bologna, 1992, pp. 37 e ss., spec. pp. 75 e ss. Vi è tuttavia una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

condo Cammeo bisogna liberarsi. La via da percorrere è quella della ricerca dei diritti e delle garanzie all'interno di una sfera amministrativa pubblica che come tale è da considerarsi ormai un dato irreversibile dello Stato moderno in forma di Stato costituzionale. Non si deve ricusare solo l'immagine di un'amministrazione espressione della sovranità dello Stato che sulla base di questa sua qualità tende a svincolarsi dal sindacato dei giudici, ma anche il « preconcetto inverso » di uno « Stato dei tribunali » che tenda a negare la « necessità di un governo indipendente, dotato di iniziativa e di discrezionalità » (57). Una volta ricondotta la funzione amministrativa nei confini dello Stato costituzionale, si deve affermare con forza

---

fondamentale differenza in proposito tra Federico Cammeo ed Oreste Ranelletti: mentre per il primo superare la dottrina e la pratica della doppia personalità dello Stato significava soprattutto vincolare l'esercizio del potere ad autentiche regole di diritto pubblico, prima di tutto al fine di rafforzare ed allargare la sfera delle garanzie a favore dei cittadini, per Ranelletti la medesima operazione significava soprattutto liberare l'amministrazione quale soggetto impersonante il moderno Stato sovrano dalla tradizionale logica del contratto: *per Cammeo il diritto amministrativo pubblico perfezionava lo Stato costituzionale, per Ranelletti il diritto amministrativo pubblico perfezionava lo Stato sovrano*. In proposito si veda soprattutto O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, (1895-1896), ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, vol. III, cit., spec. p. 649; ID., *Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione*, (1905), ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, vol. III, cit., pp. 657 e ss., spec. pp. 679 e ss.; ed ID., *Il concetto di « pubblico » nel diritto*, (1905), ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, vol. I, cit., pp. 249 e ss. Appaiono qui in chiara luce le differenze tra Cammeo e Ranelletti sul piano costituzionale, che precede e determina il diverso significato delle rispettive strategie di pubblicizzazione; sul punto, da diversi punti di vista, ci siamo già soffermati più volte: vedi *supra*, note 2, 7, 8, 15, 20, 47. Il fatto è che Cammeo e Ranelletti rappresentano in modo emblematico i due lati del dilemma amministrativistico moderno: il diritto amministrativo come strumento di giuridicizzazione del potere, da una parte; il diritto amministrativo come strumento di conferma della originarietà del potere, dall'altra. L'insegnamento maggiore e più nitido su questa strutturale ambivalenza del diritto amministrativo, e sui conseguenti complessi rapporti intercorrenti tra costituzione e amministrazione, proviene dalla fecondissima lezione di Mario Nigro: si veda soprattutto M. NIGRO, *Il ruolo dei giuristi nello Stato liberale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. II, Milano, 1988, pp. 327 e ss.; e ID., *Silvio Spaventa e lo Stato di diritto*, in *Il Foro italiano*, CXIV (1989), V, 109 e ss. Di tale ambivalenza e complessità non sembra tener conto G. CIANFEROTTI, *Stato di diritto, formalismo e pandettistica*, cit., che finisce così per scorgere nello statalismo ranellettiano un puro strumento di garanzia dei diritti.

(57) F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., pp. 320 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che un vasto esercizio della potestà regolamentare serve a fondare i diritti dei cittadini, e non a minacciarli, a dare regolarità e certezza all'azione amministrativa, e dunque a disciplinare quella azione prima di tutto nell'interesse dei cittadini medesimi; ed una volta affermata « la necessaria unità di essenza fra la giurisdizione amministrativa e quella civile » attorno ai caratteri fondamentali propri di ogni giurisdizione, che sono quelli della indipendenza, del contraddittorio, della regolarità del procedimento, della eguaglianza delle parti, si deve vedere nello sviluppo della stessa giurisdizione amministrativa in tale direzione un beneficio per i cittadini e per le istituzioni dello Stato costituzionale, e non una minaccia diretta al tradizionale principio liberale della giurisdizione unica (58); così, infine, si deve superare l'antico pregiudizio secondo cui per rivendicare veri e propri diritti di fronte all'amministrazione si deve possedere un titolo di diritto privato — che era il pregiudizio da cui, secondo Cammeo, muoveva quella giurisprudenza in materia di concessioni da lui criticata, come abbiamo visto —, e si deve affermare con forza che anche dall'atto amministrativo in quanto tale possono e debbono nascere veri e propri diritti dei cittadini come tali azionabili in sede giurisdizionale (59).

Si tratterà per altro di diritti soggettivi *pubblici*, che a causa di questa loro qualità — come nel caso più volte ricordato delle

---

(58) *Ibid.*, pp. 282 e ss. È significativo il fatto che in queste pagine Cammeo, appoggiandosi tra l'altro all'autorità di Vittorio Emanuele Orlando, e contestando sul punto le dottrine tedesche, neghi il carattere di mero « diritto obbiettivo » della giurisdizione amministrativa, riportando in primo piano nel processo amministrativo « l'interesse proprio » del ricorrente (*Ibid.*, pp. 284-285). Quanto alla celebre affermazione di Cammeo, secondo cui « in un avvenire più o meno lontano, quando il diritto amministrativo si sia consolidato, sarà da adottarsi piuttosto la giurisdizione unica » (*Ibid.*, p. 327), noi crediamo, tenendo conto di quanto andiamo affermando nel testo, che non si tratti di un'affermazione rivolta contro la giurisdizione amministrativa, ma della previsione di un futuro in cui, una volta estese le garanzie tipicamente liberali al processo amministrativo, sarà sostanzialmente impossibile distinguere la giustizia amministrativa da quella ordinaria. Su questi problemi della giurisdizione amministrativa, oltre a B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., *passim*, si veda ora N. Di Modugno, *Silvio Spaventa e la giurisdizione amministrativa in un discorso mai pronunciato*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1991-3, pp. 375 e ss., del quale non si condivide però lo specifico giudizio su Cammeo (p. 469, nota 176).

(59) F. Cammeo, *Demanio*, cit., 908 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concessioni — non potranno non essere condizionati dal dovere irrinunciabile ed indisponibile della pubblica amministrazione di provvedere alla utilità pubblica: ma il fatto che l'atto di autorità della amministrazione che comprime quei diritti in nome di quella utilità non sia espressione di 'sovranità dello Stato', di potere in senso soggettivo, ma manifestazione concreta di una funzione amministrativa pubblica nel senso più volte indicato, è per Cammeo circostanza decisiva, è ciò che impedisce di vedere in quella 'compressione' una vera e propria 'degradazione', è ciò che consente di mantenere alle posizioni giuridiche soggettive in questione il loro carattere di diritti soggettivi.

Dunque, un forte sviluppo della potestà regolamentare della pubblica amministrazione, della stessa giustizia amministrativa, o dei diritti pubblici soggettivi da ultimo nominati, non sono per Cammeo altrettanto espressioni del 'plusvalore' di autorità della pubblica amministrazione in quanto funzione primaria dello Stato sovrano, ma della tendenza in atto — e secondo il nostro giurista appena agli inizi — nei sistemi politici contemporanei a costruire regole di diritto pubblico prima di tutto a tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei cittadini. Puntare decisamente allo sviluppo di queste regole significa anche ricondurre il diritto privato alla sua dimensione 'naturale' di diritto della economia e dello scambio, sgravandolo da quei compiti ampi di tutela e di garanzia nei confronti delle pubbliche amministrazioni che ad esso erano stati attribuiti dalla cultura fino a quel momento dominante. Così, alle soluzioni rigidamente pubblicizzanti di Romano e di Ranelletti non ci si opponeva tornando indietro, ovvero rispolverando l'antica equazione secca tra patrimoniale e privatistico; si doveva piuttosto sostenere la regola semplice e lineare per cui alla pubblica amministrazione si applica il diritto privato solo ed esclusivamente quando anch'essa, come i privati, agisce sul terreno economico della libera concorrenza e della libera commerciabilità dei beni (60): fuori da questi casi particolari si poteva e si doveva promuovere lo sviluppo di una forte funzione amministrativa pubblica nel suo nucleo fondamentale non contrattualizzabile senza timore che ciò dovesse necessariamente significare

(60) F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., p. 203.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

affermazione unilaterale delle prerogative della pubblica amministrazione, sottrazione dei suoi atti al sindacato giurisdizionale, degradazione dei diritti.

Naturalmente, il successo di un piano di questo genere dipendeva — e Cammeo ne era ben consapevole — dalla struttura che concretamente avrebbe assunto lo stesso diritto amministrativo come complesso di regole capaci d'imporsi alla stessa amministrazione, dagli sviluppi altrettanto concreti che avrebbe avuto la giurisprudenza amministrativa, dal formarsi di quelle regole di equità che abbiamo sopra richiamato, e sullo sfondo dalla tenuta di quello *Stato costituzionale* cui tutte le proposte di Cammeo finivano per riannodarsi. È chiaro che se fosse prevalso quello *Stato amministrativo* che nella pubblica amministrazione vedeva nient'altro che la funzione più originaria e tipica dello Stato sovrano, lo stesso diritto amministrativo avrebbe assunto ben altro significato, ed i danni che esso avrebbe potuto procurare al sistema liberale dei diritti sarebbero tornati di grande attualità.

Se ne accorse il nostro giurista nel suo ultimo scritto, dedicato a commentare la decisione della quarta sezione del Consiglio di Stato del 19 gennaio 1938, che verteva sulla natura giuridica della Azienda Generale Italiana Petroli (61). Nella decisione in questione lo 'Stato amministrativo' che sopra abbiamo richiamato appariva infatti in modo ben chiaro e minaccioso. Ed in effetti il Consiglio di Stato, contro l'esplicita lettera del decreto legge 3 aprile 1923 n. 556 — poi divenuto legge 25 giugno 1926 n. 1252 — che autorizzava lo Stato a costituire una società anonima, integralmente disciplinata dal codice di commercio, per l'industria ed il commercio dei petroli, proclamava l'A.G.I.P. medesima ente pubblico, in nome del potere dello « Stato quale ente originario e sovrano » di controllare e disciplinare tutto ciò che esso medesimo definiva di pubblica utilità, ed in nome di assai generiche « necessità di ordine superiore », tradotte in « direttive del regime, intese ad assicurare, in ogni

(61) Il breve commento di Cammeo sta in *Giurisprudenza italiana*, XC (1938), III, 109 e ss. Ma per quanto riportiamo nel testo, ci riferiamo al ben più ampio F. CAMMEO, *Società commerciale e ente pubblico*, opera inedita pubblicata in memoria, Firenze, 1947, che contiene anche la commemorazione pronunciata nell'Aula Magna dell'Università di Firenze il 28 ottobre 1947 da Silvio Lessona.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

campo, quella autarchia per cui l'A.G.I.P. fu costituita », non solo « nell'interesse economico generale, ma altresì per la difesa nazionale » (62). Contro questa decisione del Consiglio di Stato la presa di posizione di Cammeo è ferma e netta.

C'è intanto un piano formale del discorso di Cammeo, che attiene al fatto che il legislatore — come abbiamo visto — aveva voluto esplicitamente ed espressamente autorizzare la costituzione di una società anonima, e non di un ente pubblico. Che su tale chiarissima volontà potessero prevalere « necessità di ordine superiore » e « direttive del regime » è cosa sulla quale Cammeo non può concordare. Vi è certamente a questo proposito un solido filo conduttore che attraversa tutta l'opera di Cammeo, dalle sue prime battaglie contro la dottrina della 'necessità' giustificativa — come si ricorderà — di vasti poteri normativi dell'esecutivo nel caso dello stato d'assedio fino a questo suo ultimo scritto ora in esame. Su questo piano, la motivazione di Cammeo era quella classicamente liberale del principio di legalità: quando la 'necessità' viene opposta alla legge, quando una 'direttiva' tende ad assumere valore di prevalente fonte di diritto, qualcosa dello Stato costituzionale è evidentemente in discussione ed in pericolo. Ma se nel caso dello stato d'assedio alla fine del secolo scorso, o in casi successivamente esaminati, il pericolo e la minaccia in questione riguardavano direttamente i diritti e le libertà, c'è da domandarsi ora quale sia, in un caso come quello della attribuzione all'A.G.I.P. della natura di ente pubblico, l'aspetto o il carattere dello Stato costituzionale che Cammeo vuole difendere e tutelare contro la decisione del Consiglio di Stato.

Leggendo le pagine di Cammeo sul punto, una convinzione di fondo del nostro giurista appare assolutamente chiara e trasparente: « la qualità di ente pubblico e la qualità di commerciante costituiscono rispettivamente uno *status* e non è concepibile che uno stesso ente si trovi ad avere due *status* diversi ed evidentemente contraddittori » (63). In altre parole, ciò che Cammeo non può e non vuole

(62) In *Giurisprudenza italiana*, XC (1938), cit., 110. Non si dimentichi che nello stesso anno, in un contesto argomentativo analogo, Cammeo era tornato ad occuparsi della problematica dell'atto politico: vedi *supra*, nota 32.

(63) F. CAMMEO, *Società commerciale e ente pubblico*, cit., p. 19.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ammettere è che ciò che esplicitamente serve a perseguire fini di lucro, ed opera, come nel caso dell'A.G.I.P., in concorrenza con altre società commerciali, possa contemporaneamente assumere la veste di ente pubblico. Sono le finalità pubbliche, che normalmente qualificano un ente in senso pubblicistico, e le finalità di lucro ad essere secondo Cammeo assolutamente inconciliabili: lo Stato può autorizzare la costituzione di una società per il perseguimento delle seconde, o può istituire un ente per il perseguimento delle prime, ma deve scegliere, e non può riunire in un solo soggetto le due qualificazioni. Non è escluso per altro dallo stesso Cammeo che enti pubblici possano compiere singoli atti di commercio, ma in senso preordinato e funzionale al perseguimento delle finalità caratterizzanti quel certo ente in senso pubblicistico: ben altra cosa era sostenere che il complesso di quegli atti di commercio potesse configurare una vera e propria società anonima quale forma specifica di esistenza giuridica dello stesso ente pubblico.

Quest'ultima soluzione, che era quella sostenuta dal Consiglio di Stato, era secondo Cammeo non solo in contrasto con la prevalente dottrina che voleva che il criterio di definizione della natura pubblicistica dell'ente fosse dato dalle finalità da perseguire (64), ma anche esplicitamente lesiva — ed è questo l'aspetto che qui più interessa — dei principii di quello Stato costituzionale che il nostro giurista, come sappiamo, propugnava e difendeva fino dalla fine del secolo scorso. Di quello Stato era infatti elemento strutturale determinante — proprio della sua costituzione in senso materiale, potremmo oggi dire — l'assoluta nettezza di confini tra finalità pubbliche e fini di lucro, tra funzione amministrativa pubblica e attività di commercio.

Il ragionamento di Cammeo nel 1938 a proposito della natura giuridica dell'A.G.I.P. è identico sotto questo profilo al ragionamento — da noi già analizzato — che aveva condotto tra Otto e Novecento il nostro giurista a combattere quelle tendenze ultraprivatistiche che impedivano sul terreno delle concessioni comunali il sorgere di una dimensione giuridica propria e specifica dei servizi

(64) Ha ricostruito tutta la vicenda con esemplare chiarezza B. Sordi, *Origine e itinerari scientifici della nozione di « ente pubblico » nell'esperienza italiana*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 21 (1992), pp. 311 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pubblici. Se allora il compito della dottrina era quello di sostenere la parte pubblica al fine di affermare l'assoluta inconciliabilità tra le finalità proprie di un servizio pubblico ed i vincoli nascenti da obbligazioni di carattere seccamente contrattuale e privatistico, ora, nel 1938, il compito della stessa dottrina è sul medesimo piano quello di censurare quella stessa indebita commistione tra pubblico e privato che sarebbe nata dalla figura di una società commerciale perseguente fini di lucro, e contemporaneamente qualificabile come ente pubblico.

Il fatto che nel primo caso si dovesse correre in soccorso di una parte pubblica che rischiava di rimanere schiacciata dalle esorbitanti pretese delle società concessionarie private, e che nel secondo caso si dovesse contrastare, all'inverso, la tendenza di quella medesima parte a dichiarare estensivamente pubblico ciò che per sua intima natura e per esplicita volontà legislativa era economico-commerciale, dimostra solo una cosa: che la dottrina di Cammeo non è mai aprioristicamente protesa a difendere le ragioni del pubblico contro quelle del privato, o viceversa, ma solo ed esclusivamente a tenere le une e le altre in un rapporto di corretto e ragionevole equilibrio.

Guardando ora all'intera opera di Cammeo, si deve osservare come un tale equilibrio nasca prima di tutto dalla distinzione, dalla nettezza di confini tra pubblico e privato, tra pubblico ed economico-commerciale; ed il compito dello Stato costituzionale è di conseguenza necessariamente duplice: affermare le ragioni della società civile degli individui e della stessa sfera dell'economia contro le esorbitanti pretese della parte pubblica, ma anche, insieme ed inscindibilmente, affermare le ragioni di quella parte e delle finalità pubbliche da essa perseguite nei confronti delle pretese portate in campo dagli interessi economici privati. Una funzione amministrativa pubblica condizionata in modo decisivo dalla logica privatistica del contratto non è meno lesiva dei principii dello Stato costituzionale di una funzione amministrativa pubblica che in nome dell'assorbente paradigma dello Stato sovrano pretenda di estendersi a dismisura nel mondo dei privati e dell'economia. La costituzione liberale di Cammeo non è solo fondamento degli istituti di garanzia dei diritti, non è solo opposizione alle esorbitanze del potere esecutivo, ma è anche fondamento di una forte funzione amministrativa che trova la sua autonoma ragion d'essere nella necessità di perse-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

guire finalità autenticamente pubbliche, come tali non condizionabili in modo decisivo dagli interessi economici privati.

Che poi il mondo immaginato e propugnato da Cammeo, costruito su questo ordine così lineare, su rapporti così semplici di distinzione tra pubblico e privato, soprattutto tra pubblico ed economico-commerciale, non sia il mondo che concretamente abbiamo avuto e che ancora oggi abbiamo, è altro discorso (65). A noi rimane oggi comunque la consapevolezza, grazie a Cammeo, della esistenza di una componente della nostra tradizione giuspubblicistica minoritaria ed a lungo dimenticata, che si era intensamente impegnata nella costruzione di una funzione amministrativa forte — anche di fronte ai privati — perché capace di perseguire finalità pubbliche, e non perché organica espressione della sovranità dello Stato, diversa dai privati per i maggiori vincoli che ad essa erano e sono imposti dagli scopi dell'azione amministrativa pubblica e dai principii che la costituzione individua, e non in quanto soggetto impersonante nella sua 'essenza' lo Stato sovrano: un'amministrazione, in definitiva, che non è meno pubblica per il fatto di non essere più intesa in prevalenza come espressione in senso soggettivo del potere originario dello Stato sovrano, che non diviene meramente 'impresa' per il fatto di non essere più in primo luogo manifestazione di quel potere.

Riprendere oggi in mano questa componente della nostra tradizione, e dunque l'opera stessa di Cammeo, significa dunque ripensare il posto ed il ruolo dell'amministrazione nello Stato costituzionale, il decisivo rapporto tra principii costituzionali ed amministrazione, la differenza sul piano sostanziale tra un agire orientato alla produzione di beni e di servizi di pubblica utilità ed un agire orientato al profitto; significa, in una parola, *proseguire la ricerca del*

---

(65) B. Sordi, *Origine e itinerari*, cit., mostra come già al tempo di Cammeo, e poi in modo sempre crescente, si sia andato complicando il rapporto tra pubblico e commerciale, tra politico ed economico. È però appena il caso di precisare che la nettezza di distinzione tra le due sfere non era affatto in Cammeo frutto di ipostatizzazioni ideologiche, cosicché nella sua linea un dialogo tra l'una e l'altra che non divenga confusione sui rispettivi ruoli e reciproca perdita d'identità era e rimane ben possibile, come ricorda lo stesso B. Sordi, *Il ritorno di un 'vecchio amico'* (a proposito di F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, cit.), in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 21 (1992), pp. 681 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pubblico oltre i confini dell'ormai declinante paradigma ottocentesco dello Stato sovrano. È ovvio che su questa via s'incontreranno problemi che Cammeo non poteva neppure immaginare, ed ai quali la sua opera certamente non dà risposta; ma che la via sia quella, e che sia la medesima indicata dal nostro giurista circa un secolo fa, a noi non pare dubbio.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BERNARDO SORDI

LE PANDETTE E IL DIRITTO AMMINISTRATIVO
Privato e pubblico nell'itinerario giuridico di Federico Cammeo

Premessa. — 1. Immagini del pubblico e del privato. — 2. I suggerimenti della dogmatica civilistica. — 3. « Dal noto all'ignoto, dal diritto privato al diritto amministrativo »: le specificità di una tendenza programmatica. — 4. « Un campo comune » per eccellenza: il negozio giuridico. — 5. Volontà privata e volontà della pubblica amministrazione: dall'autonomia negoziale alla discrezionalità amministrativa. — 6. Unità del diritto ed universi irriducibili: alcuni nodi problematici. — 7. Le demarcazioni ottocentesche verso il presente.

Premessa.

Due noti ed autorevoli giudizi ascrivevano, da tempo, a Federico Cammeo un rapporto del tutto peculiare con la dogmatica civilistica. Massimo Severo Giannini lo aveva isolato, già nel 1940, dal novero dei maestri del diritto amministrativo italiano, proprio per la sua scelta « pandettistica ». Francesco Carnelutti aveva definito il suo tentativo di trapiantare nel diritto amministrativo i concetti di diritto soggettivo e di negozio giuridico come « il primo passo verso il superamento delle teorie particolari nella teoria generale del diritto » (1).

Il Cammeo, dunque, allievo di Mortara e lui stesso processualcivilista (2); il Cammeo che, insieme all'animatore della *Rivista di*

---

(1) M. S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, XVIII(1940), ora in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2(1973), p. 247; F. Carnelutti, *Federico Cammeo nella storia della scienza italiana del diritto*, discorso commemorativo tenuto a Firenze il 12 dicembre 1960, in *Federico Cammeo*, a cura del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Firenze, Firenze, 1961, p. 16.

(2) Su cui si può vedere ora F. Cipriani, *Prefazione* a F. Cammeo, *Lezioni di*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto civile, Max Ascoli, traduce e annota le opere di Karl Crome (3), era certo il « giurista completo » ricordato da Enrico Finzi (4), ma era anche l'autore di un progetto di sistemazione teorica dello stesso diritto amministrativo che tra il *Commentario* ed il *Corso* si snodava tutto all'insegna della « rottura delle confinazioni » (5).

Può sembrare superfluo ritornare ancora su queste immagini; affaticarsi su definizioni che risultano pienamente espressive di un progetto individuale ed altresì di un'intera temperie giuridica. Perchè insistere su definizioni in grado, al tempo stesso, di restituire la specificità di un itinerario intellettuale — immediatamente avvertibile già al primo, episodico, contatto con le pagine di Cammeo —, e di dar conto di un passaggio, ugualmente evidente, che il diritto

---

procedura civile, Padova, 1910, ristampa a cura di Alberto Trabucchi, Padova, 1992, pp. V e ss.

(3) Si tratta della *Parte generale del diritto privato francese moderno*, Milano, 1906 e delle *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, Milano, 1908.

(4) E. Finzi, *Parole pronunciate dal Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Firenze*, in *Federico Cammeo*, cit., p. 5.

(5) L'espressione è di P. Grossi, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana. 1859-1950*, Milano, 1986, pp. 129 e ss. Il *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s. d., avrebbe dovuto avere carattere introduttivo allo studio dei « nuovi istituti giurisdizionali » (p. 3) creati dalle riforme crispine, ma non andò oltre il primo volume (*Ricorsi amministrativi. Giurisdizione ordinaria*). Il volume, la cui pubblicazione definitiva risale al 1910, è, però, il frutto di un'elaborazione di molti anni precedente: i primi fascicoli, dedicati ai « Principii generali », risalgono infatti al 1900 e sono già ampiamente citati dallo stesso Cammeo nelle note a sentenza apparse nei primissimi anni del '900 sulla *Giurisprudenza italiana* (cfr. per es., *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, LIV(1902), pt. III, c. 278), conoscendo così una rilevante circolazione: si vedano le citazioni del *Commentario*, ancora a titolo di esempio, in un saggio, di notevole importanza e che avremo occasione di esaminare in seguito: M. Hauriou-G. De Bezin, *La déclaration de volonté dans le droit administratif français*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, II(1903), p. 544. La stesura delle parti conclusive dell'opera va ascritta, invece, ad un periodo posteriore, che, per la letteratura e la giurisprudenza citate, si colloca sicuramente alla fine del primo decennio del secolo.

Il *Corso di diritto amministrativo* appare, in due volumi litografati, a Padova nel 1911. Pubblicato a stampa, a cura di Giovanni Miele, con note di aggiornamento, sempre a Padova nel 1960, è ora disponibile nella ristampa della seconda edizione litografata del 1914, in tre volumi, nella collana *I classici del diritto* a cura di Alberto Trabucchi, Padova, 1992. Citeremo da quest'ultima edizione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pubblico stava compiendo nell'elaborazione di una propria teoria generale?

Il motivo è semplice: proprio perchè utilizzate ora per dar conto di un disegno teorico individualissimo e restio, in più di un'occasione, ad inserirsi nel linguaggio comune della giuspubblicistica, ora, invece, per descrivere una tendenza che, al di qua e al di là delle Alpi, accompagnava e fondava l'intero impianto sistematico della specialità amministrativa, quelle definizioni necessitano di una verifica e di una specificazione che non può avvenire se non sul piano concreto dell'articolazione dogmatica.

La riflessione di Cammeo, tutta giocata problematicamente tra i due mondi del pubblico e del privato, ci avvertiva che esistevano piani ulteriori rispetto a quello, fondamentale, certo, ma ormai interamente acquisito, dell'approdo al sistema, che dai rapporti individuali era riuscito a lambire persino la descrizione giuridica del politico.

Non sorprende — anche da un punto di vista storiografico — che il primo dato da segnalare fosse il mutamento radicale dei costumi letterari dei giuristi, dall'articolazione delle monografie alla struttura dei manuali; ed insieme la diffusione, da un capo all'altro del sapere giuridico, di un corpus unitario di concetti, di terminologie; in una parola, di un metodo.

Su questo piano, in primo luogo, si realizzava il primato del diritto romano e la « funzione sistematizzante » (6) del paradigma pandettistico; qui l'illusione di categorie giuridiche generali ed indefinite, facilmente riconducibili ad unità, poteva diventare realtà costruttiva (7).

Proprio in Cammeo si avverte però subito qualcosa di più, un contrappunto continuo tra i due mondi giuridici del privato e del pubblico: tra le forme, i concetti, le elaborazioni consolidate e appaganti dell'uno e quelle invece tanto più plastiche, problemati-

---

(6) A. Schiavone, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura dello stesso Schiavone, Bari, 1990, p. 284, con riferimento alla scuola di Vittorio Scialoja.

(7) M. Brutti, *Storiografia e critica del sistema pandettistico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 8(1979), pp. 317 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che, incerte dell'altro e poi, immediatamente, tra i contenuti, i valori, le immagini di entrambi.

Le forme, le categorie concettuali sono quindi in primo piano perchè solo su quelle si poteva costruire, in analogia con il diritto civile, la « parte generale » anche del diritto pubblico. Ma subito premono i limiti e le condizioni del processo di trasformazione e di adattamento concettuale e terminologico; vengono alla ribalta i principii e con questi, inevitabilmente, le contraddizioni tra le immagini del pubblico e del privato, tra forme, volontà, interessi dell'uno e dell'altro campo.

Per niente scontata, anzi densa di interrogativi e di problemi, doveva apparire, in particolare, l'analogia, proclamata da Cammeo, tra negozio giuridico ed atto amministrativo (8), se quest'ultimo stava consolidando, proprio in quegli anni, i suoi profili imperativi e sperimentava perciò le sue possibilità di giuridicizzazione e di giustiziabilità, inseguendo le orme della sentenza giurisdizionale, di un genus, quindi, diametralmente opposto al negozio, ma forse più coerente all'imperatività che la giuspubblicistica vedeva sempre più connaturata alle manifestazioni della volontà amministrativa.

Allora, già da queste prime indicazioni è evidente che il fenomeno che ci si presenta è assai più complesso: non c'è solo il diffondersi, in ogni campo del sapere giuridico, del nuovo linguaggio del formalismo, ma esiste anche una ramificata frammentazione disciplinare che da una parte, spinta dalla crescente articolazione degli interessi, giunge a coinvolgere lo stesso mondo codicistico dei rapporti giuridici privati, del 'diritto comune', e che, dall'altra, appena al di là del piano epistemologico, discende invece dall'esaltazione della specialità pubblicistica e dalla sua autonomia costituzionale ancor prima che concettuale. Diversamente, non capiremmo come il diffondersi di un metodo, di un linguaggio, di un sistema, per più aspetti convergenti risulti esattamente contemporaneo all'elaborazione di un impianto teorico pubblicistico mai così distante dal diritto comune, mai così alternativo alle regole e agli equilibri propri delle relazioni tra i soggetti individuali.

Se c'è dunque un momento di massima circolazione dei costrutti

(8) Lo vedremo meglio nel paragrafo quarto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dogmatici, esiste pure — ed in pari tempo — un momento di accentuata divaricazione dei modelli: il pubblico costruisce il proprio sistema teorico su molte stampelle offerte dalla riflessione civilistica, eppure nessuna capacità uniformante è dato in concreto di individuare. Le categorie con le quali avviene la costruzione giuridica dei due poli dello Stato e della società possono essere analoghe, se non addirittura le stesse, ma quei due poli, una volta eretto il loro sistema, rafforzano e non limano la reciproca dicotomia.

Le nominalistiche regolazioni di confine lasciano il posto alla lotta degli istituti: la volontà civilistica cede alle diverse coordinate della volontà amministrativa.

Su questo piano, interno allo stesso farsi della costruzione giuridica, la scelta pandettistica va ulteriormente indagata e definita. E su questo versante prende corpo anche la specificità di Cammeo: qui possono essere messi in luce gli elementi propri di una coiné metodologica e linguistica, presente e diffusa tra le diverse discipline, e la specificità di un progetto giuridico. Qui è possibile, partendo appunto da Cammeo, dall'autore più emblematico, a questo riguardo, dal lato italiano, seguire analogie e differenze del generale processo di *Umbildung*, di trasformazione dei costrutti civilistici nell'ambito del diritto pubblico, che a cavallo tra i due secoli interessa tutti i paesi a diritto amministrativo.

Il panorama che apparentemente si restringe rispetto alla circolazione 'alta' di linguaggi e categorie, si amplia invece sul piano dogmatico, intradisciplinare, degli istituti, aprendosi ad una notevole ricchezza di declinazioni e di prospettive.

1. *Immagini del pubblico e del privato.*

Pubblico e privato, specialmente in un giurista come Cammeo, poco propenso a calarsi nelle grandi tematiche del diritto pubblico generale e ad affrontare direttamente in chiave teorica i rapporti tra Stato e diritto o le articolazioni Stato-società, non potevano essere due entità generiche e formalizzate.

Si può dire, anzi, che la loro stessa teorizzazione viene costruita a posteriori, per sovrapposizione di elementi, di caratteristiche che, solo una volta riunite, tendono a formare immagini complessive ed

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interamente confrontabili. Al tempo stesso, quelle immagini risultano pienamente operative, discendono dalle esigenze definitorie, dai tentativi di costruzione, dal conflitto degli interessi: sono immagini vive, vitalissime che nascono dal farsi stesso degli istituti, dall'officina del lavoro dogmatico. Nascono quasi sempre per comparazione, per antitesi, dall'approccio diretto alle tematiche pubblicistiche, ma seguendo continuamente un parametro di riferimento, di confronto: il diritto privato, appunto, cui — non a caso — è dedicato il capitolo di apertura del *Commentario*.

Vedremo, nelle prossime pagine, in che modo questi due mondi comunichino e reciprocamente reagiscano. Quello che è certo, è che per Cammeo la dicotomia pubblico-privato è dicotomia strutturale, tra due universi, due immagini che convivono sì all'interno di una sostanziale unità del giuridico, ma con propri fondamenti, propri principii, proprie regole costitutive.

Che cos'è il diritto privato per Federico Cammeo?

È, innanzitutto, il regno dell'interesse individuale. In questo campo i rapporti giuridici si stringono tra « i cittadini fra loro » e ad essi ne è affidata l'« esecuzione » (9). La presenza dello Stato (giurisdizione) è del tutto eventuale, limitata alla sanzione della violazione delle pretese soggettive e solo tramite queste del diritto oggettivo. La funzione dello Stato è circoscritta, dunque, alla necessità di assicurare all'ordinamento giuridico privato gli indispensabili elementi di coazione.

Non esistono posizioni di supremazia precostituite: almeno dal punto di vista giuridico formale, il diritto privato presuppone la perfetta uguaglianza degli interessi in conflitto.

E, ancora: anche il diritto privato è costituito da un insieme di norme, di comandi; è diritto oggettivo. I destinatari dei precetti sono però solo i cittadini. Gli organi dello Stato sono presi in considerazione dalla norma solo « sussidiariamente », nell'eventualità che occorra una sanzione giurisdizionale.

Con questo, non può dirsi che sia in questione la superiorità della norma, né che trovi eco particolare la querelle civilistica sul rapporto tra volontà individuale e norma giuridica, tra la pretesa

(9) *Commentario*, cit., p. 10; p. 16.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

funzione « sovrana e creatrice » (10) della prima e gli effetti giuridici determinati dalla seconda. Anche nei rapporti tra i soggetti individuali, il diritto appare sempre come « una manifestazione della volontà dello Stato, come espressione di una « volontà superiore » (11).

Con alcune peculiarità, però: non solo vi prevalgono le norme dispositive su quelle imperative, ma le norme sono semplicemente « potenziali » (12): l'ordinamento circonda cioè una sfera di libertà d'agire che incontra il diritto statuale solo come limite delle proprie manifestazioni e che conserva una, sia pur limitata, capacità di creazione normativa. Tanto, che la volontà individuale « non solo ha efficacia nella determinazione originaria del rapporto, ma spesso ben anco in quella delle regole che debbono governarlo » (13).

Il precetto interviene e diventa così applicabile — « attuale » — soltanto col « verificarsi di determinati fatti che pongono in essere rapporti morali o patrimoniali fra più individui » (14).

Come si vede, l'immagine del diritto privato che emerge è abbastanza tradizionale; se si vuole, è un'immagine pacificata. Non vi compaiono i fermenti, le contraddizioni che già serpeggiavano nella civilistica di fine secolo. Il volto individualistico del diritto privato è ancora saldo, così come l'impianto codicistico non rivela fratture degne di nota. Non è possibile da queste pagine indovinare il « nuovo spirito del diritto privato », auspicato dai mentori del « diritto privato sociale » (15). Ma non è possibile neppure immaginare le contraddizioni che l'avvio di una legislazione speciale poteva innescare nell'edificio, sino ad allora unitario, del diritto civile.

---

(10) Una funzione della volontà ormai criticata dalla pandettistica contemporanea a Cammeo. Si veda C. FADDA, *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1909, p. 212, da cui abbiamo tratto la citazione nel testo.

(11) *Commentario*, cit., p. 10; *Corso*, vol. I, cit., p. 102.

(12) *Commentario*, cit., p. 13.

(13) *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (Contratti di diritto pubblico)*, in *Giur. it.*, LII(1900), pt. IV, c. 3.

(14) *Commentario*, cit., p. 12.

(15) Si veda, per es., G. VADALA-PAPALE, *Diritto privato e codice privato-sociale*, in *La scienza del diritto privato*, I(1893), p. 24, su cui ampiamente GROSSI, *« La scienza del diritto privato ». Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo. 1893-1896*, Milano, 1988, pp. 143 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non si tratta di sordità, tuttavia. Basterebbe scorrere le pagine di uno dei primi scritti di Cammeo, il lungo articolo su *I monopoli comunali* (16), per scoprire una viva attenzione al sociale e già una lucida consapevolezza delle problematiche del servizio pubblico.

Nelle pagine di Cammeo l'immagine del diritto privato è essenzialmente operativa e sempre in funzione della costruzione dogmatica del polo pubblicistico; e se questa immagine deve rappresentare il continuo elemento di raffronto del lavoro dell'amministrativista, è necessario che si conservi il più possibile unitaria.

Il quadro teorico privatistico, così sintetizzato e semplificato, si completa con due corollari destinati a giocare — come vedremo — un ruolo di grande importanza per la descrizione del diritto amministrativo, anche se in negativo, per la difficoltà di riprodurli automaticamente nei rapporti pubblicistici.

Il primo può indicarsi nella necessaria correlazione, nel diritto privato, tra diritto oggettivo e soggettivo. Il secondo nella compresenza, nel diritto soggettivo privato, di interesse e volontà.

Entrambi trovano il loro fondamento nella circostanza che le norme di diritto privato fissano esclusivamente i limiti tra reciproche sfere di libertà individuale. Alla posizione di obbligo di un soggetto deve necessariamente corrispondere la posizione di vantaggio, il diritto, di un altro.

Anche in questo caso, dunque, dell'immagine del diritto privato si coglie quanto può essere illuminante, per analogia o per antitesi, nel campo, opposto, del diritto pubblico. Non interessano, o costituiscono comunque premesse lontanissime, i grandi temi 'filosofici' della civilistica dell'Ottocento, la costruzione delle categorie giuridiche in cui si manifesta e si esalta la signoria dell'individuo.

La stessa antitesi tra *Willenstheorie* ed *Interessentheorie*, tra le definizioni di Windscheid e di Jhering, può ben essere risolta — secondo un insegnamento di Jellinek di notevole fortuna anche nella giuspubblicistica italiana — attraverso il ricorso ad una « giusta conciliazione » (17).

---

(16) *I monopoli comunali*, in *Archivio giuridico*, 1895, vol. LIV, pp. 296 e ss.

(17) *Commentario*, cit., p. 13. Il riferimento è a G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905, (prima ediz. 1892), trad. ital., *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, 1912, p. 49. Mentre per la diffusione di quella definizione,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quello che conta è che il diritto soggettivo risulta, nel diritto privato, « strettamente individualizzato », al punto che « ad ogni norma corrisponde sempre un interesse individuale » (18).

L'« individualizzazione » dell'interesse non si accontenta però della semplice coincidenza con una norma; richiede anche il riconoscimento della volontà, ovvero, da parte dell'ordinamento, il « constatare l'esistenza di un interesse preciso e la connessione essenziale di questo interesse con un individuo determinato che abbia motivo di fare di esso l'oggetto della sua volontà » (19).

I confini e le distinzioni tra interesse semplice, interesse occasionalmente protetto e diritto soggettivo dipendono così dalla circostanza che solo in quest'ultimo risultano presenti i due elementi, la protezione giuridica dell'interesse ed il riconoscimento normativo della volontà, che aprono la strada alla tutela giurisdizionale.

La « signoria della volontà » è dunque sensibilmente ridimensionata dal riferimento all'interesse e dall'imprescindibile ancoraggio al riconoscimento normativo (20).

La « manifestazione di volontà dello Stato », dal canto suo, è divenuta protagonista dello stesso diritto privato, risolvendo a proprio favore il conflitto tra volontà del soggetto e norma giuridica.

Quella volontà tuttavia persiste, forse non è più « signoria » o « podestà del volere »; eppure rimane elemento essenziale e fondamentale della definizione di diritto soggettivo anche nel momento in cui « sembra che sempre più vada acquistando terreno la dottrina dello Jhering » (21). E si conferma, in particolare, l'elemento di

---

cfr. O. Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte III. Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1896, vol. XXII, pp. 180 e ss., ora in Id., *Scritti giuridici scelti*, a cura di E. Ferrari e B. Sordi, vol. III, *Gli atti amministrativi*, Napoli, 1992, pp. 556 e ss.; S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. Orlando, vol. I, Milano, 1897, pp. 121 e ss.

(18) *Commentario*, cit., p. 13.

(19) *Commentario*, cit., p. 107.

(20) La « regola », in realtà, era determinante anche per l'individualismo di Savigny. Rinviamo alle osservazioni di Brutti, *La sovranità del volere nel sistema di Savigny*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9(1980), pp. 265 e ss.

(21) C. Fadda-P. E. Bensa, *Concetto del diritto soggettivo*, in *Note* a B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, Torino, 1902, vol. I, p. 540.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

discrimine per l'individuazione delle situazioni soggettive suscettibili di tutela giurisdizionale.

Interamente statualizzato, il diritto civile affida così ancora la sua stabilità alla centralità del soggetto e al primato dell'interesse individuale; può ancora far coesistere, senza palesi contraddizioni, ordinamento giuridico e volontà individuale. Lo Stato è, certo, anche in questo campo, sovranità, ma non ha quei contorni apodittici di supremazia che incombono sull'altro polo dell'ordinamento, quello pubblicistico; ed ancora rispetta, sostanzialmente, lo statuto dei privati.

Il diritto pubblico si presenta, invece, con caratteri strutturali fortemente differenziati, in molti casi diametralmente opposti.

L'interesse individuale lascia il campo all'interesse collettivo; l'uguaglianza degli interessi in conflitto ad una radicale disuguaglianza; la stabilità e la perfezione delle norme alla fluttuazione e alla mutabilità dell'ordinamento.

Caratteri strutturali, dicevamo, perchè poggianti sui motivi profondi della dicotomia stessa tra pubblico e privato e che proprio per questo giungono sino ad indirizzare il processo di costituzionalizzazione del potere e l'itinerario di giuridicizzazione, per altro percorsi da Cammeo con notevole decisione e con scelte di campo precise ed assolutamente non equivoche.

Il 'supersoggetto' Stato condiziona equilibri e rapporti. La supremazia è un dato che precede la norma e che resiste alla norma: l'amministrazione, in particolare, è per definizione « forza sovrana » (22).

Alla parità delle relazioni civilistiche si sostituisce, dunque, la soggezione alla sovranità. La disuguaglianza degli interessi in conflitto contraddistingue la relazione del cittadino con il potere ed incide direttamente sulla configurabilità giuridica degli istituti, marchiandoli di una inconfondibile specialità.

Questa 'naturale' disuguaglianza di posizione giuridica non significa, tuttavia, arbitrario sacrificio degli interessi individuali, cedevoli per definizione di fronte alla « prevalenza » dell'interesse collettivo. La risoluzione del conflitto, infatti, « deve sempre dipen-

(22) *Commentario*, cit., p. 96.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dere, sia che trattisi di diritto privato o di pubblico, dalla interpretazione delle norme, che per dirimere quel conflitto debbono essere state già in precedenza fissate » (23).

Proprio la norma, però, assume, nel diritto pubblico, caratteri peculiari.

La necessaria corrispondenza di questa con l'interesse collettivo richiede intanto, istituti sconosciuti ed assenti in diritto privato: i controlli, per esempio, vere « garanzie di legittimità e opportunità nell'interesse collettivo » (24), ma il cui esercizio opera anche in favore degli interessi che si avvantaggiano del rispetto del diritto obiettivo e del 'buon andamento' della azione amministrativa.

Mutano anche i destinatari del precetto: non più i cittadini direttamente, come nel diritto privato, ma lo Stato e i suoi organi. I rapporti pubblicistici si stringono, infatti, tra gli organi dello Stato o fra questi ed i cittadini. Lo Stato, dunque, è sempre parte necessaria ed indefettibile delle relazioni amministrative. Ma non si tratta solo di questo. Il vero motivo è che il diritto pubblico è innanzi tutto il diritto dello Stato, delle manifestazioni di volontà di un unico soggetto, di un'unica persona giuridica. La posizione del cittadino non è quasi mai definita direttamente; lo è invece in modo indiretto, riflesso. La relazione privilegiata si fissa tra la norma ed il soggetto amministrativo e solo accessoriamente questa relazione giunge a comprendere e a considerare i soggetti individuali.

Si potrebbe dire, con una terminologia di poco successiva a Cammeo, che le norme amministrative sono prevalentemente 'norme di azione'.

Vale anche nel diritto pubblico, invece, la correlazione tra diritto oggettivo e soggettivo, ma con un significato tutto mutato rispetto al diritto privato. La norma crea sempre un diritto soggettivo, ma al diritto soggettivo individuale si sostituisce il « diritto soggettivo dello Stato ».

Diverso è anche l'equilibrio tra norme imperative e dispositive, non tanto da un punto di vista quantitativo, quanto, ancora una volta, di destinatari: la norma cioè 'comanda' in modo diverso al cittadino e all'amministrazione. I precetti sono così sempre impera-

---

(23) *Commentario*, cit., p. 9.

(24) *Commentario*, cit., pp. 136 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tivi per i « sudditi », dispositivi invece, in genere, per l'amministrazione.

Si tratta di un passaggio teorico piuttosto delicato perchè l'assunto risulta, per Cammeo, strettamente collegato sia al processo di giuridicizzazione del potere e all'evoluzione storica dei modelli statuali, sia alla premessa secondo la quale le facoltà pubblicistiche, a differenza delle « facoltà riconosciute dal gius privato », « si esplicano » tra « dipendenti » e non tra « uguali » (25).

Per Cammeo è indubbio, infatti, che il rapporto del potere con la norma si è profondamente modificato con il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto: « nello Stato costituzionale in difetto di una precisa disposizione di legge emanata dal Parlamento si presume la libertà di azione dei cittadini ». La libertà dell'amministrazione deve ormai possedere un fondamento normativo; l'amministrazione, per agire, ha sempre bisogno di « clausole autorizzatrici » (26).

Il « desideratum » sarebbe, certo, che le norme fossero imperative per la stessa amministrazione. Ciò però non si avvera neppure nello « Stato libero », per l'impossibilità di « prevedere le infinite contingenze dei rapporti fra stato e sudditi » (27).

La norma, nelle nuove condizioni costituzionali dello Stato di diritto, è divenuta, dunque, imprescindibile fattore di legittimazione dell'azione amministrativa; è però, ancora, soltanto un limite all'ampio campo della discrezionalità amministrativa e « la volontà dell'amministrazione è sempre legge per i cittadini » (28).

Questo spiega anche i limiti e le possibilità della configurazione di un diritto soggettivo individuale nei confronti del potere amministrativo.

Lo schema concettuale da utilizzare può essere quello del diritto comune, ma non è possibile mantenere congiunti, come nel diritto privato, « diritto subbiettivo alla forma » e « diritto subbiettivo sul merito » (29).

---

(25) *Commentario*, cit., p. 74.

(26) *Commentario*, cit., p. 74.

(27) *Commentario*, cit., p. 73.

(28) *Commentario*, cit., p. 96.

(29) *Commentario*, cit., p. 119: « nell'ordinamento giuridico privato il diritto subbiettivo alla forma si accompagna sempre a un diritto subbiettivo sul merito. . . ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La sfera della discrezionalità amministrativa, soltanto circoscritta dalla norma, permette la configurazione del solo « diritto alla forma ». Il cittadino può far valere i « limiti » fissati dalla norma, ma non può accedere direttamente al bene della vita oggetto del potere amministrativo.

Il diritto soggettivo individuale non ha le coperture normative del diritto privato, non può far valere anche nel diritto pubblico la sua continua corrispondenza con il diritto obiettivo. Deve necessariamente cercar protezione tra le norme dispositive, che sono però norme che autorizzano facoltà e poteri amministrativi; norme — come si è visto — dirette ai soli organi dello Stato.

Il cittadino non ha modo di vincolare la volontà amministrativa quando questa si manifesta all'interno di una sfera di libertà legittimamente accordata all'amministrazione dall'ordinamento. Può soltanto far valere i limiti che la norma pone alla manifestazione della volontà dello Stato, i confini estremi posti all'esercizio del potere discrezionale. Può vantare, dunque, soltanto un « diritto alla forma ».

Il diritto privato aveva restituito un'immagine, ormai definita, di stabilità, fondata sulla centralità dell'interesse individuale, sulla parità dei rapporti giuridici, sulla necessaria correlazione tra diritto oggettivo e soggettivo.

Il diritto pubblico offre invece un'immagine in movimento, segnata dalle « più straordinarie e contraddittorie fluttuazioni » (30). Vi si intravede il percorso della legalità, della giuridicizzazione del potere, dell'espansione delle forme di tutela, con il riconoscimento di un'autobbligazione dello Stato ed una corretta interpretazione del principio di divisione dei poteri, secondo un itinerario in parte compiuto, in parte ancora da realizzare e che dipende dalla tipologia

---

Ibid., pp. 118-19: « nell'ambito dei poteri discrezionali mancando ogni prescrizione per il merito e quindi, sotto questo aspetto mancando un qualunque diritto subbiettivo e sussistendo un mero interesse, le norme giuridiche limitatrici dell'attività statuale, possono concernere soltanto la forma e cioè la competenza degli organi, e il modo del procedimento amministrativo ». Ritorneremo più ampiamente su questi profili nel sesto paragrafo.

(30) *Commentario*, cit., p. 183.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

statuale di riferimento ed insieme dai « progressi » — e dai « regressi » — delle « conquiste politiche » (31).

Quell'immagine rivela, però, anche tratti che nella loro necessità s'impongono al percorso storico e al progetto politico: l'interesse collettivo; la supremazia; la strutturale disparità del rapporto; la coincidenza del diritto oggettivo con il solo diritto soggettivo dello Stato; il limitato potere imperativo della norma; la discrezionalità.

Sono i temi della specialità. Cammeo non li sottovaluta; li incontra nella letteratura a lui contemporanea e li accetta, senza interrogarne direttamente i fondamenti, inclinando ora verso un loro ancoraggio alla sovranità, ora invece affidandosi ad una apodittica precostituzione dello statuale rispetto al giuridico. Avvalorano la dicotomia tra pubblico e privato; confermano che i rapporti giuridici si scindono in relazioni individuali, in « rapporti dei cittadini fra loro » ed in relazioni derivanti dal vincolo associativo, in « rapporti fra stato e sudditi » (32).

E saranno anche i nodi che renderanno problematico, talvolta contraddittorio il suo progetto di fondare la sistemazione dogmatica del diritto amministrativo non rinunciando alle categorie e agli istituti del diritto privato; il suo tentativo di tradurre in concreto l'affermazione che, « essendo il diritto essenzialmente uno, certi principii devono essere comuni » (33).

2. *I suggerimenti della dogmatica civilistica.*

In apparenza, la civilistica lavora ignorando completamente il

---

(31) *Commentario*, cit., p. 2: per assicurare la legalità e la libertà dei cittadini « molto è già stato fatto e la via per compiere l'opera si vede già tracciata, sebbene per la tristizia degli uomini e dei tempi in alcuni paesi ed in alcuni momenti le conquiste politiche già compiute sembrino correre gravi pericoli e la società politica sembri almeno temporaneamente inclinata al regresso che al progresso », in un passo che, per il momento storico in cui veniva composto (cfr. supra nota 5), conteneva più di un riferimento, anche se implicito, alle vicende della crisi di fine secolo. Una posizione esplicita, di ferma condanna verso i provvedimenti eccezionali del governo Di Rudinì e poi del governo Pelloux, Cammeo aveva assunto in *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, in *Giur. it.*, L(1898), pt. IV, cc. 369 e ss.

(32) *Commentario*, cit., p. 200.

(33) *Commentario*, cit., p. 201.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mondo del diritto pubblico; si concentra sui soli rapporti intersoggettivi individuali, confermando, dal proprio versante, la sostanziale validità della dicotomia tra « diritto politico » (34) e diritto privato. Il polo pubblicistico appare, in quest'ottica, come un polo 'altro', dicotomicamente opposto, appunto, rispetto a quello civilistico e per il quale non possono valere che regole diverse e specifiche.

In realtà, invece, non sono pochi i momenti in cui il sistema civilistico si costruisce presupponendo direttamente il mondo della sovranità e dell'*imperium*. Lo stesso concetto di rapporto giuridico possiede un versante normativo che proprio nel corso dell'Ottocento si è interamente statualizzato venendosi sempre più ad identificare con gli atti solenni di manifestazione della sovranità: il codice e la legge.

Non sorprende, perciò, che la delimitazione dei confini tra soggetto e norma, tra diritto soggettivo e diritto oggettivo assuma un'assoluta centralità in un sistema che deve trovare un suo equilibrio tra volontà dell'ordinamento e « privata volontà ».

L'accento cade in genere su quest'ultima, forte della circostanza che « i rapporti sociali hanno la loro ragion d'essere fuori del diritto, essi precedono la legge, la quale con le sue disposizioni li regola, traendo la propria forza da quelle forze medesime per le quali la società continuamente vive e progredisce » (35).

Il negozio, che diventa la massima espressione dell'autonomia individuale e della volontà privata, nasce dunque prima e fuori dell'ordinamento: « il diritto — dirà Scialoja — non crea i negozi ma li sanziona soltanto » (36).

Già negli anni in cui scrive Cammeo, appare però ormai « esagerato questo potere creativo attribuito alla volontà privata » (37). Si

---

(34) F. C. von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840, trad. ital. a cura di Vittorio Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, Torino, 1886, p. 53.

(35) V. SCIALOJA, *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici*, Roma, 1885, ora in ID., *Studi giuridici*, vol. I, *Diritto romano*, Roma, 1933, pp. 274-75.

(36) *Ibid.*, p. 274. Per una ricostruzione generale delle tematiche cui accenniamo nel testo, si veda N. IRTI *Itinerari del negozio giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 7(1978), pp. 395 e ss.

(37) FADDA, *La teoria del negozio giuridico con cenni preliminari sul fatto giuridico*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

distingue tra « effetti giuridici », la cui determinazione spetta soltanto all'ordinamento, ed « effetti empirici » che il soggetto individuale può autonomamente creare.

La sovranità del volere lascia il posto ad immagini più sfumate; l'ordinamento interviene per « sussidiare » la volontà umana; il « diritto dà efficacia alla volontà manifestata » (38).

Il polo pubblicistico risulta del resto decisivo ed insostituibile nell'assicurare al mondo dei privati i necessari elementi di coazione, tutelando e reintegrando il diritto violato. Lo Stato diventa figura indispensabile, condizione di operatività e di effettività delle relazioni tra i soggetti individuali: allo Stato, in via esclusiva, è attribuita la funzione di « tutelare l'individuo leso nel proprio diritto » (39). Qui il pubblico appare, dunque, essenzialmente nelle vesti del magistrato, nelle forme della sentenza giudiziaria: è ancora, e necessariamente, autorità, sovranità, sanzione. I suoi atti non sono però confliggenti con i diritti soggettivi del privato; ne sono invece garanzia di esercizio e tutela del relativo godimento.

In questo caso non c'è, dunque, conflitto di « volontà »: l'intervento dello Stato ha, al contrario, proprio la finalità di rendere possibile la realizzazione delle situazioni soggettive individuali. Proprio per questo, tecnicamente, il giudice « non vuole », non dichiara una propria volontà, ma si limita ad accertare rapporti giuridici già esistenti ed ai quali è del tutto estraneo.

È raro, invece, che il pubblico appaia al civilista nelle vesti del potere amministrativo. Se l'ordinamento e la singola fattispecie normativa, il potere giudiziario e la sentenza incrociano continuamente il lavoro di costruzione dogmatica delle relazioni intersoggettive, lo stesso non può dirsi per il funzionario o per l'atto amministrativo.

Poche sono, a questo proposito, le sollecitazioni che possono giungere dall'ordinamento normativo in cui i segni di una 'pubblicizzazione' del diritto privato appaiono ancora scarsi e marginali.

È ancora possibile, perciò, chiudersi all'interno di una sfera di

---

in genere, Napoli, 1898, p. 87; FADDA-BENSA, *Sul concetto di negozio giuridico*, in *Note* a WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, vol. I, cit., p. 840.

(38) FADDA, *Parte generale*, cit., p. 258.

(39) SAVIGNY, *Sistema*, vol. I, cit., p. 52.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

relazioni intersoggettive, senza invadere l'altro polo della dicotomia: solo i rapporti di diritto privato — già Savigny lo diceva — « rientrano nel nostro tema » (40).

Si prenda il caso del negozio giuridico: se negozio e sentenza appaiono concetti rigorosamente antinomici, non si esclude, invece, in via di principio che la categoria del negozio possa essere utilizzata per definire una dichiarazione di volontà amministrativa (41). Del resto, persino di contratti vi è traccia nel diritto internazionale e, « segnatamente in Germania », almeno al tempo di Savigny, anche nel diritto costituzionale (42).

Tuttavia, è indubbio che l'intelaiatura dogmatica si costruisce su manifestazioni di « volontà privata » e solo per queste il sistema viene apprestato.

Anche la « costituzione del Fisco », « la questione di come lo Stato spieghi la sua attività nei suoi rapporti di diritto privato » (43), è questione di diritto pubblico; esula dall'orizzonte del civilista, chiamato se mai ad assegnare allo Stato una sua collocazione nell'incerto campo dei 'corpi morali' (44).

Al tempo stesso, però, il diritto privato possiede una notevole capacità espansiva, almeno sino a quando può collocarsi al centro del sistema ed identificarsi con il diritto comune. Può fissare, come « statuto dei privati », i limiti all'ingerenza del potere; può esplicare una sua funzione 'costituzionale'; può rivendicare una sua 'priorità' (45).

La barriera che così si fissa nei confronti del pubblico è comunque una barriera mobile, se non altro perchè la tendenza espansiva

---

(40) SAVIGNY, *Sistema*, vol. I, cit., p. 335.

(41) FADDA, *La teoria del negozio giuridico*, cit., p. 98; ID., *Parte generale*, cit., p. 265. Vedi anche *infra* nota 91.

(42) SAVIGNY, *Sistema*, cit., vol. III, Torino, 1891, pp. 407-408.

(43) SAVIGNY, *Sistema*, vol. II, cit., p. 356.

(44) Sui problemi posti dall'interpretazione dell'articolo 2 del codice civile del 1865, come rubrica unitaria di riferimento per persone giuridiche pubbliche e private (non commerciali), da ultimo SORDI, *Origine e itinerari scientifici della nozione di « ente pubblico » nell'esperienza italiana*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 21(1992), pp. 311 e ss.

(45) Per la delineazione di questa prospettiva, M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc.*, XV(1961), I, pp. 391 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del diritto privato è ostacolata — e non solo dalla fine del secolo, dal momento di massima affermazione della specialità — da una tendenza di segno opposto che ne delimita gli effetti, giungendo sino ad escluderne l'applicabilità ai soggetti amministrativi.

Per tutto il corso dell'Ottocento — e la vicenda della giustizia amministrativa sta lì a dimostrarlo — quel confine è tutt'altro che certo e sempre conteso da un'incessante guerra di posizione.

Occorre precisare, del resto, che la funzione 'costituzionale' esercitata dal diritto privato è funzione prevalentemente negativa, di difesa dell'autonomia del mondo dei privati. una difesa che, di per sé, non implica alcuna definizione, in un senso o nell'altro, del potere pubblico.

Il diritto privato può, cioè, combattere per conquistare rapporti giuridici al proprio regime; può ampliare la sfera di applicazione del diritto comune ai danni del diritto speciale, ma non può indirizzare o condizionare la stessa specialità.

Almeno in questo senso, non esistono posizioni panciviliste; non c'è alcuna pretesa che il sistema su cui si lavora possa valere anche per il diritto pubblico. Le questioni possono riguardare la fissazione della linea di confine tra pubblico e privato, ma quest'ultimo non ha mire dogmatiche sull'altro polo della dicotomia ed esclude l'*imperium* dal proprio orizzonte conoscitivo (46).

Lo stesso primato romanistico, che non manca di far sentire i suoi effetti anche in una fase di frammentazione disciplinare, si arresta alle soglie del linguaggio e del metodo.

Che tipo di suggerimenti può trovare allora l'amministrativista in una sistematica della volontà che per definizione concerne la sola volontà privata?

Il primo nucleo problematico sul quale si concentrano gli approcci pandettistici abbraccia il ruolo della volontà come « principio creativo »; affronta il rapporto tra soggetto e norma e tra diritto soggettivo e oggettivo. Il dogma della volontà, se non può

---

(46) Si veda, per tutti, un autore frequentemente utilizzato da Cammeo: F. REGELSBERGER, *Pandekten*, Leipzig, 1893, p. 115: « alle Rechtsverhältnisse, in welchen der Staat als Inhaber der obersten Macht steht, nach aussen als Souverän, nach innen als Obrigkeit, gehören der öffentlichen Rechte an und bilden den Gegenstand des äusseren und des inneren Staatsrechtes ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dirsi ancora « famigerato » — come dirà alcuni decenni più tardi Emilio Betti (47) —, si è però già notevolmente indebolito, chiamando l'ordinamento ad una irrinunciabile funzione di « sussidiarietà » nei confronti della volontà individuale.

Il campo problematico aperto da questa riflessione civilistica risulterà notevolmente trasfigurato nel diritto amministrativo, in cui i rapporti tra amministrazione e norma dovranno allargarsi verso i temi della legalità e della discrezionalità, fondando le premesse ed i parametri del giudizio amministrativo.

Questo non significa, tuttavia, che specialmente in giuristi come Cammeo, disponibili ad individuare e ad utilizzare l'impianto di teoria generale sotteso alle specificità civilistiche, questa riflessione non potesse risultar decisiva per orientare la definizione della pubblica amministrazione, per costruire dogmaticamente il suo sistema di atti, per definire — *per differentiam*, certo, non solo per analogia — il suo rapporto con la legge.

Strettamente collegata alle esigenze e alle necessità del commercio giuridico privato appare, invece, l'altra grande questione in cui si dibatte la scienza pandettistica di questi anni: il rapporto tra volontà e dichiarazione (48).

In questo caso, l'imperio della volontà deve venire a patti con la sicurezza e la rapidità del commercio, con le regole della buona fede e dell'affidamento. La volontà interna deve cedere alla volontà dichiarata, manifestata.

Il sacrificio dell'intima volontà del soggetto a tutto vantaggio della volontà manifestata nella dichiarazione si spiega per l'affidamento che quella dichiarazione ha suscitato nella parte a cui era destinata. Quel sacrificio presuppone, cioè, lo scambio ed il valore che entrambi i soggetti, su di un piano di assoluta parità, attribuiscono alle reciproche relazioni commerciali.

Le posizioni individualistiche si scontrano dunque con i principii e gli interessi dello scambio, secondo modalità che sembrano difficilmente riproducibili nelle relazioni con il potere.

« I rapporti giuridici-pubblici fra cittadino e amministrazione —

---

(47) E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, p. 44.

(48) Scialoja, *Responsabilità e volontà*, cit., pp. 276-77; Fadda, *La teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 194 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dirà proprio Cammeo, affrontando un'ipotesi di errore nella dichiarazione di volontà come vizio dell'atto amministrativo — sono rapporti che non si muovono sotto il regime dello scambio commerciale, ma sotto quello del monopolio, in senso lato, perchè le prestazioni delle amministrazioni sono uniche nel loro genere » (49).

Eppure, anche a questo proposito, i due mondi continuano a colloquiare.

« La théorie de la déclaration de volonté — come faceva osservare Hauriou — consiste à faire abstractions des individus pour ne considérer que des actes » (50). Già questa affermazione rappresentava un primo cedimento delle teorie individualistiche a favore di una concezione oggettiva dell'autonomia privata; confermava che il centro del sistema dogmatico era ormai occupato dagli atti, dalle loro classificazioni e distinzioni, dai loro elementi, dai loro vizi.

L'imperio della volontà si è tradotto in una sistematica degli atti, cui proprio l'affievolirsi dell'onnipotenza della volontà individuale, il crescente rilievo dell'interesse, il necessario collegamento con la norma, attribuiscono oggettività e astrattezza e una predicabilità anche al di fuori dei confini del diritto privato.

Qual'è in definitiva la risposta di Hauriou ai progressi della teoria della dichiarazione di volontà nella civilistica tedesca e nel BGB? È, semplicemente, che il diritto amministrativo francese quella teoria già la possiede ed ha persino contribuito ad elaborarla. Perchè sull'atto sono fondati il contenzioso, l'oggetto della cognizione del giudice, i suoi poteri di decisione; perchè la stessa amministrazione attiva si risolve in una serie di atti sottoposti a controllo. E « l'acte juridique administratif n'est autre chose que la déclaration de volonté de l'administration » (51).

In questa sistematica degli atti, il negozio da una parte, l'atto amministrativo dall'altra, trovano un ordine categoriale, schemi di definizione e di classificazione comuni.

All'interno di quest'ordine categoriale, tuttavia, volontà privata

---

(49) *L'errore nella dichiarazione di volontà come vizio degli atti amministrativi ed in particolare dei decreti su ricorso gerarchico*, in *Giur. it.*, LIX(1907), pt. III, c. 119.

(50) HAURIOU-BEZIN, *La déclaration de volonté dans le droit administratif français*, cit., p. 546.

(51) *Ibid.*, p. 549.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e volontà amministrativa recuperano compiutamente la loro antinomia, dando vita ad ordinamenti diversi, costruiti sulle immagini contrapposte del pubblico e del privato che già conosciamo.

La dicotomia pubblico-privato impone la sua indisponibile centralità, mentre categorie e prestiti dogmatici imboccano la strada di una difficile trasformazione concettuale.

E su questo delicato tornante si aprono anche il progetto ed il lavoro di Federico Cammeo.

3. *« Dal noto all'ignoto, dal diritto privato al diritto amministrativo »: le specificità di una tendenza programmatica.*

Molteplici ragioni facevano della distinzione tra diritto amministrativo e diritto privato uno dei principali punti di snodo dell'architettura concettuale di Federico Cammeo. Le immagini, contigue sì, ma fortemente differenziate del pubblico e del privato, richiedevano l'individuazione di linee di confine sufficientemente precise tra i due universi giuridici.

La centralità dei temi della giustizia amministrativa; l'assoluta preminenza, nel controverso e contraddittorio panorama normativo italiano, propria delle questioni collegate al riparto di giurisdizione, offrivano un retroterra concreto e solide motivazioni operative alla necessità delle partizioni teoriche.

Di qui, la circostanza che quelle partizioni, specialmente nel *Commentario*, trovavano molto spesso spazio proprio all'interno dei rapporti tra le giurisdizioni. Tanto più ampi ed estesi fossero risultati i rapporti tra cittadino e amministrazione regolati dal diritto privato; tanto più delimitato e circoscritto sarebbe stato, reciprocamente, l'ambito del diritto amministrativo e della relativa giurisdizione.

Appare subito chiaro, però, dalle pagine di Cammeo che la scelta 'pandettistica' non può essere individuata in una enfatizzazione del diritto privato ai 'danni' del diritto amministrativo; ovvero, in un indiscriminato allargamento dell'ambito di applicazione del mondo della parità, con la conseguente restrizione di quello dell'autorità.

Il passato, e specialmente lo Stato di polizia, aveva in realtà offerto soluzioni di questo tipo, ma per Cammeo non c'è dubbio che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un ritorno alla teoria del Fisco costituirebbe una « involuzione regressiva » (52).

L'immagine che Cammeo possiede dell'antico regime è fortemente modellistica (53) ed assai tributaria della lettura di Otto Mayer. Tralasciata qualsiasi attenzione all'esercizio in via giustiziale delle funzioni pubbliche (54), la giuridicizzazione dei rapporti con lo Stato appare possibile soltanto sul piano del diritto civile. Solo sdoppiando la personalità dello Stato ed inventando un lato privatistico e patrimoniale della sovranità — il Fisco, appunto — è possibile fondare anche un rapporto giuridico con il suddito.

L'*imperium* si identifica, invece, immediatamente con l'arbitrio, risultando del tutto impermeabile al diritto. All'impossibilità di configurare un diritto pubblico soggettivo nel mondo dell'autorità, si ovvia espandendo il campo del diritto patrimoniale. Le garanzie, in antico regime, non sono, dunque, né possibili né pensabili nella sfera dell'*imperium*; possono essere soltanto 'surrogate', almeno in parte, altrove, espandendo gli spazi di applicazione del diritto privato.

In questa prospettiva, non c'è dubbio che la teoria del Fisco sia stata « eccellente nello stato assoluto, nel quale la funzione del fisco, suddito e buon pagatore, tiene opportunamente luogo della teoria completa della divisione dei poteri, di cui altro non è che un embrione e garantisce giustizia almeno parziale » (55).

Il presente offre, tuttavia, un altro panorama e ben altre esigenze. La piena affermazione del principio di divisione dei poteri non richiede più di compensare, nel diritto privato, l'impossibilità di una garanzia giuridica nel diritto pubblico. Diritto soggettivo ed istituti giurisdizionali, sia pure al prezzo di non poche contraddi-

---

(52) *Commentario*, cit., pp. 193-94.

(53) Si tratta di un'immagine, per altro, ampiamente comune alla scienza giuridica ottocentesca. Interessanti osservazioni in L. MANNORI, *Immagini dell'antico regime nella giuspubblicistica ottocentesca italiana*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico*, XVI(1990), pp. 93 e ss.

(54) Su cui, invece, si può vedere l'ampia indagine di MANNORI, *Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 19(1990), spec. pp. 415 e ss.

(55) *Commentario*, cit., p. 190.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zioni e di non poche concessioni alla specialità, si sono affermati anche nel diritto pubblico.

Gli obiettivi di giuridicizzazione — obiettivi che costituiscono, secondo questa consolidata modellizzazione, il compito 'storico' del giurista ottocentesco — non possono, certo, dirsi tutti raggiunti, se « il problema della legalità dell'amministrazione » rappresenta « il problema giuridico più grave del diritto pubblico nello stato libero » (56). Eppure, sono ormai indirizzati su binari costituzionali che permettono di non addossare al solo diritto privato la responsabilità della garanzia delle situazioni soggettive nei confronti del potere pubblico.

In Cammeo, comunque, il discorso non si arresta a questo piano 'costituzionale'.

La stessa distinzione di Jellinek tra diritto soggettivo privato e diritto soggettivo pubblico, tra *licere* e *posse*, comportava che le « facoltà economiche » fossero, proprio perchè naturalmente possibili, e dunque lecite, « essenzialmente substrato di diritti privati » (57).

In questo senso, Jellinek, per Cammeo, non si discostava dagli equilibri dello Stato assoluto se non perchè ammetteva, sulle precarie basi del *posse*, un diritto soggettivo anche nel diritto pubblico; ma a quegli equilibri rimaneva legato per la sostanziale identità tra rapporti patrimoniali e diritto civile (58).

Per Cammeo, invece, non c'è dubbio che anche nel mondo della patrimonialità possano e debbano essere individuati rapporti pubblicistici (59). La lezione di Mayer (60) dimostra, dunque, tutto il suo

---

(56) *Commentario*, cit., p. 2.

(57) *Commentario*, cit., pp. 192-93.

(58) G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, cit., pp. 60 e ss., la cui tesi, però, è assai più sfumata, ammettendo, comunque, la possibilità di diritti patrimoniali pubblici. Si veda, in particolare (p. 66) la critica alla distinzione di Sohm tra *Gewaltrecht* e *Vermögensrecht*.

(59) Una posizione diversa Cammeo aveva sostenuto nella voce *Demanio* de *Il Digesto italiano* (vol. IX, pt. 1ª, Torino, 1897): « noi crediamo che gli enti pubblici abbiano sulle cose demaniali, oltre il potere di polizia, un vero diritto di proprietà, secondo il *gius* privato » (p. 900). Invece, per la definizione del diritto degli enti pubblici sul demanio come « diritto pubblico reale », si veda il *Corso*, vol. II, cit., p. 997.

(60) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895, vol. I, pp. 134 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

peso e la critica di Cammeo agli « atti misti » richiama da vicino quella del *Deutsches Verwaltungsrecht* al « gemischte Rechtsinstitut » (61).

Non operano, tuttavia, le motivazioni della pubblicizzazione (62); né preme l'architettura ideologica che indirizza tutto il sistema del giurista tedesco. Se il pubblico deve estendersi anche verso la dimensione patrimoniale, questo non accade per seguire i sentieri della *Eigenständigkeit* del potere amministrativo, ma per motivi più semplici e concreti, per assicurare, cioè, una più adeguata composizione delle contrapposte esigenze, dell'interesse collettivo e dell'interesse individuale.

Quella composizione che gli « atti misti » sono invece incapaci di assicurare, perchè « nonostante l'asserito carattere misto, o prevale lo elemento ideale o quello patrimoniale: se prevale il primo.. . si afferma l'arbitrio dello stato e si lasciano indifesi gli interessi dei cittadini. Se prevale l'elemento patrimoniale, si vincola senza misura, senza limitazione, senza distinzione lo stato, specialmente coll'imporgli larghe indennità, stabilite in base alla precisa misura dell'interesse economico leso » (63).

Il diritto amministrativo deve dunque espandersi nella sfera disciplinata dal diritto privato, deve conquistare importanti settori

---

(61) CAMMEO, *Commentario*, cit., pp. 193 e ss.; O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., pp. 145 e ss.. Per una valutazione della posizione di Mayer, sia consentito rinviare a SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., pp. 132 e ss.

(62) Significativo il fatto che, sui temi della patrimonialità pubblicistica, Cammeo riconosca un proprio debito non tanto nei confronti di Mayer quanto di Otto von Sarwey (*Commentario*, cit., p. 195 in nota) la cui opera — *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, Tübingen, 1880, trad. ital., *La giustizia nell'amministrazione e l'ordinamento burocratico*, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, 2ª serie, vol. VIII, Torino, 1902, pp. 928 e ss. (le pagine sui diritti patrimoniali pubblici) — Cammeo doveva sentire particolarmente vicina anche per altri profili: l'affermazione del carattere giurisdizionale degli istituti di giustizia amministrativa; il loro indeclinabile collegamento con lo « Stato costituzionale »; l'individuazione della loro funzione essenziale nella tutela dei diritti soggettivi. Sulla, relativa, fortuna di Sarwey in Italia, si veda quanto diciamo in *L'influenza tedesca*, in *Le riforme crispine*, vol. II, *La giustizia amministrativa*, Archivio ISAP, n. s., n. 6, Milano, 1990, pp. 542-43.

(63) *Commentario*, cit., pp. 193-94. E per una significativa applicazione di specie, *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, in *Giur. it.*, LV(1903), pt. I, I, cc. 473-75.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della patrimonialità (64); avanza sino ad un nuovo limite, quello della commercialità del rapporto: il nuovo, vero confine che si erge a distinguere interessi di lucro ed interessi collettivi.

Il diritto amministrativo, per Cammeo, non può essere considerato, pertanto, un diritto eccezionale rispetto al diritto privato, inteso, al contrario, come diritto comune. Diversamente, si ricadrebbe nella pericolosa alternativa tra « l'eccessivo assorbimento del diritto pubblico nel privato » e l'impossibilità di regolare — stante la tassatività delle norme eccezionali — compiutamente i molteplici rapporti pubblici a contenuto non patrimoniale (65).

Il diritto amministrativo è dunque la 'regola' nel rapporto tra Stato e sudditi; è, a sua volta, un 'diritto comune': « il diritto comune, ordinario, per i rapporti tra individuo e Stato » (66).

La tendenza 'pandettistica' si rivela, perciò, una scelta teorica ben diversa da altre alternative 'privatistiche'.

Diversa, innanzi tutto, dalla *Fiskuslehre* e non solo nelle sue accezioni tradizionali, di cui fanno testo le ampie citazioni di Peregrinus (67): un approccio troppo « embrionale » al rapporto Stato-cittadino, ed ormai superato dai progressi costituzionali dello Stato di diritto e dalla possibilità di sperimentare garanzie e tutele anche nel campo dell'*imperium*. Quelle tesi possono essere in grado, per Cammeo, di estendere l'ambito di applicabilità del diritto privato, ma non sono in grado di offrire elementi positivi per la costruzione dogmatica del polo pubblicistico.

Per motivi analoghi, seppure con maggiori consonanze, distanti da Cammeo appaiono anche le posizioni della dottrina amministrativistica pre-orlandiana, di Lorenzo Meucci, in particolare.

Nelle pagine delle *Instituzioni*, il diritto amministrativo appare ancora conteso tra « due parti distinte: una giuridica, l'altra regola-

---

(64) In questo senso anche la sintetica, ma lucidissima, *Recensione* a V. Brondi, *Le pubbliche amministrazioni e la gestione di affari*, Torino, 1902, in *Giur. it.*, XLVIII(1896), pt. IV, cc. 37-40.

(65) *Commentario*, cit., p. 198.

(66) *Corso*, vol. I, cit., p. 109.

(67) *Commentario*, cit., pp. 187 e ss. Il riferimento è al *De privilegiis et iuribus fisci libri octo*, Venetiis, 1611, di Marco Antonio Pellegrini, una delle opere più note della trattastica fiscale tra Cinque e Seicento.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mentare » (68); mentre per Cammeo, ormai alle spalle la frammentazione disciplinare, il diritto amministrativo è in grado di elaborare un proprio sistema (giuridico) delle manifestazioni di volontà dello Stato.

In quelle prime sintesi manualistiche, il diritto amministrativo ha ancora il volto di un diritto eccezionale, che completa una disciplina di diritto comune che abbraccia la stessa attività delle pubbliche amministrazioni.

La specialità è lo stesso presente, solidissima, impenetrabile, ma rifluisce in una zona in cui autorità e arbitrio si confondono negli spazi di libertà conservati all'amministrazione, in una discrezionalità resistente a qualsiasi penetrazione giuridica e dunque a qualsiasi controllo giurisdizionale, delimitando così l'applicabilità di un diritto comune che si identifica ancora con il diritto privato. La descrizione dell'espropriazione nei termini di una vendita forzata nella quale « il consenso del venditore è supplito dalla legge » (69) e, parallelamente, l'affermazione secondo la quale la dichiarazione di pubblica utilità « è tutta di competenza amministrativa » (70), sintetizzano perfettamente il punto di incontro tra privato e pubblico.

In Cammeo, invece, il diritto amministrativo è divenuto « il diritto comune, ordinario per i rapporti tra individuo e Stato »; ha occupato per intero quell'« area grigia » (71), prima abbandonata agli indefiniti contorni di tutela fissati nell'articolo 3 della legge abolitiva del contenzioso. Ed ha occupato anche quegli « atti misti » (72) in cui si confondono elementi ideali e patrimoniali.

Certo, la celebre affermazione di Meucci, secondo la quale « il diritto amministrativo, non essendo che una grande applicazione del

---

(68) L. Meucci, *Instituzioni di diritto amministrativo*, Roma, 1879, vol. I, p. 18: « ...l'una dove vive l'elemento giuridico scientifico; l'altra dove campeggia l'arte della politica e dell'amministrazione, il meccanismo e il tecnicismo degli istituti ».

(69) *Ibid.*, vol. II, Torino, 1885, p. 126.

(70) *Ibid.*, vol. I, p. 118.

(71) F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. del dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 591.

(72) Se ne veda l'elenco in *Commentario*, cit., p. 193: « rapporti tra amministrazione e funzionari, fra amministrazione e concessionari, fra amministrazione e cittadini per le limitazioni della loro capacità economica nella imposta, nella espropriazione, nella proprietà fondiaria e nell'esercizio delle industrie ecc ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto a' rapporti della vita pubblica, in molti punti è parte, in altri è svolgimento, in pochissimi modificazione del diritto civile inteso largamente e a modo romano » (73), può presentare affinità non irrilevanti con molte pagine di Cammeo.

L'idea di una sostanziale unità del diritto, la circolarità dei principii giuridici fondamentali e degli istituti rappresentano posizioni sulle quali la convergenza tra i due giuristi è sensibile. Li divide, tuttavia, la frattura determinata dalla definitiva 'conquista' della specialità amministrativa. Cammeo scrive le sue pagine all'indomani delle opere di Mayer, di Hauriou; molti dei suoi scritti seguono anche ad un'altra opera di frattura: i *Principii di diritto amministrativo* di Santi Romano.

È anch'egli, dunque, giurista dell'età della pubblicizzazione, anche se dalla vulgata più diffusa di questa prende le distanze su molti profili: equilibri costituzionali, modelli di amministrazione, immagini ideologiche. Opera in un contesto in cui duplicità dei sistemi giurisdizionali e frammentazione disciplinare si sono consolidati. Appresta la propria risposta teorica per un diritto amministrativo che è ormai quello dell'ultimo decennio del secolo. Diritto pubblico e diritto privato si affidano alle immagini, enfatizzate e contrapposte, che già conosciamo.

Per motivi diversi, che risalgono però, anche in questo caso, alla diversa maturità delle situazioni istituzionali di riferimento, Cammeo appare distante dalle posizioni 'privatistiche' che, in Germania, a cavallo del primo conflitto mondiale e grazie, essenzialmente, al contributo di Erich Kaufmann (74), attualizzano la *Fiskuslehre*, riscoprendo il carattere multiforme (*vielgestaltig)* del diritto amministrativo. In questo caso, l'accento cade sul recupero della storica duplicità degli statuti giuridici della pubblica amministrazione. Si ricercano quelle intersezioni tra pubblico e privato, tra atto e contratto, tra attività e organizzazione, 'indebitamente' accorciate

(73) MEUCCI, *Instituzioni*, vol. I, cit., p. 14.

(74) Il riferimento è a E. KAUFMANN, *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, in STENGEL-FLEISCHMANN, *Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, Bd. 3, 2. Auflage, Tübingen, 1914, pp. 688 e ss. Ci limitiamo nel testo ad alcune considerazioni di sintesi; per un più puntuale inquadramento della posizione di Kaufmann all'interno del dibattito tedesco, rinviamo alla nostra ricostruzione, *Tra Weimar e Vienna*, cit., pp. 60 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dal monolitismo pubblicizzante della scuola di Otto Mayer e che, invece, il processo di privatizzazione delle strutture e delle forme di azione amministrativa sta avviando nella realtà istituzionale, parallelamente al crescere e al diversificarsi dei compiti pubblici.

Non si può dire, certo, che Cammeo rifugga dal confronto con le trasformazioni. È lettore troppo attento della giurisprudenza perchè gli possano sfuggire i segnali di mutamento. 'Scopre' precocemente il mondo del servizio; segue con attenzione le novità che in questo settore presentano, in particolare, le amministrazioni comunali. Non esita dal riconoscere che, sul piano dell'organizzazione, i caratteri individuativi della persona giuridica pubblica sono affidati, ormai, soltanto a « dati » ed « elementi estrinseci » (75).

Il suo 'sistema' è, però, quasi del tutto consolidato al momento della pubblicazione del *Corso*, un'opera che rappresenta la sintesi di un impegno scientifico avviatosi nel tornante di fine secolo e distesosi lungo tutto l'arco del primo decennio del Novecento. E a questo periodo appartengono anche le immagini che elabora del pubblico e del privato.

Rimane perciò sostanzialmente estraneo alle contaminazioni tra i due universi giuridici (76) che, del resto, nell'ordinamento italiano, si faranno più evidenti e tangibili solo a partire dal primo dopoguerra. Legato alla 'classicità' della sua distinzione tra pubblico e privato; fedele alla assoluta intangibilità della dicotomia tra statuale e commerciale, Cammeo si porrà — come tutti i maestri d'inizio secolo — al di qua della linea di confine con il presente.

La 'tendenza pandettistica' va allora ricercata su altri piani. Presuppone, evidentemente, la centralità della delimitazione tra le aree di diritto privato e quelle di diritto amministrativo. Ma non è su questa direttrice, sulla quale i risultati non si discostano sensibilmente da quelli prodotti dalla linea dominante, che opera.

---

(75) *Commentario*, cit., pp. 650 e ss., e si veda anche quanto diciamo nell'ultimo paragrafo del lavoro.

(76) Unica, importante eccezione il saggio *Gli impiegati degli enti pubblici e le norme sull'impiego privato*, in *Giur. it.*, LXXIX(1927), pt. III, cc. 1 e ss. Qualche passo significativo anche in *La beneficenza pubblica e le altre attività dello Stato per la distribuzione della ricchezza*, in *Riv. dir. pubbl.*, XX(1928), pt. 1ª, pp. 145 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La 'tendenza pandettistica' si risolve, infatti, in Cammeo, prima di tutto, in un programma di costruzione della specialità.

Definita una certa confinazione tra privato e pubblico; assimilata l'immagine diffusa che i giuristi della seconda metà dell'Ottocento posseggono della successione delle tipologie statuali e dell'evoluzione dei modelli costituzionali, la frequentazione con le Pandette non serve a Cammeo per restringere gli spazi assegnati al diritto amministrativo, espandendo quelli, corrispondenti, occupati dal diritto comune civilistico, ma per orientare e dirigere la costruzione dogmatica del polo pubblicistico.

Non ci sono premesse filosofiche o particolari fondazioni ideologiche. Il punto di partenza è estremamente semplificato, nella sua evidente operatività. Il diritto privato — già lo sappiamo — costituisce « un campo non controverso » (77); offre un complesso di norme ormai definito.

E, se il contenuto di quelle norme — l'« elemento materiale » del diritto — non può sottrarsi alla storicità e presenta, perciò, un'intrinseca variabilità; l'« elemento formale » è invece consolidato dall'elaborazione plurisecolare, è giunto « ad un più alto grado di coscienza e stabilità ». Il diritto pubblico, all'opposto, è segnato dalla mutabilità, dalla fluttuabilità: i suoi criteri non sono « né chiari, né concordi, né precisi » (78).

Per il giurista, che del diritto pubblico deve « trattare », non rimane, allora, che « procedere dal certo all'incerto », o — come si dirà in altro luogo del *Commentario* e poi del *Corso* — « procedere dal noto all'ignoto », « dal diritto privato al diritto amministrativo » (79).

Nell'affrontare la galassia del pubblico, in cui storicità, sovranità, *imperium*, politicità e, subito appresso, giuridicità, legalità, tutela, attendono un loro sistema, il giurista può dunque affidarsi ad una guida infallibile: può trovare nel diritto privato « una base sicura

(77) *Commentario*, cit., p. 10.

(78) *Commentario*, cit., p. 10.

(79) Per i passi ricordati nel testo, si vedano rispettivamente, *Commentario*, cit., p. 10; p. 105; *Corso*, vol. I, cit., p. 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per la costruzione teorica delle medesime nozioni formali nel campo dei rapporti pubblici » (80).

Diritto pubblico e diritto privato hanno contenuti materiali diversi, danno vita ad immagini distinte, non di rado opposte. Al tempo stesso, però, sono « intimamente connessi », sono « due aspetti di un medesimo fenomeno sociale » (81), posseggono la stessa struttura formale. Con una conseguenza fondamentale: che il rapporto giuridico « si svolge nello stesso modo ».

« Gli istituti fondamentali e formali » sono dunque comuni ai due rami del diritto: che il rapporto intercorra tra i cittadini tra loro o fra gli organi statali e i cittadini, ciò non toglie che la disciplina giuridica si snoda secondo la consueta scansione degli istituti: « diritto obbiettivo, persone, diritto subbiettivo, oggetto di esso, rapporto giuridico, azione » (82).

Al fondo di questa impostazione sta un'idea di unità del diritto (83), non inconsueta nella scienza amministrativistica precedente ad Orlando; sta anche, a differenza di quella letteratura, un'assimilazione completa del lavoro della pandettistica, la consapevolezza che anche nel diritto pubblico il compito del giurista consiste nell'elaborazione di un sapere sistematico, nella costruzione di categorie concettuali, nella creazione di istituti tra di loro armonicamente correlati.

Non sembrano, a prima vista, posizioni particolarmente individualizzanti; l'impressione è, anzi, quella di trovarsi di fronte a passi obbligati, comuni a tutta una giuspubblicistica alla ricerca di una propria teoria generale.

Eppure, sono anche il segno dell'assoluta individualità del progetto di Federico Cammeo.

Va segnalata, intanto, l'estrema consapevolezza che Cammeo dimostra di queste tematiche. Nelle sue pagine non c'è spazio per una infatuazione passeggera o per l'utilizzo approssimativo di schemi teorici elaborati in altri contesti giuridici. C'è invece, pro-

---

(80) *Commentario*, cit., p. 10.

(81) *Commentario*, cit., p. 7.

(82) *Corso*, vol. I, cit., p. 6.

(83) Un riferimento all'idea di unità del giuridico è anche in GIANNINI, *Prefazione* a CAMMEO, *Corso*, vol. I, cit., p. IX.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fondamente sentita, una riflessione, veramente strategica per gli equilibri del proprio disegno, sulle affinità e le specificità dei due mondi del pubblico e del privato: una riflessione, compiuta all'insegna del riconoscimento di una sostanziale unità del giuridico.

E va segnalato, anche, il preciso valore programmatico che nel contesto della sua opera assume questo *modus procedendi*: la costruzione del diritto amministrativo secondo le categorie e l'ordine concettuale propri del diritto privato.

Non di una « privatizzazione del diritto amministrativo » (84) si tratta, almeno nel senso di un'espansione delle regole del diritto privato ai danni della specialità, ma appunto — come già si è detto — di una precisa declinazione di questa stessa specialità.

Nel momento in cui la 'pubblicizzazione', in Germania e in Italia, intende la costruzione dogmatica del diritto pubblico come liberazione e affrancamento di questo dagli istituti del diritto privato, come sostituzione delle prospettive pubblicistiche al dominio civilistico nel campo della pubblica amministrazione, Cammeo batte, in piena consapevolezza e con grande determinazione scientifica, la strada opposta.

Il suo obiettivo programmatico non è l'*Umbildung* degli istituti civilistici, intesa come liberazione (*Befreiung*) della specificità pubblicistica dai modelli paritari del diritto civile; non è la sostituzione sistematica del *Mehrwert,* che contraddistingue l'essenza stessa del pubblico, alla *Ausgleichung* tipica invece degli interessi privati (85).

Al contrario, il sentiero da seguire per scoprire le regole del rapporto amministrativo è segnato, ad ogni passo, dagli istituti, sperimentati, sedimentati, affidanti del diritto privato.

Nella dottrina dominante è una certa immagine dell'amministrazione, un'immagine di valore costituzionale ancor prima che amministrativo, che ad ogni passo condiziona l'articolazione concreta dei

---

(84) Come ha ben visto GIANNINI, *Prefazione* a CAMMEO, *Corso*, vol. I, cit., p. X.

(85) Secondo gli indirizzi e gli obiettivi perfettamente sintetizzati, invece, da F. FLEINER, *Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht*, Tübingen, 1906, spec. pp. 9-10. Più ampiamente su questa prolusione di Fleiner, SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., pp. 62 e ss. Osservazioni interessanti anche in S. M. RETORTILLO,, *Il diritto civile nella genesi del diritto amministrativo e dei suoi istituti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, IX(1959), pp. 697 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costrutti dogmatici, che piega e indirizza un metodo giuridico che pure si è preso a prestito dalle scienze civilistiche.

In Cammeo, invece, questa sovradeterminazione costituzionale non opera, perchè il modello dello « Stato libero » è sufficientemente pregnante, almeno da impedire di far coincidere il centro dell'ordinamento istituzionale con l'amministrazione.

Al tempo stesso, del diritto privato Cammeo prende, come tutti i giuristi a lui contemporanei, il lato formale, categoriale del metodo giuridico — il sistema, le partizioni, i concetti (86) —. Ma riprende anche un tessuto di istituti — il rapporto giuridico, il negozio, il diritto soggettivo, l'azione, il processo e così via — che rendono subito meno evanescente la sua idea di unità del diritto; che si proiettano, con difficoltà, certo, non senza contraddizioni, nel mondo dell'*imperium* e della discrezionalità, sperimentando sentieri inconsueti di giuridicizzazione del potere.

Privata del suo inconfondibile, ottocentesco, contenuto ideologico; ridimensionata dal richiamo costante, operativo ad un'effettiva unità dell'ordinamento, la specialità non scompare, ma perde i toni apodittici ed assoluti tanto frequenti nell'indirizzo dominante; diventa una specialità problematica, talvolta persino contraddittoria; abbandona i fondamenti costituzionali di un potere amministrativo sostanzialmente in grado di autolegittimarsi, per scoprire una possibile articolazione, una soluzione giuridica, al conflitto di due interessi strutturalmente differenziati: l'interesse collettivo e l'interesse individuale.

4. *Un « campo comune » per eccellenza: il negozio giuridico.*

Due paginette litografate, sepolte nella modesta veste tipografica del *Corso*, ci svelano, con esemplare chiarezza, il senso del colloquio con le Pandette:

« Anche ammessa la distinzione, secondo il predetto criterio tradizionale, fra diritto pubblico amministrativo e diritto privato bisogna riconoscere che essi hanno poi un campo comune.

(86) *Corso*, vol. I, cit., p. 21: « mi propongo di esporre tale parte generale (del diritto amministrativo) secondo il sistema seguito nel diritto privato, tenendo conto delle analogie e delle differenze ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tuttociò che attiene al meccanismo fondamentale del diritto come regola di condotta imposta a due subbietti subordinati alla volontà superiore dello Stato e accompagnata da sanzione, non si presenta nei due diritti in modo radicalmente disforme. I concetti di diritto obbiettivo, di sua fonte, di diritto subbiettivo, di obbligo, di negozio giuridico e suoi estremi, di adempimento di tale obbligo e perciò per es. di pagamento, di estinzione del medesimo (per es. prescrizione, compensazione), coazione all'adempimento, di responsabilità, cioè di adempimento per equivalente pecuniario, di obblighi non più adempibili in forma specifica, di tutela giurisdizionale (azione o ricorso; cosa giudicata, esecuzione coattiva) sono con lievi differenze e con qualche restrizione nel campo del diritto pubblico comuni ai due diritti. E v'ha di più. Questi istituti comuni sono disciplinati in occasione del diritto privato e nelle leggi relative, sono elaborati nella dottrina di questo, perchè questo è il primo diritto giunto a perfezione. Per il fatto che in tema di diritto pubblico, e in difetto di norme specifiche di esso, che questi istituti disciplinino, si deve andarne a ricercare l'ordinamento nel diritto privato, sarebbe errore pensare che si passi dall'un diritto all'altro. Si utilizzano soltanto istituti comuni, ricercandoli dove già sono regolati (87) ».

Un « campo comune », una serie di « istituti comuni », quindi. Il passaggio « dal noto all'ignoto » si delinea, il programma si fa concreto. La trama concettuale che può permettere di costruire una 'parte generale' anche nel diritto pubblico possiede dei precisi termini di riferimento: non solo un metodo, ma ormai, inequivocabilmente, degli istituti.

Sembra riacquistare anche una sua inconfondibile unitarietà la stessa biografia intellettuale di Cammeo. Il Cammeo processualcivilista, il traduttore e annotatore di Crome si fanno più vicini al Cammeo amministrativista. Opere, iniziative, pensate e realizzate in piena autonomia dalle prospettive pubblicistiche vengono attratte dal « campo comune »; offrono la dimostrazione evidente di una frequentazione assidua, scientifica, con l'elaborazione dottrinale di quei concetti di cui ci si appresta a verificare « differenze » e « restrizioni » nel diritto pubblico.

---

(87) *Corso*, vol. I, cit., pp. 102-103.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Crome doveva essere il modello espositivo per una civilistica ancora troppo vincolata ai commentarii del *Code civil*; doveva rappresentare un supporto scientifico, un serbatoio di principii generali non rintracciabili nella sistematica, troppo semplificata, del codice.

Ma quella « disposizione sistematica perfettamente razionale unita ad una precisione concettosa di forma nel conciso testo dei paragrafi », di cui Crome e ancor di più l'« insuperato e forse insuperabile » (88) modello delle *Pandette* di Windscheid rappresentavano una precisa dimostrazione, ben poteva essere un modello anche per il lavoro del giuspubblicista.

Ed il *Corso* quella « parte generale » intendeva appunto tracciare. Basta ripercorrere l'elenco degli istituti che abbiamo visto comporre il « campo comune », per rendersi conto dell'ampiezza degli obiettivi che Cammeo si poneva con quest'opera. Solo appena ridimensionati, o forse, meglio, appena un po' nascosti dalla scelta, mai modificata, della litografia, che sembrava voler sottolineare, invece, il carattere solo manualistico, la destinazione esclusivamente didattica del lavoro. Troppo poco sedimentato, per Cammeo, — come sappiamo — il diritto amministrativo, per pensare di poter realizzare, con la veste tipografica che gli sarebbe dovuta competere, un *Lehrbuch* con gli stessi pregi dei manuali di pandette.

Le tessere di quella parte generale pubblicistica risalivano, invece, a molto prima, a contesti forse più settoriali, ma non per questo meno significativi.

Questo vale in particolare per il negozio. Nell'elenco di « istituti comuni » fissato nel *Corso*, è una presenza che non stupisce: appare perfettamente naturale che, in quel contesto, si faccia tesoro dell'istituto, per il quale più fruttuoso, più evidente era stato l'apporto sistematico (89).

L'approccio al negozio si era, però, avviato in Cammeo negli ultimi anni del secolo, su altre basi che non quelle esclusivamente sistematiche, con altre contrapposizioni e scelte di campo. Ed il

---

(88) A. Ascoli - F. Cammeo, *Prefazione dei traduttori*, in Crome, *Parte generale del diritto privato francese moderno*, cit., p. VI.

(89) Un apporto sistematico che aveva abbracciato le classificazioni, i presupposti, gli elementi, gli effetti, i vizi degli atti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

negozio, ancor prima di essere il cardine della 'parte generale' era stato il simbolo di quella specialità problematica cui conduceva la direttrice programmatica così consapevolmente adottata.

Già nel saggio raccolto nel *Trattato* di Orlando e dedicato a *Della manifestazione della volontà dello Stato*, Cammeo aveva infatti sostenuto: « il provvedimento si assomiglia grandemente nel diritto pubblico a ciò che nel diritto privato dicesi negozio giuridico » (90). Un'affermazione tutt'altro che scontata o prevedibile (91); anzi, in qualche modo, addirittura, rivoluzionaria.

Sappiamo già che, per gli scritti elaborati sul finire del secolo, Otto Mayer era stato per Cammeo un interlocutore importante. Del giurista tedesco si erano seguite la ricostruzione delle tipologie statuali, la delimitazione tra l'area di diritto comune e quella di diritto amministrativo. Si era ripresa, in particolare, la prospettiva di un diritto amministrativo in grado di estendersi verso il mondo degli atti misti, verso la patrimonialità e la contrattualità amministrative.

Mayer è dunque una fonte conosciuta ed autorevole, di cui, per un certo tratto, si percorre persino la stessa strada. Quella strada comune s'interrompe, però, bruscamente proprio sul concetto centrale e portante dell'intera architettura del *Deutsches Verwaltungsrecht*: la definizione di atto amministrativo.

E le implicazioni di questa repentina inversione di rotta sono naturalmente molteplici.

L'analogia con il negozio aveva, intanto, un significato ulteriore e più ampio rispetto all'impiego dello schema della dichiarazione di volontà, che pure Cammeo, proprio nel saggio del 1898 sul *Trattato* di Orlando, aveva utilizzato per definire i rapporti tra legge e regolamento e, più in generale, per elaborare una teoria degli atti

---

(90) *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo: Legge e ordinanza (decreti e regolamenti)*, (1898), in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, cit., vol. III, p. 40.

(91) Un'analogia che le stesse fonti privatistiche di Cammeo, del resto, non sempre consentivano. Se Ferdinand Regelsberger ammette « prozessualische und staatsrechtliche Rechtsgeschäfte » (*Pandekten*, cit., pp. 542-43); Alfred Manigk esclude invece la possibilità di estendere il concetto di negozio giuridico al di là del diritto privato, consigliando, addirittura, di evitare l'espressione « Rechtsgeschäfte des öffentlichen Rechts » (*Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft*, Breslau, 1901, p. 19). Vedi anche *retro* nota 41.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

normativi dell'esecutivo. Ed indagando fondamento e legittimazione di quegli atti, Cammeo aveva offerto una delle pagine più nitide della giuspubblicistica di fine secolo (92).

In quelle pagine la manifestazione di volontà si era dimostrata uno schema sostanzialmente neutro: uno schema che, costruita la personalità giuridica e materializzata, attraverso questo schermo, la volontà dello Stato, era risultato abbastanza plasmabile dall'essere applicato senza eccessive difficoltà al comando normativo.

Nel momento in cui l'atto normativo cedeva, invece, il passo al provvedimento individuale e la volontà si confrontava con la norma, soggetto e ordinamento dovevano trovare, nella produzione degli effetti giuridici, un necessario contemperamento.

Un motivo presso che esclusivo dettava infatti l'analogia del provvedimento con il negozio: la constatazione che la volontà amministrativa, in questo caso, non diversamente dalla volontà individuale, agiva « nei limiti del diritto obiettivo » (93).

L'effetto giuridico prodotto dalla dichiarazione non discendeva quindi da una diretta legittimazione, non poteva essere immediatamente normativo, né, del resto, puramente dichiarativo di un precetto giuridico, ma disposto al tempo stesso dalla volontà dell'amministrazione e dall'ordinamento ed aperto, perciò, ad una verifica pienamente giustiziabile.

Il dissenso con Mayer si appunta, quindi, sulla possibilità che l'amministrazione determini, con il provvedimento, « was für ihn (il suddito) Rechtens sein soll » (94): « che ogni atto amministrativo sia una dichiarazione di ciò che è diritto, può essere un ideale raggiungibile solo quando le leggi siano perfette e complete e l'amministrazione assolutamente imparziale. Ma come ogni altro ideale non

---

(92) CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato*, cit. Sulle tematiche affrontate da Cammeo in quest'opera si vedano E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, pp. 95-96; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, pp. 44-45; SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., pp. 384 e ss.

(93) *Della manifestazione della volontà dello Stato*, cit., p. 40.

(94) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 95. Per un'analisi più ampia di questa definizione, SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., pp. 49 e ss., con la letteratura ivi richiamata.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

risponde alla realtà, ed il credervi che vi risponda è praticamente dannoso » (95).

L'immagine della negozialità, l'analogia con gli atti giuridici privati discende, dunque, essenzialmente dalle profonde differenze che, per presupposti e scopi, dividono, per Cammeo, la funzione giurisdizionale da quella amministrativa (96).

Quello che è certo è che « l'atto amministrativo anche legittimo non può equivalere alla sentenza », per il motivo fondamentale che « gli atti amministrativi creano un rapporto giuridico »; « le sentenze definiscono un rapporto giuridico già creato » (97).

La prima conseguenza di questa impostazione è il diverso ruolo che gli istituti di giustizia amministrativa ottengono all'interno del sistema. Se non è possibile assegnare alla stessa amministrazione il compito di assicurare la giuridicità del proprio ordinamento, la giustizia amministrativa non può essere un eventuale, possibile, ma non indispensabile strumento grazie al quale assicurare « eine gewisse Verbesserung und Verstärkung » delle posizioni giuridiche individuali nei confronti delle manifestazioni del potere (98); diventa, al contrario, imprescindibile fattore di giuridicizzazione dell'ordinamento amministrativo sulla base della riconosciuta identità strutturale tra giurisdizione civile e giurisdizione amministrativa (99).

La seconda e più importante conseguenza va individuata, invece, nella diversa problematicità che istituti cardine del sistema di

---

(95) *Commentario*, cit., p. 95.

(96) *Commentario*, cit., p. 54: « giacchè la funzione giudiziaria presuppone la violazione dell'ordinamento giuridico e ha per scopo la reintegrazione del medesimo. La funzione amministrativa si serve dell'ordinamento giuridico come mezzo al raggiungimento del suo scopo, ed ha per fine il conseguimento dell'interesse dello stato, interesse che si trova al di là e al di fuori dell'ordinamento giuridico ».

(97) *Commentario*, cit., p. 165; p. 171.

(98) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 162, da leggersi con le osservazioni di M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XXXIII(1983), pp. 624-25; A. HUEBER, *Otto Mayer. Die « juristische Methode » im Verwaltungsrecht*, Berlin, 1982, pp. 83 e ss.

(99) Identità strutturale che potrà tradursi, « in un avvenire più o meno lontano, quando il diritto amministrativo si sia consolidato », nell'adozione di un sistema di giurisdizione unica (*Commentario*, cit., p. 327).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tutela — primo fra tutti la legittimità — potevano acquisire partendo dagli schemi negoziali (100).

L'atto amministrativo comporta la realizzazione di un interesse nei limiti del diritto obiettivo (101); ed è su questa base che si pongono, da un parte, le analogie con il negozio giuridico e, dall'altra, le differenze con la sentenza giudiziaria.

Atto e sentenza appaiono a Cammeo due entità fortemente divergenti, così come sensibilmente diversificati sono presupposti e scopi della funzione amministrativa e della funzione giurisdizionale. Riproducono la stessa diversità strutturale che intercorre tra il negozio giuridico privato e la sentenza.

Solo atto e negozio 'creano' un rapporto giuridico; appartengono al 'mondo' della volontà. Il giudice, al contrario, è estraneo all'universo del volere: si limita a dichiarare rapporti giuridici già creati dalla volontà di altri soggetti.

La matrice civilistica di questa impostazione è evidente; e proprio questa matrice fa scattare la critica a Mayer; riconduce su altri piani il rapporto tra norma e volontà amministrativa; separa, per struttura e funzione, giustizia e amministrazione.

Una posizione di questo genere comportava anche, in piena coerenza con i presupposti di partenza, la rinuncia a valersi di quei modelli giurisdizionali che proprio in quegli anni avviavano, magari partendo dalla stessa definizione che Mayer aveva dato dell'atto amministrativo, importanti processi di giuridicizzazione del potere.

Così, già nel *Commentario*, accanto alla critica a Mayer, e sulla base delle stesse motivazioni, fa la sua comparsa la critica a Bernatzik e ad Ulbrich, ed in particolare ai tentativi di applicare l'istituto della cosa giudicata anche agli atti amministrativi (102).

---

(100) Lo vedremo nel paragrafo seguente.

(101) *Commentario*, cit., p. 93: « gli atti amministrativi, i negozi giuridici del diritto pubblico sono il mezzo col quale lo stato soddisfa questi interessi collettivi, come i negozi giuridici del diritto privato sono i mezzi che i singoli adoperano per soddisfare gli interessi individuali ».

(102) *Commentario*, cit., p. 94 in nota. Il riferimento di Cammeo è a E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien*, Wien, 1886, Neudruck, Aalen, 1964, pp. 111 e ss., che l'ammette per la sola « unanfechtbar gewordene Entscheidung »; J. ULBRICH, *Lehrbuch des österreichischen Staatsrechts*, Wien, 1883 (e più ampiamente ID., *Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrechtes*, Wien,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Le differenze sostanziali con la sentenza, l'assurdità di « irrigidire » l'azione amministrativa « in una serie interminabile di atti irrevocabili » (103), escludono infatti per Cammeo, in modo categorico, che si possa parlare di cosa giudicata per gli atti amministrativi.

Così, anche nelle ipotesi in cui si dovranno configurare dei limiti alla revocabilità, come nelle concessioni, il fondamento di questa parziale irrevocabilità dovrà essere ricercato altrove, lontano dall'immutabilità dell'accertamento: nell'esistenza di diritti quesiti e quindi nella necessità, negoziale, di un consenso dell'interessato.

Due ulteriori ordini di questioni — la motivazione degli atti amministrativi, da un lato; il procedimento, dall'altro — confermano l'estraneità di Cammeo ai modelli giurisdizionali della pubblica amministrazione.

Nel primo caso, la resistenza di Cammeo ad ammettere un obbligo generalizzato di motivazione degli atti va probabilmente individuata nella insufficienza dell'appiglio normativo (104) cui ricollegarne il possibile fondamento, nonchè in preoccupazioni di efficienza dell'azione amministrativa, cui « l'obbligo della motivazione importerebbe difficoltà, impacci, lentezze insormontabili » (105).

Non è difficile ipotizzare, tuttavia, che anche su questo punto un peso rilevante lo doveva aver avuto la contrarietà a sfumare i confini

---

1904, pp. 298-301). Il punto di arrivo di questo indirizzo è invece A. MERKL, *Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1919, ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, hrsg. von H. Klecatsky, R. Marcic. H. Schambeck, Wien, 1968, Bd. 2, pp. 1203 e ss. Sulle continuità e sulle aperture garantistiche che presentano i modelli giurisdizionali della pubblica amministrazione, nonchè per più completi riferimenti bibliografici, sia consentito di rinviare ancora a SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., pp. 186 e ss.

(103) *Commentario*, cit., p. 165. Sulle differenze tra la « cosa giudicata per gli atti giurisdizionali » e la definitività degli atti amministrativi, Cammeo ritorna in *La definitività degli atti amministrativi. A proposito di ricorsi contro atti confermativi o modificativi*, in *Giur. it.*, LXIII(1911), pt. III, cc. 1 e ss.

(104) Quell'art. 3 della legge abolitiva del contenzioso (20 marzo 1865, n. 2248, All. E) « la cui rappresentazione normativa è stata subito incanalata per le vie del contenzioso amministrativo, lasciando indenne l'amministrazione ». Così, per tutti, G. BERTI, *Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986, p. 351.

(105) *Gli atti amministrativi e l'obbligo della motivazione*, in *Giur. it.*, LX(1908), pt. III, c. 253.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tra giustizia e amministrazione, adottando uno schema unitario di esecuzione di legge.

Così, quando nel *Corso* fa la sua comparsa l'istituto del procedimento non si può certo evitare il riferimento al processo e alla « serie di atti collegati che lo compongono » (106).

E si è anche perfettamente consapevoli, con notevole anticipo, per altro, sul resto della giuspubblicistica italiana, che il procedimento può essere utilmente impiegato « per assicurare la formazione di una volontà amministrativa conforme al diritto e all'equità amministrativa » (107). Non si ha in mente invece la partecipazione di eventuali 'parti', interessate alla determinazione di quella volontà. Lo stesso riferimento all'*Handbuch* di Tezner del 1896 — anch'esso da segnalare — è fatto sul presupposto che in Austria « la analogia fra procedimento amministrativo e procedimento giudiziale è concepita in modo, che, almeno per il nostro diritto, deve considerarsi esagerato » (108). Mentre, al contrario, assai più convincente e concreto appare il richiamo a quella « dottrina del diritto privato » che « parla di atti a formazione successiva » (109).

Negozialità — e su questo gli equivoci, sin dall'inizio, non sono possibili — non vuol dire, comunque, contratto.

All'immagine iniziale fondata su una certa interpretazione dell'attività e della sua relazione con la norma, che aveva avvicinato negozio e provvedimento ed allontanato quest'ultimo dalla sentenza, si sostituiscono le immagini che conosciamo, che divaricano l'universo pubblicistico da quello privatistico, l'interesse collettivo dall'interesse individuale, l'autorità dal consenso.

Si riaffacciano i condizionamenti della sovranità, di quella posizione di supremazia che contraddistingue i rapporti che si stringono sotto il regime del « monopolio ».

---

(106) *Corso*, vol. II, cit., p. 1083.

(107) *Corso*, vol. III, cit., p. 1235.

(108) *Corso*, vol. II, cit., p. 1085, in nota. Il riferimento, puntualissimo, è al capostipite di tutta la tradizione scientifica austriaca in materia di procedimento amministrativo e precisamente a F. TEZNER, *Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens*, Wien, 1896.

(109) *Corso*, vol. II, cit., p. 1085 in nota, con un consapevole richiamo a L. ENNECCERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Die Grundlagen*, Marburg, 1888, pp. 269 e ss, il paragrafo « Successive Entstehung des Rechtsgeschäftes ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

E su questa prospettiva, l'analogia tra provvedimento e negozio non pare possedere grande incisività. L'amministrazione si riscopre potere, palesa una facoltà normativa di regolazione del rapporto che l'avvicinamento al negozio sembrava aver dissolto (110).

La volontà individuale, « nella formazione dei negozi giuridici di diritto pubblico ed in particolare di diritto amministrativo » (111), arretra su una posizione di sudditanza: immediata ed evidente nei confronti dei puri « ordini », più controversa, ma alla fine non meno palese, nelle ipotesi in cui la perfezione dell'atto richiede una manifestazione di consenso del destinatario. Quando cioè si verte in « rapporti volontarii di diritto pubblico », nei quali « la volontà individuale è condizione necessaria per la pratica attuazione » del rapporto stesso (112).

Troppi, del resto, appaiono gli elementi non riproducibili nel diritto amministrativo, rispetto ad un tipo ideale di contratto civilistico, assunto, per altro, soltanto in un modello rigidamente commutativo (113): la libertà del consenso, vincolata, per lo Stato, dalla necessaria considerazione dell'utile collettivo e ridotta, per la volontà individuale, ad una « mera accettazione » (114) di natura pret-

---

(110) « L'amministrazione chiaramente determina lo scopo della propria e individuale attività, commisura l'entità dell'interesse collettivo, del sacrifizio degli interessi individuali con esso confliggenti, osservata la legge del minimo mezzo; e rispettando le regole esterne, detta le norme complementari che debbono regolare il rapporto ». *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (Contratti di diritto pubblico)*, cit., c. 5.

(111) *La volontà individuale*, cit., c. 1.

(112) *La volontà individuale*, cit., c. 7.

(113) *La volontà individuale*, cit., c. 9: « lo scambio non è soltanto un naturale del contratto, ma ben anco un essentiale ». Sul carattere essenziale che la « categoria giuridica dello scambio » ha nella definizione del contratto, si veda anche *Corso*, vol. II, cit., p. 1148. Una lucida interpretazione della posizione di Cammeo, in F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, s.d., pp. 31-32.

(114) *La volontà individuale*, cit., c. 13. Una ricostruzione, tuttavia, non esente da critiche da parte di coloro che propendevano, più apertamente, per un'interpretazione del principio di unità del diritto nel senso di « un'applicazione espansiva dei principii privatistici nei diversi ambiti disciplinari ». Significativa la posizione di G. PACINOTTI, *Saggio di studii su i negozi giuridici di diritto pubblico*, in *Archivio giuridico*, vol. LXXI(1903), pp. 185 e ss., che non esita a parlare di « artificiosa teoria degli atti amministrativi presupponenti la manifestazione della volontà privata » (*ibid.*, p. 186), di contro ad una « realtà delle cose » che, specialmente nel settore del pubblico impiego, inclina verso il contratto. La prima fase citata è di G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tamente adesiva; la commercialità dell'oggetto, esclusa dalla natura pubblica della funzione; il corrispettivo, infine, sostituito da un'indennità non proporzionale alla controprestazione.

Il provvedimento è ancora negozio, ma non può rinunciare alla unilateralità (115), né può allontanarsi da quel mondo dell'autorità, da cui la forte differenziazione dalla sentenza sembrava averlo staccato.

Insegue ancora delle analogie civilistiche, ma, alla ricerca com'è di una mediazione tra autorità e consenso (116), è costretto ad abbandonare il contratto e ad abbracciare, sulle orme di Ranelletti, più improbabili similitudini con il testamento e la relativa accettazione del delato. Similitudini che poco o niente hanno, certo, a che vedere con la causa, la personalità o la formalità del negozio testamentario e che insistono invece, da un lato, sul carattere unilaterale ed eminentemente revocabile del testamento, dall'altro, sull'assenza di interessi contrapposti e sulla separatezza delle volontà dichiarate, rispettivamente, dal *de cuius* e dall'erede (117).

La negozialità si arresta, dunque, di fronte al carattere combinatorio, non sempre limpido e convincente, delle soluzioni adottate; l'attività cede all'unilateralismo; il rapporto giuridico « per intiero s'inizia nella sua piena validità e si concreta nel suo contenuto con l'espressione della volontà dello Stato nell'atto amministrativo » (118).

---

e diritto comune civilistico (1865-1914), Milano, 1991, p. 543, ed esprime una valutazione riferita, appunto, a Pacinotti.

(115) *Commentario*, cit., p. 93: nel diritto pubblico « i negozi giuridici sono unilaterali e procedono dalla sola volontà dell'amministrazione, l'attuazione del diritto obbiettivo è essenzialmente opera di questa ».

(116) Mediazione che si faceva particolarmente delicata in materia concessoria. Si veda per un tentativo di costruzione fondato sulla negozialità, ma, al tempo stesso, sul rifiuto del contratto, *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, cit., spec. cc. 477-78.

(117) La stessa similitudine ritroviamo in O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I. Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, XLVI(1894), pt. IV, c. 72, ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, vol. III, *Gli atti amministrativi*, cit., p. 69; CAMMEO, *La volontà individuale*, cit., c. 13 e ancora nel *Corso*, vol. II, cit., pp. 1179-82. E si veda anche la critica che a questo « paragone » dedicò, in alcune pagine famose, F. CARNELUTTI, *Contratto e diritto pubblico*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, 1931, p. 13.

(118) *Commentario*, cit., p. 90.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'approccio negoziale imponeva, tuttavia, in modo esplicito, anche all'interno del mondo dell'autorità, il tema del consenso. Il fatto stesso che Cammeo potesse intitolare una prolusione accademica a *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico* dimostra quanto fosse sentita e niente affatto superficiale la prospettiva di partire dal « noto », dal diritto civile, per costruire l'« ignoto », il diritto pubblico. Dimostra, nonostante la profondità delle necessarie « differenze » e « restrizioni », quanto potessero conservarsi evidenti le implicazioni di quelle premesse programmatiche.

Discorso diverso va fatto, invece, in ordine alle concrete incidenze che quella prospettiva dimostrava di possedere sulle articolazioni dogmatiche della volontà amministrativa.

Molto divaricate nell'impianto di partenza, prospettive processuali e prospettive negoziali lo sono assai di meno sul piano dei risultati.

L'unilateralità rimane anche per quest'ultime un dato insopprimibile e fondamentale, in qualche modo 'costituzionale'. Reciprocamente, le prospettive processuali saranno costrette, sin dall'inizio, a partire dalle stesse pagine di Mayer, a riconoscere, per la loro stessa operatività, margini non indifferenti di consensualità (119).

L'evoluzione di queste tematiche nella scienza giuridica tedesca, così come in Hauriou o Duguit, è seguita da Cammeo con grande attenzione, a dimostrazione di come l'analogia tra negozio giuridico ed atto amministrativo, ipotizzata nelle pagine del *Trattato* di Orlando e sviluppata poi nel *Commentario,* fosse considerata strategica.

Se, nelle opere scritte a cavallo del secolo, il confronto era stato fissato essenzialmente con Mayer, nel *Corso* quel confronto si sposta, però, verso un'altra generazione di amministrativisti, ormai in grado di elaborare un compiuto « sistema degli atti dello Stato ».

In questo senso, il *Corso* può essere considerato l'opera più 'pandettistica' di Cammeo, quella in cui i profili sistematizzanti assumono il rilievo maggiore.

Il colloquio con pandettisti e civilisti, su singoli temi (120), è serrato, se non altro perchè, sin dalla definizione di rapporto giuri-

---

(119) SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., pp. 123 e ss.

(120) Risulta particolarmente significativo, a questo proposito, il capitolo del *Corso* dedicato ai *Negozi giuridici in generale* (vol. II, cit., pp. 1121 e ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dico, è evidente che « manca una completa elaborazione di concetti nel campo della teoria generale del diritto » e che « l'argomento è trattato soltanto nella Parte generale del diritto privato » (121).

Cammeo è in grado di coltivare da solo questo colloquio, sulla base delle frequentazioni del passato, di cui la traduzione di Crome era soltanto l'esempio più significativo. Dalla sponda del diritto pubblico, tuttavia, un autore ed un'opera lo accompagnano, più di altri, in questo confronto: Karl Kormann ed il suo *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte* (122).

Tra il *Commentario* e il *Corso*, durante tutto l'arco del primo decennio del secolo, Cammeo ha continuato a sperimentare analogie e differenze con la sistematica civilistica degli atti (123). Kormann, il cui *Sistema degli atti statuali con carattere di negozio giuridico* (124) è del 1910, rappresenta però la dimostrazione concreta che una sistematica è divenuta possibile anche per i negozi giuridici di diritto pubblico; la dimostrazione che l'obiettivo di una Parte generale del diritto pubblico si è improvvisamente avvicinato.

Cammeo trova, così, in Kormann un interlocutore in grado di offrire importanti conferme sulla praticabilità del proprio progetto e con il quale molteplici sono le consonanze, programmatiche ed

---

(121) *Corso*, vol. II, cit., pp. 1050-51.

(122) Il riferimento è a K. KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs- und prozessrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*, Berlin, 1910 (Neudruck, Aalen, 1962), le cui pagine si dimostrano spesso determinanti per orientare alcuni punti strategici del *Corso*, dalla definizione di rapporto giuridico amministrativo (vol. II, cit., pp. 1050 e ss.), a quella dei negozi giuridici di diritto pubblico (*ibid.*, pp. 1149 e ss.), dalla teoria alla classificazione degli atti amministrativi (vol. III, cit., pp. 1211 e ss.). Ampi rinvii a Kormann anche in A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1916, rist. Padova, 1986, e si veda anche S. TRENTIN, *L'atto amministrativo. Contributi allo studio della manifestazione di volontà della pubblica amministrazione*, Roma, 1915, p. 110, che proprio Kormann invoca a « giustificazione » della tendenza a « ricongiungere e coordinare ad alcuni principii generali tutte le differenti forme di attività giuridica ». Per una ricostruzione della posizione di Kormann all'interno dei dibattiti della giuspubblicistica tedesca sulla costruzione dogmatica della volontà amministrativa, SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., pp. 141 e ss.

(123) Con una serie di interventi sull'errore, la nullità parziale, la definitività, la motivazione degli atti amministrativi, che vedremo più da vicino nel paragrafo seguente.

(124) È lo stesso Cammeo (*Corso*, vol. II, cit., p. 1096) che così traduce, ed interpreta, il *System* di Kormann.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

operative (125): la costruzione del provvedimento come atto negoziale, innanzi tutto, e l'elaborazione, immediatamente conseguente, di un ordine categoriale per la volontà amministrativa, che doppi la teoria civilistica del negozio.

Il dato più appariscente, anche rispetto al *Commentario*, è l'adozione di un sofisticato sistema di classificazione degli atti dell'amministrazione, in grado di trapiantare, sul terreno pubblicistico, la sequenza civilistica 'rapporto - fatto - atto - negozio giuridico'.

Il trapianto non ha, tuttavia, soltanto effetti classificatorii. Sono molti i temi, i profili, che si aprono, si riaprono o, più semplicemente, si complicano.

Siamo, intanto, un passo avanti rispetto alle intuizioni già manifestate nel lavoro per il *Trattato* di Orlando. La negozialità acquisisce un suo preciso significato che è poi quello già indicato dalla definizione civilistica (126), anche se sparisce — elemento non più « essenziale alla nozione di negozio » — quell'aggettivo « privato », sino ad allora indefettibilmente coniugato con la dichiarazione di volontà (127).

Negozialità significa, comunque, in concreto, applicabilità delle norme del diritto civile su capacità, rappresentanza, invalidità e così

---

(125) È forse superfluo ricordare che assai lontana appare, invece, un'altra declinazione della negozialità, quella kelseniana (KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, XXXI(1913), pp. 53 e ss., su cui sia consentito rinviare ancora a SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., pp. 111 e ss.), che la demolizione della stessa dicotomia tra pubblico e privato rendeva, però, del tutto estranea a giuristi come Cammeo. Per una vera e propria requisitoria contro Kelsen, nella dottrina italiana di quegli anni, si può vedere L. RAGGI, *Ancora sulla distinzione fra diritto pubblico e diritto privato (A proposito di recenti pubblicazioni)*, in *Riv. it. scienze giur.*, LV(1915), pp. 113 e ss.

(126) CAMMEO, *Corso*, vol. II, cit., p. 1122; KORMANN, *System*, cit., p. 20.

(127) WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, vol. I, pt. I, cit., p. 264 e p. 266: « il negozio giuridico è dichiarazione *privata* di volontà. L'autore del negozio giuridico non agisce in forza d'autorità pubblica » (corsivo nostro). E si veda anche quanto osserva, a questo proposito, Cammeo: « in diritto privato la distinzione fra negozi giuridici e atti di autorità si fa spesso dicendo che i primi debbono essere manifestazioni di volontà privata: e per il diritto privato ciò è esattissimo perchè le parti sono sempre dei privati, soltanto non bisogna credere che ciò sia essenziale alla nozione di negozio, se non nel senso che questo deve essere atto di parte » (*Corso*, vol. II, cit., p. 1127).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

via, sia pure con le « restrizioni » di volta in volta rese necessarie dalla specificità del soggetto-amministrazione (128).

Si riapre anche il confronto tra unilateralità e bilateralità (129), il che non implica — come sappiamo — che si dia più spazio o maggiore legittimità al contratto nel diritto amministrativo. Se mai, l'avvio di una valutazione più ravvicinata dei modi in cui volontà amministrativa e volontà individuale si scontrano e s'incontrano; o dei modi in cui possono fondersi, negli « accordi », le volontà delle diverse persone giuridiche pubbliche.

La secca alternativa di Mayer tra *Entscheidungen* e *Verfügungen*, o per dirla con lo stesso Cammeo, tra ordini e concessioni (130), si apre ad una raggiera di manifestazioni amministrative che, caso per caso, vanno classificate tra le attività materiali, le dichiarazioni di scienza, le dichiarazioni di volontà, comprese quelle che si estrinsecano in atti negativi. Saranno le dichiarazioni di volontà, in particolare, a richiedere ulteriori indagini, sul rapporto tra la norma e il contenuto negoziale — e quindi tra discrezionalità e vincolatezza — o sul ruolo della volontà individuale nella determinazione degli effetti giuridici dell'atto, nonchè sugli stessi destinatari degli effetti (131).

Gli schemi apodittici, le sovradeterminazioni sono lontane; riafforano solo qua e là, specialmente in alcune argomentazioni che sostengono l'ostinata chiusura concettuale alla possibilità del contratto. Il modello dell'*imperium* cessa di essere monolitico e precostituito. Si apre, invece, ad una valutazione concreta, dall'interno, dei diversi modi di essere del potere pubblico; ad una ricostruzione paziente dei margini riservati e degli intrecci consentiti tra il mondo della sovranità e quello della parità, tra autorità e consenso.

Negozialità non può significare *Vertragsfreiheit* (132) ed i temi della discrezionalità sono lì a confermarlo, mentre i vizi dell'atto

---

(128) *Corso*, vol. II, cit., p. 1150.

(129) Sui « negozi bilaterali », *Corso*, vol. III, cit., pp. 1242 e ss.

(130) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., pp. 100-101; CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 93 e p. 166.

(131) Si veda, a titolo di esempio, la categoria dei « negozi con effetti giuridici a favore dei cittadini », in *Corso*, vol. III, cit., pp. 1244 e ss.

(132) KORMANN, *System*, cit., pp. 45 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prendono anch'essi strade proprie, diverse da quelle del contratto civilistico.

Negozialità non è, né può essere, quindi, privatizzazione: è però la dimostrazione che diritto privato e diritto pubblico, ferme le rispettive immagini, distinte, contrapposte, si parlano, si confrontano, tracciando un disegno fatto di relazioni, problematiche certo, ma continue. La dimostrazione, cioè, che tra di essi esiste un « campo comune ».

5. *Volontà privata e volontà della pubblica amministrazione: dall'autonomia negoziale alla discrezionalità amministrativa.*

Alcuni titoli di paragrafi del *Corso* — *La volontà e le norme. Norme cogenti e norme dispositive nel diritto amministrativo* (133) — paiono impostare i problemi della volontà amministrativa esclusivamente sugli schemi privatistici dell'autonomia negoziale.

La frattura pubblico-privato, l'antinomia tra autorità e consenso — tanto evidenti quando si era trattato di escludere il contratto dal novero degli istituti amministrativi — sembrano venir meno nel rapporto con la norma, sostituite da una libertà negoziale dell'amministrazione per molti versi paragonabile a quella del soggetto individuale.

La stessa norma di diritto pubblico, che sappiamo quasi sempre imperativa per il suddito, è invece in genere dispositiva per la pubblica amministrazione. Così, « lecito » e « possibile » giuridico (134) non presentano, per l'attività dell'amministrazione, particolari specificità pubblicistiche.

L'autorità pare incanalarsi, senza eccessivi problemi, nei moduli della signoria dell'individuo.

Lo stesso regime di invalidità degli atti dell'amministrazione si muove tra vizi della volontà e mancanza di causa, ma sempre facendo perno sulle invalidità che investono gli elementi essenziali del negozio.

L'analogia tra provvedimento e negozio e, parallelamente, la distanza che il provvedimento acquista nei confronti di legge e

(133) *Corso*, vol. I, cit., pp. 452 e ss.; pp. 456 e ss.

(134) *Corso*, vol. I, cit., pp. 344 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sentenza, pare, dunque, collocare solo in quest'ultime manifestazioni di volontà dello Stato il mondo della eteronomia e della sovranità, riscoprendo un universo di autonomia negoziale apparentemente indistinto per soggetti individuali ed organi amministrativi.

Non si tratta, si badi, di un improvviso innamoramento privatistico, facilmente circoscrivibile a pochi paragrafi del *Corso*, né, tanto meno di un orientamento destinato ad essere rapidamente superato. Basta leggere alcune pagine di Carnelutti o di Zanobini, persino dell'ultimo Betti, per riscoprire una direttrice che, partendo dall'immagine dell'amministrazione « parte » e che agisce « inter partes », affida ad un concetto sostanzialmente unitario di autonomia il compito di distinguere lo « Stato amministratore » dallo « Stato legislatore » e dallo « Stato giudice » e, di conseguenza, il « regime dell'autonomia » dal « regime della sovranità » (135).

La posizione di Cammeo s'inserisce perfettamente in questa direttrice. Per il nostro giurista, « gli atti amministrativi sono gli atti posti in essere dall'amministrazione come parte in un rapporto giuridico sorto o da sorgere... Con ciò gli atti amministrativi si distinguono dagli atti legislativi o giurisdizionali, perchè entrambi, se producono effetti giuridici, sono però posti in essere dallo Stato come *autorità*, cioè come subbietto superiore a due interessati(parti) e non come parte » (136).

E già sappiamo che proprio questa definizione, parallelamente al rifiuto dell'immagine dell'amministrazione che dichiara il diritto, aveva posto le premesse, sin dai primi scritti di Cammeo, per una piena sottoponibilità al giudice e al giudizio delle forme di manifestazione della volontà amministrativa.

L'immagine unitaria di un regime di autonomia in cui sfumare la distinzione tra soggetti individuali ed organi amministrativi non era, però, evidentemente, priva di difficoltà.

---

(135) Facciamo riferimento, rispettivamente, a CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, pp. 110-115, da cui abbiamo tratto le citazioni del testo; G. ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. IV, *Diritto pubblico e storia del diritto*, Padova, 1950, pp. 185-89; BETTI, *Negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XI, Torino, 1965, p. 220.

(136) *Commentario*, cit., pp. 547-48, da leggere con U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, pp. 3 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Proprio risalendo alle fonti privatistiche e alla 'signoria della volontà', netto si presentava il confine tra autonomia privata e potere pubblico, tra l'autodeterminazione dei soggetti individuali e l'esercizio delle manifestazioni d'autorità.

Lo stesso Carnelutti, ancora nel 1931, poteva sostenere che « la categoria del negozio giuridico è tipica, se non esclusiva, del diritto privato perchè è complementare alla nozione di diritto subbiettivo il quale ha nel diritto privato il suo massimo sviluppo » (137).

Per le fonti privatistiche di Cammeo, ancora più naturale si presentava il nesso tra negozio ed autonomia privata (138). Né stupisce che nelle pagine di chi — come Betti (139) — avrebbe accentuato il carattere pregiuridico di quell'autonomia, ridimensionato il potere della norma a mero riconoscimento, con la sanzione giuridica, di una precettività già nata sul piano del sociale, il discrimine tra negozio e provvedimento — definito, non a caso, come « comando eteronomo » (140) — fosse destinato ad aumentare.

Così, anche nelle pagine di coloro che sembravano preferire una sostanziale unitarietà delle immagini descrittive, la circolarità (141) ora delle analogie, ora delle differenze tra negozio e provvedimento finiva per riemergere e consolidarsi in una nuova distinzione tra autonomia bilaterale ed autonomia unilaterale che, al di sotto di un'apparente unitarietà concettuale, riproponeva la sostanziale antinomia tra « contratto » e « decreto » (142).

In Cammeo, l'analogia iniziale non è condotta sino a questo

---

(137) CARNELUTTI, *Contratto e diritto pubblico*, cit., p. 15.

(138) FADDA, *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 210: « la caratteristica essenziale del negozio giuridico consiste in ciò, che esso è la forma con cui esplica la sua autonomia l'uomo per il raggiungimento de' suoi scopi ».

(139) BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 32 e ss., da affrontare con la guida di IRTI, *Itinerari del negozio giuridico*, cit., pp. 71 e ss.

(140) BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 15.

(141) Circolarità ben esemplificata dall'alternarsi delle impostazioni, che ora allontanano, ora avvicinano, negozio giuridico privato ed atto amministrativo, e che contraddistingue il saggio di Carnelutti del 1931 su *Contratto e diritto pubblico* rispetto alla successiva *Teoria generale del diritto* del 1940; e, reciprocamente, le pagine di Betti della *Teoria generale del negozio giuridico* rispetto a quelle, del 1965, dello stesso Betti, per la voce *Negozio giuridico* del *Digesto*.

(142) Particolarmente rivelatrici le pagine di CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 115-121.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

piano di teoria generale. Ma, conoscendo le immagini divaricate di pubblico e di privato che il nostro giurista possedeva, non sorprende che antinomie e 'paragoni' dovessero imboccare nelle sue pagine, ben interne al diritto amministrativo, percorsi non poco accidentati.

Lo dimostra il richiamo, persistente, al carattere naturalmente unilaterale del negozio di diritto pubblico, sulla base di una premessa che appare imprescindibile per formulare e fondare i principii di autotutela e di esecutorietà, tipici dell'azione amministrativa.

Il rifiuto che, sulla base della prospettiva negoziale consapevolmente adottata, Cammeo aveva formulato dell'immagine dell'amministrazione esecutrice di legge aveva dimostrato significati ed effetti costituzionali del tutto diversi dalle enfatizzazioni del potere amministrativo, così consuete nella giuspubblicistica d'inizio secolo (143). La riconosciuta possibilità, per gli organi amministrativi, di muoversi « nei limiti del diritto » non era però in grado, da sola, di fondare la libertà negoziale dell'amministrazione, affidando ad altri presupposti — diversi cioè dalla legittimità — i termini della garanzia giurisdizionale e precisando, per altra via, i profili di cognizione e di decisione del giudice.

La libertà negoziale poteva ricostruire, e magari anche spiegare, il rapporto con la norma sul quale l'amministrazione, in quanto soggetto, poteva contare. Assai più irto di difficoltà si presentava, invece, il percorso dogmatico nel momento in cui quella stessa negozialità, abbandonato il piano della parità che ne sorreggeva le relazioni privatistiche, era costretta ad accettare e subire la « nettissima disuguaglianza » che caratterizzava il rapporto tra la volontà dell'amministrazione e la volontà del soggetto individuale.

Nel passaggio alla definizione del rapporto che la negozialità amministrativa poteva in concreto instaurare con il cittadino, si apriva, perciò, una frattura concettuale di non poco conto. Da un lato, l'amministrazione « parte » si riscopriva autorità, con tutte le consuete bardature che il 'plusvalore' riconosciuto alla cura dell'interesse collettivo aveva costruito per la propria tutela. Dall'altro, le esigenze della legalità imboccavano sentieri divergenti dall'autono-

(143) SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., spec. p. 399.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mia negoziale, per sposare, specialmente nei giuristi più sensibili alle esigenze di garanzia, nuovi vincoli di tipicità (144).

Incombe, dunque, il tema della discrezionalità, vera croce interpretativa per i giuristi che, in un sistema, come quello italiano, che aveva ormai completato e sedimentato la duplicità della tutela, avevano preso le mosse dai problemi della giustiziabilità e dagli incerti confini del riparto. Un tema in grado di definire entità e contorni delle situazioni soggettive nei loro rapporti con il potere, allo stesso modo in cui poteva condizionare misura e criteri della responsabilità amministrativa.

Non potendo indirizzarsi su binari di tipo paritario, ancora ritenuti incompatibili con la stessa essenza della pubblicità, la negozialità pare incapace di assicurare un sufficiente controllo della 'libertà' amministrativa, venendo in qualche modo meno al compito 'storico' che — come sappiamo — il giurista ottocentesco si era assunto di garantire la legalità dell'amministrazione.

Muovendo da quelle basi di partenza, l'atto discrezionale non sembrava in grado di raggiungere la soglia del rilevante giuridico, dovendo esser « paragonato agli atti giuridici irrilevanti che nel diritto privato ciascun individuo può compiere nell'ambito della propria sfera libera » (145). Quell'atto sfumava, cioè, negli incerti contorni della signoria del soggetto; contorni, tuttavia, che, per l'amministrazione, si identificavano ormai, direttamente, con la sovranità.

Dovendo tracciare le coordinate di un ordinamento, come quello amministrativo, fondato, per definizione, sulla supremazia e sulla disuguglianza degli interessi; costretta a fare i conti con la « forza sovrana » connaturata alle manifestazioni dell'autorità, la direttrice autonomia negoziale - rapporto giuridico - giudizio (pieno, sul diritto e sul fatto), deve piegarsi e combinarsi con una direttrice

---

(144) Il riferimento è in particolare a E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, pp. 2-3: « nel moderno Stato giuridico domina la tendenza di rendere sempre più strettamente *tipici* e *vincolati* che dir si voglia gli atti amministrativi... ».

(145) *Commentario*, cit., p. 130. Quella sfera che, nei rapporti privatistici, in base alla « presunzione della razionalità delle scelte » rimaneva sottratta ad « ogni possibilità di valutazione giuridica »: così, C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. V, Torino, 1960, p. 1099.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diversa, che sottolinea l'eteronomia del comando, affida allo stesso provvedimento funzioni di garanzia, limita ad una stretta verifica di legittimità il contenuto della tutela giurisdizionale.

L'amministrazione, infatti, non scioglie — come i soggetti individuali — la dialettica tra autonomia e sovranità soltanto in un confronto tra soggetto e norma. La libertà o il vincolo nei confronti della norma è, in realtà, solo un lato della vicenda: un lato, fra l'altro, interamente circoscritto ad un rapporto tra amministrazione e ordinamento. Sin qui l'analogia con il soggetto individuale poteva ancora risultare sostenibile senza eccessive difficoltà.

Un altro lato, però, si apre quando si è costretti a definire il rapporto che in questo modo si instaura con il cittadino. Su questo versante, l'autonomia negoziale non è più destinata, però, ad operare su di un piano di parità; non esercita diritti, ma produce comandi; non si muove su di una prospettiva consensuale, ma autoritativa. L'autonomia negoziale della pubblica amministrazione è, in altre parole, destinata a manifestarsi soltanto attraverso atti autoritativi o — come Cammeo diceva — attraverso « negozi unilaterali ».

Ecco perchè, una volta confermata la radicale alterità dell'universo pubblicistico rispetto a quello privatistico, gli appigli dogmatici traibili dalle Pandette, dovendo operare su di un versante esclusivamente autoritativo, più di tanto non potevano essere di aiuto.

Il conflitto tra autonomia ed eteronomia, mai in Cammeo esplicitato sino in fondo, eppure continuamente ricorrente nelle sue pagine, finiva, perciò, per ricomparire irrisolto, nel momento in cui negozialità-discrezionalità-legalità dovevano ricercare un possibile contemperamento operativo.

Il rapporto amministrazione-cittadini imbocca, quindi, sentieri diversi da quelli che potevano guidare le relazioni dei soggetti individuali. La negozialità non è in grado d'impedire la scissione delle situazioni soggettive, sia pure con tutte le cautele, le precisazioni, le 'storicità' che rappresentavano i tratti tipici della lettura di Cammeo. Il diritto soggettivo alla forma, nel diritto pubblico, non riesce — come sappiamo — a trasformarsi in diritto soggettivo al merito.

Le letture sono costrette ad orientarsi per piani diversi: quello ideale, nel quale le linee di sviluppo del diritto amministrativo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avvicinano l'universo giuspubblicistico alla parità del rapporto giuridico di diritto comune; quello di diritto positivo che rimane pur sempre il frutto di un « periodo di transizione » (146).

E, su quest'ultimo piano, le concessioni alla specialità sono, necessariamente, rilevanti, mentre la negozialità soccombe a favore dell'autorità e dell'eteronomia.

Di fronte alla discrezionalità, allo snodo decisivo dell'intera costruzione teorica, la prospettiva negoziale improvvisamente si arresta; si dimostra incapace di realizzare un giudizio analogo a quello civilistico; ripiega su una verifica di legittimità che copre soltanto il rapporto tra volontà amministrativa e norma e trascura, invece, il confronto tra volontà amministrativa e volontà individuale.

Cammeo, incerto nel proclamare una compiuta libertà negoziale dell'amministrazione; riluttante, però, anche a negarla in assoluto, come Kormann aveva fatto nel suo *System*; pure restio ad imboccare sino in fondo la strada che, in quegli anni, Presutti stava battendo verso la nominatività degli atti amministrativi; si affida, al momento di delineare i limiti della discrezionalità, ad una verifica a posteriori — in ultima analisi, al giudizio — per definire, volta a volta, in concreto, i parametri di vincolatezza o i margini di libertà, lasciati dalla norma all'azione degli organi amministrativi.

La definizione dei concetti di discrezionalità pura e di discrezionalità tecnica (147), che in più di un punto rivelano significative consonanze con l'esperienza di giustizia amministrativa più sensibile al valore della legittimità, quella austriaca, lo confermano.

Anche il filtro pandettistico, utilizzato per la classificazione del regime d'invalidità degli atti amministrativi, sembra allontanare il sindacato giurisdizionale dalla « sostanza » dell'atto amministrativo.

Tra legittimità e merito il confine, a prima vista, appare invali-

---

(146) *Commentario*, cit., p. 327.

(147) La discrezionalità pura viene infatti individuata nelle ipotesi in cui « nessuna norma né precisa né imprecisa regola l'attività amministrativa » (*Corso*, vol. I, cit., p. 391, ma vedi anche PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, cit., p. 12); la discrezionalità tecnica, invece, nei casi in cui parametri normativi, anche se imprecisi, siano stati fissati dal legislatore all'azione degli organi amministrativi (*Corso*, vol. I, cit., pp. 403 e ss.; *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, cit., cc. 276 e ss., nonchè *Commentario*, cit., pp. 133-35). Per un'analisi più approfondita, SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., pp. 411 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cabile. L'eccesso di potere è ipotesi di mancanza di causa od errore essenziale sui motivi (148): è quindi ipotesi di mancanza di interesse pubblico nell'adozione dell'atto. Una conclusione, questa, che orienta, in senso unitario, anche le diverse fattispecie sintomatiche, pure attentamente analizzate (149).

Il più o il meno dell'interesse pubblico è, invece, questione di merito. Si sottrae, quindi, alle ipotesi in cui il cittadino può far valere, in via giudiziaria, il suo diritto alla forma; trascende il contesto dei « limiti giuridici » posti dall'ordinamento alla discrezionalità amministrativa. Incontra soltanto sanzioni di opportunità, interne alla stessa amministrazione — riforma d'ufficio, ricorso gerarchico —, o « speciali ricorsi contenziosi accordati tassativamente in alcuni casi a giurisdizioni speciali » (150).

Proprio l'eccesso di potere, però, in quanto « vizio di errore nei motivi di un atto discrezionale » e « vizio di difetto di causa per difetto di pubblico interesse », implicava, anche, « entro certi limiti un sindacato di merito » (151): un tipo di sindacato, infatti, per il quale l'autorità giudiziaria ordinaria, anche prima dell'introduzione della Quarta sezione, non si era mai ritenuta competente.

La lettura di Cammeo segue da vicino l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa. Da una parte, ci sono tutte le prudenze di questa: la necessità che solo « entro certi limiti » l'eccesso di potere sconfini in una valutazione di merito, considerato sempre che « la violazione dei limiti giuridici delle facoltà discrezionali è violazione di norme giuridiche » (152).

Dall'altra parte, l'errore, che pure per Cammeo deve essere essenziale, ovvero determinante del consenso (153), non si appiattisce del tutto sulla sistematica civilistica del contratto e può estendersi ai

---

(148) *Corso*, vol. III, cit., p. 1332.

(149) *Corso*, vol. III, cit., pp. 1336 e ss.

(150) *Corso*, vol. I, cit., p. 451.

(151) *Corso*, vol. III, cit., p. 1333.

(152) *Corso*, vol. I, cit., p. 453.

(153) *Sui caratteri dell'errore essenziale come vizio degli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, LXXV(1923), pt. III, c. 246. Sul rilievo della nozione di « errore essenziale » nella prima giurisprudenza della Quarta sezione in tema di eccesso di potere, si veda ora E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Digesto. Discipline pubblicistiche*, vol. VII, Torino, 1992, spec. p. 532.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« motivi » (154), grazie ad un minor rilievo dell'affidamento dell'altra parte sulla validità del negozio di diritto pubblico.

Cammeo, proprio partendo dal 'tesoro' pandettistico del negozio, dalla teoria della causa, è in grado di seguire le maggiori aperture dimostrate dalla giurisprudenza amministrativa, fissando specificità pubblicistiche e limando l'impostazione originaria della Quarta sezione, che aveva risolto il problema dei limiti del sindacato di legittimità sulla base, rigorosa, dei modelli civilistici (155).

La buona amministrazione rimane sempre al di là dei « limiti giuridici », soggetta soltanto alla « legge del minimo mezzo » e all'« obbligo di bene amministrare » (156), a vincoli, cioè, che non possono esser fatti valere in sede di legittimità. Non è dunque valore giuridico (157); e, se l'eccesso di potere si apre ad una « casistica più ampia », questo avviene sempre all'interno di una « ricostruzione di una fattispecie normativa » (158), nell'ambito di un giudizio limitato alla cognizione di un atto e alla verifica della sua legittimità.

La negozialità sembra dunque scontare le proprie premesse di partenza e la difficoltà di trovare un appiglio per sottoporre a controllo quella volontà amministrativa che, troppo facilmente, si

---

(154) *I vizi di errore, dolo e violenza negli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, LXV(1913), pt. III, c. 121: in diritto amministrativo, dunque, « vale la regola dei testamenti ». La sistematica cui Cammeo si riferisce è mediata, in questo caso, essenzialmente da SCIALOJA, *Negozi giuridici. Corso di diritto romano*, a. a. 1892-93, da leggere ora nella ristampa a cura di Salvatore Riccobono, Roma, 1933, pp. 279-281; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1910, pp. 368-70.

(155) Su tutta la vicenda giurisprudenziale, con grande puntualità, CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, cit., rispettivamente, pp. 549-50; p. 538; p. 532.

(156) *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, cit., c. 276.

(157) Solo per chiarezza, occorre dire che la prospettiva di Cammeo rimane ben interna al confine amministrativo e al problema dei limiti posti ai poteri del giudice. Del tutto estranea a queste pagine risulta, pertanto, quella prospettiva 'costituzionale', di « teoria generale del diritto » (MORTATI, *Discrezionalità*, cit., p. 1099), che sarà invece tipica dell'approccio di un Mortati al problema delle regole non giuridiche. Non possiamo, a questo proposito, che rinviare alle analisi di L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, pp. 98 e ss.; e di M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di Mario Galizia e Paolo Grossi, Milano, 1990, spec., pp. 131 e ss.

(158) CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 550.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rifugiava nella libertà assegnata alla signoria della volontà; in una sfera di irrilevanza e, quindi, di sostanziale inattaccabilità del potere.

Non potendo più operare sul suo naturale piano di parità, ogni approccio civilistico sembrava confermare e avvalorare un diritto amministrativo come « disciplina delle (sole) forme dell'agire amministrativo » (159): un profilo sul quale Cammeo, nel suo programmatico percorso « dal noto all'ignoto », aveva dimostrato una stupefacente consapevolezza.

La rottura di piani, che abbiamo visto nel passaggio dal giudizio civilistico a quello amministrativo, era dunque scontata, prevista?

Il percorso civilistico, pur con tutte le sue premesse costituzionali, la centralità della prospettiva giurisdizionale, l'immagine negoziale dell'amministrazione, la sua naturale resistenza a subire le sovradeterminazioni pubblicistiche, possedeva dei limiti oggettivi ad una piena comprensione — anche in senso garantista — della specialità amministrativa? In altre parole, le letture compiute con l'ausilio delle Pandette erano troppo riduzionistiche della specificità pubblicistica; in ultima analisi, impari al confronto con la specialità, incapaci di rendere accessibile il potere?

Proprio l'esempio di Cammeo, costretto ad escludere, dal sindacato di legittimità, discrezionalità pura e tecnica (160), sembrerebbe confermarlo.

Così, come, da altra angolatura, parrebbero confermarlo i « destini » del ricorso « pour excès de pouvoir » che, nato e costruito all'insegna della specialità amministrativa, si va però aprendo, in questi ultimi anni, ai « canoni generali del diritto comune » (161).

Su questa direttrice, una tappa decisiva è risultata proprio l'estensione del sindacato giudiziario ai motivi dell'atto, con l'apertura di un canale attraverso il quale il giudice amministrativo è riuscito ad arrivare alla cognizione e alla valutazione dei fatti alla base del provvedimento.

Quei motivi che proprio l'abbandono della logica dello scam-

---

(159) CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 532.

(160) Un esame più approfondito della questione in SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., p. 419.

(161) M. D'ALBERTI, *Mutamenti e destini del « recours pour excès de pouvoir »*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, 1988, p. 308.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bio, il venir meno dell'affidamento e della « responsabilità » (162), potevano rendere rilevanti in diritto pubblico: « le esigenze di pubblico interesse impongono che l'errore sui motivi, se accertabile ed accertato, porti sempre ed ugualmente alla invalidità » (163).

Erano stati il carattere naturalmente unilaterale del rapporto amministrativo e l'importanza della sola volontà dell'amministrazione a consentire, infatti, la rilevanza, in sede di invalidità, dei vizi afferenti i motivi. L'estensione della tutela del cittadino si allontanava dalle premesse pandettistiche, seguiva al riconoscimento della « superiorità » della volontà dell'amministrazione sulla volontà del privato. Trovava il proprio fondamento nell'abbandono della logica dello « scambio » a favore di quella del « monopolio »; nella constatazione, infine, che « i fini che essa (amministrazione) persegue hanno valore incomparabilmente maggiore di quelli individuali » (164).

Il che significava anche aprire una tipologia di valutazioni nuove, con il conseguente abbandono — o, almeno, il complicarsi — della cognizione dell'atto ancorata soltanto al « modello normativo degli elementi e dei requisiti per esso prescritti » (165).

Se oggi si può, quindi, arrivare a sostenere, sia pure con le generalizzazioni tipiche del taglio comparatistico, che i « canoni legali che reggono l'attività amministrativa coincidono in larga misura con quelli che disciplinano i rapporti interprivati » (166), ciò è avvenuto attraverso un percorso interno alla specialità, che ha consentito al giudice amministrativo di ripetere le ponderazioni alla base delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione.

Quasi che, interamente compiuto quel percorso, il conflitto tra giustizia e amministrazione si fosse anch'esso quasi completamente dissolto.

Con la peculiarità, che quella direttrice di specialità-garanzia è

---

(162) Nel senso di SCIALOJA, *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici*, cit.

(163) *I vizi di errore, dolo e violenza negli atti amministrativi*, cit., c. 121.

(164) *L'errore nella dichiarazione di volontà come vizio degli atti amministrativi*, cit., c. 119.

(165) CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 561.

(166) D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992, p. 42.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stata assicurata, specialmente nell'ordinamento francese, dal valore costituzionale riconosciuto, sin dal legislatore rivoluzionario, all'autonomia del potere amministrativo: resa, cioè, quella specialità connaturata alla stessa organizzazione giuridica delle istituzioni, la tutela ha potuto modellarsi seguendo le diverse asperità del potere, in un crescendo di strumenti tecnici che docilmente si adeguavano alla molteplicità delle relazioni del cittadino con l'amministrazione.

Se questo percorso è vero (167), si potrebbe concludere che proprio la specialità ha finito per ridimensionare l'imperatività dell'azione amministrativa, riaprendo una strada verso il diritto comune; quella strada che gli approcci privatistici, dopo le iniziali premesse, avevano visto improvvisamente sbarrarsi.

Si potrebbe concludere, cioè, — riprendendo Cammeo — che, anche nell'individuazione del regime di invalidità degli atti, siano state le « differenze » più delle « analogie » (168), tra l'universo civilistico e quello amministrativo, a porre le premesse per quell'estensione del controllo in grado, alla fine dell'itinerario evolutivo, di abbattere il filtro normativo, permettendo così al giudice di verificare, non solo la relazione della volontà amministrativa con la norma, ma persino la ragionevolezza e la buona fede del rapporto instaurato tra soggetto amministrativo e soggetto individuale: in grado, cioè, di riscoprire la spiaggia del diritto comune direttamente dai sentieri della specialità.

Lo stesso Cammeo, del resto, non era all'oscuro dei progressi che giurisprudenza e dottrina inanellavano in Francia, sull'onda della « moralité administrative » (169), partendo dal « détournement

---

(167) La 'svolta' verso il diritto comune viene ridimensionata, invece, da G. F. Ferrari, *Giustizia amministrativa in diritto comparato*, in *Digesto. Discipline pubblicistiche*, vol. VII, Torino, 1992, p. 584, che, sempre con riferimento alle evoluzioni del sistema francese, parla semplicemente di « spunti dottrinali » in ordine ad un riavvicinamento del ricorso per eccesso di potere al ricorso di piena giurisdizione.

(168) *I vizi di errore, dolo e violenza negli atti amministrativi*, cit., c. 119.

(169) Su quest'immagine, cara soprattutto ad Hauriou, e sulla sua recente evoluzione, cfr. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, cit., pp. 36 e ss. E, per una recezione in Cammeo, si veda *L'equità nel diritto amministrativo*, in *Annuario della Regia Università di Bologna*, A. A. 1923-24, Bologna, 1924, p. 33: « ... in tutti questi esempi, in sostanza, l'amministrazione contravviene al principio di equità, che non devesi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de pouvoir », e poteva, perciò, non essere troppo lontano da una valutazione prospettica di questo tipo (170).

Scriveva, infatti, nel 1924, nella prolusione bolognese dedicata a *L'equità nel diritto amministrativo*, ad un tema che lo portava ben al di là di quei « limiti legali » cui aveva condizionato, nel *Corso*, i parametri della legittimità: « così la dottrina amministrativa dell'abuso ha sorpassato non solo quella civilistica nostra, ma anche le nostre aspirazioni di riforma in materia civile che non vanno oltre la repressione dell'abuso doloso, ed è giunta al principio massimo formulato dall'art. 2 del Codice civile svizzero, che appunto considera abuso qualunque esercizio di diritto senza utilità propria e danno altrui, indipendentemente dall'intenzione. Più completo trionfo di giustizia... non può immaginarsi » (171).

Non era un'affermazione di poco conto per chi aveva preso le mosse dall'« erronea mitologia della volontà » (172).

6. *Unità del diritto ed universi irriducibili: alcuni nodi problematici.*

La costruzione dogmatica della volontà amministrativa aveva dimostrato come il percorso « dal noto all'ignoto » fosse tutt'altro che lineare, talvolta persino accidentato. Gli snodi problematici della teoria ottocentesca del negozio giuridico — il rapporto tra soggetto e norma; tra volontà e dichiarazione; tra « responsabilità e volontà » — erano stati trasfigurati, appena varcato il discrimine tra autonomia privata ed autonomia pubblica.

Le esigenze dell'autorità, da un lato, quelle della legalità, dall'altro, avevano piegato il costrutto civilistico su scansioni dogmatiche — la discrezionalità, la legittimità, l'esecutorietà — sconosciute, oppure definitivamente abbandonate — poteva essere il caso della tipicità — nell'ordinamento privatistico.

---

abusare del diritto a danno d'altri. Dicono gli autori francesi che è offesa la moralità amministrativa ».

(170) *Corso*, vol. III, cit., p. 1602: « ma anche qui (nella giurisdizione di merito) il diritto c'è. Perchè la convenienza ed opportunità di cui si tratta è equità amministrativa e fonte di diritto ».

(171) *L'equità nel diritto amministrativo*, cit., p. 33.

(172) Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 46.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il percorso dogmatico aveva dovuto procedere sui sentieri della specialità, appoggiandosi più alle « differenze » che alle « analogie ». Lo stesso regime di invalidità degli atti amministrativi, divenuto assolutamente strategico con l'introduzione di una giurisdizione di annullamento, era stato, sì condizionato dall'ordine categoriale civilistico, ma aveva anche imboccato, tramite l'eccesso di potere, un itinerario — quello dei motivi — necessariamente poco battuto sui terreni dei rapporti commutativi.

« Differenze » ed « analogie » si combattevano naturalmente anche su altri scacchieri dogmatici.

Primo fra tutti, quello delle situazioni soggettive, direttamente collegato — relazionale, diremmo oggi — alla costruzione della volontà dell'amministrazione e alla specificità del rapporto amministrativo.

Proprio discrezionalità e supremazia avevano impedito, sin dal *Commentario*, che nell'universo pubblicistico potesse attecchire un « diritto soggettivo al merito » e costretto, quindi, le pretese del cittadino a vestire i panni, più stretti, del diritto alla sola forma.

Ed è superfluo ricordare che, in questo campo, la vicenda teorica era stata notevolmente drammatizzata dalla complessità e dalle incertezze degli equilibri complessivi del sistema italiano di tutela. La mancanza di scelte univoche del legislatore aveva proiettato la necessità di una mediazione (173), tra garanzia del potere ed esigenze di legalità, direttamente sul rapporto amministrativo, sugli strumenti di tutela, sui problemi del riparto, esasperandone — in simmetrica antitesi agli itinerari francesi appena ricordati — i significati ed i risvolti costituzionali.

Sono abbastanza noti i punti fermi della riflessione di Cammeo (174).

L'emblematico silenzio del *Commentario* di fronte ai profili ricostruttivi del sistema, al riparto, al giudizio di fronte alla Quarta

---

(173) Sulla contraddittorietà di queste mediazioni affidate ai giuristi, lucide indicazioni in NIGRO, *Il ruolo dei giuristi nello Stato liberale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. II, cit., pp. 325 e ss.

(174) GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, pt. II, in *Riv. dir. proc.*, XIX(1964), pp. 16 e ss.; SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., pp. 379 e ss., cui rinviamo per un'analisi più dettagliata della posizione di Cammeo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sezione, aveva rappresentato quasi una confessione d'impotenza degli schemi mentali di partenza — il diritto soggettivo, la parità del rapporto, la pienezza della cognizione giudiziaria — nel dare un senso operativo alle due clausole generali che presiedevano, nell'ordinamento italiano, alla definizione della competenza del giudice ordinario e del giudice amministrativo.

Da questa frizione, irrisolta, era scaturita anche la tendenza a comporre contraddizioni e problematicità, altrimenti non superabili, spostando in « un avvenire più o meno lontano » (175) le possibili evoluzioni del sistema.

In questa prospettiva, il *Corso* aveva rappresentato un ripiegamento verso la specialità: un passaggio in certo qual modo obbligato che aveva permesso, però, una ricostruzione operativa del riparto ed una prima collocazione nel sistema di scelte giurisprudenziali — a partire dalla centralità della *causa petendi* — ormai sufficientemente consolidate.

L'immagine inizialmente emersa nel *Commentario*, secondo la quale proprio l'istituzione della Quarta sezione aveva « elevato d'un tratto di penna a dignità di diritti » (176) interessi riconosciuti dalla norma, ma non tutelati come diritti soggettivi, aveva dovuto lasciar spazio all'accettazione — sia pure soltanto « per ragioni storiche del nostro ordinamento » (177) — di un criterio di riparto fondato sulla distinzione delle situazioni soggettive.

L'interesse legittimo era dunque per Cammeo essenzialmente una « categoria storica », « da identificarsi secondo l'evoluzione della giurisprudenza giudiziaria fino al 1889-90 » (178). Non usciva dall'alveo del diritto soggettivo; era pur esso tutelabile di fronte ad una giurisdizione; si distingueva dal 'diritto' tutelabile di fronte al giudice ordinario soltanto perchè privo del riconoscimento della volontà (179).

---

(175) *Commentario*, cit., p. 327, in un passo in cui si prefigura l'avvento, in una prospettiva di lungo periodo, di un sistema di giurisdizione unica.

(176) *Commentario*, cit., p. 129, in nota.

(177) *Corso*, vol. I, cit., p. 444.

(178) *Corso*, vol. II, cit., p. 757.

(179) Un interesse, dunque, protetto e riconosciuto dalla norma, ma senza « l'intento di tutelarlo e di assistere la volontà e l'attività conseguente del subbietto rivolto a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La « connessione tra interessi e volontà », da « elemento essenziale » del diritto soggettivo, diveniva un « elemento accessorio » non più per distinguere « gli interessi che sono diritto da quelli che non lo sono ma invece fra diritti i quali si differenziano per una diversa tutela giurisdizionale » (180).

L'interesse legittimo era perciò un diritto « accompagnato da caratteri speciali »; era il simbolo di una « tutela giudiziaria nel campo del diritto pubblico » « incompleta » (181), proprio perchè sprovvista di tutte le tipologie di azione, esperibili di fronte al giudice ordinario.

Ed « incompleta », anche perchè strutturalmente inadatta a fornire una tutela sul « merito »: costretta, infatti, ad esercitare la propria cognizione non « sull'intero rapporto giuridico, ma su una parte di esso, quello che concerne i limiti legali della discrezionalità. Rimaneva, così, « senza cognizione e decisione la parte discrezionale del rapporto » (182), mentre la cosa giudicata, per la stessa ragione, era obbligata a far salvi gli « ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa » (183).

L'interesse legittimo era dunque, per molti versi, la faccia rovescia dei limiti assegnabili al potere discrezionale: un volto individualizzato della « legalità » (184), reso necessario da un indirizzo giurisprudenziale orientato verso la centralità della *causa petendi*.

Non in grado di differenziarsi rispetto al diritto soggettivo, sinchè la tutela rimaneva di tipo oppositivo ed i limiti all'esercizio del potere potevano fondarsi su norme precise (185), l'interesse legittimo riusciva ad acquisire maggior consistenza nell'incerto set-

---

soddisfarlo» (*Corso*, vol. II, cit., p. 676). Decisive osservazioni in GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit., p. 17.

(180) *Corso*, vol. II, cit., pp. 680-81.

(181) *Corso*, vol. II, cit., p. 666; vol. III, cit., p. 1488.

(182) *Corso*, vol. III, cit., p. 1613. E vedi *retro* nota 29.

(183) *Corso*, vol. III, cit., p. 1782, nonchè l'articolo 45 c. 1 del T. U. del Consiglio di Stato, attualmente vigente.

(184) *Corso*, vol. II, cit., p. 698: « ...laonde rettamente si parla... di diritto del cittadino alla legalità degli atti amministrativi ».

(185) È esclusa, pertanto, qualsiasi ipotesi di 'affievolimento' dei diritti; cfr. *Corso*, vol. II, cit., pp. 770-771.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tore degli « interessi ad ottenere un vantaggio », di fronte a quelle « pretese a prestazioni materiali » o « all'emanazione di atti amministrativi » (186), per le quali le facoltà 'pretensive' del cittadino difficilmente avrebbero potuto ottenere il riconoscimento pieno del diritto soggettivo.

Il suo spazio naturale di espansione era comunque ben collocato nel 'contenzioso di annullamento', in quei limiti alla discrezionalità che combattevano con l'imprecisione della norma, ma che potevano, tuttavia, azionare i rimedi assicurati dal sindacato sull'eccesso di potere (187).

Una soluzione per molti versi 'processuale', con tante significative consonanze con l'interpretazione elaborata anni prima da Mortara (188): una soluzione che forse eludeva i problemi dell'« individualizzazione dell'interesse » (189), ma che appariva, in quel contesto, la sistemazione teorica meno eversiva delle competenze del giudice ordinario e, al tempo stesso, quella in grado di valorizzare maggiormente le novità della giurisdizione di legittimità e le differenti possibilità della tutela.

Pur sottolineando i « caratteri speciali » del « diritto » tutelato di fronte alla Quarta sezione, si cerca, dunque, di forzare nel minor modo possibile la 'naturale' distinzione tra diritto e interesse e l'unità del diritto viene difesa sino in fondo anche di fronte alle evidenti irriducibilità del potere.

Alla unitarietà del diritto soggettivo, in particolare, non si rinuncia e l'asse diritto soggettivo-giurisdizione rimane intatto, almeno nel suo involucro esterno, nel pilotare la giuridicizzazione dell'ordinamento pubblicistico.

Sono quei concetti, se mai, al loro interno a conoscere inevitabili distinzioni e frammentazioni. Il diritto soggettivo, da un lato, privato del — sino ad allora naturale — riconoscimento della volontà, per il

---

(186) *Corso*, vol. II, cit., p. 767.

(187) *Corso*, vol. II, cit., p. 773-74.

(188) L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, Milano, s.d., pp. 50 e ss., sulla cui posizione sia consentito rinviare ancora a SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., pp. 301 e ss.

(189) NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979 (2ª ed.), p. 123. Si veda comunque, *Corso*, vol. III, cit., p. 1606, sul fatto che la giurisdizione amministrativa « è eccitata... soltanto dal titolare di un interesse attuale, personale, valutabile ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

semplice riconoscimento normativo dell'interesse. La giurisdizione, dall'altro, privata invece del « suo scopo immediato e strumentale di tutelare il diritto subbiettivo » (190), per una più diafana accezione di accertamento con effetto di cosa giudicata (191).

Cammeo, tuttavia, « sull'essenziale, non si discosta di un millimetro dal suo maestro Mortara » (192).

Subisce quelle frammentazioni solo dopo che le lunghe digressioni del *Corso* hanno, almeno formalmente, salvato i principii di unità del diritto, persino quella identità tra giurisdizione e tutela del diritto soggettivo, faticosamente conservata grazie al mantenimento di una categoria unitaria di diritto soggettivo, in cui far confluire diritti soggettivi, in senso proprio, ed interessi legittimi.

In questa direzione, Chiovenda, che aveva dato al « diritto d'agire una figura giuridica autonoma » (193) ed aveva affidato alla giurisdizione semplicemente il compito di attuare il diritto obiettivo, poteva offrire combinazioni più sofisticate, spostando sul « diritto d'agire » i necessari profili soggettivistici della tutela (194).

Cammeo, invece, nonostante tutte le precisazioni, rimane fedele al nesso indissolubile tra giurisdizione e tutela del diritto soggettivo (sostanziale). Si trova così ad operare, nel momento in cui deve dare un volto al giudizio di fronte alla Quarta sezione, con un diritto soggettivo privo del riconoscimento della volontà e « conferito anche nell'interesse pubblico » (195), con la conseguente impossibilità di « costruire il giudizio amministrativo ad instar del giudizio civile come compiuto processo di parti » (196).

---

(190) *Corso*, vol. III, cit., p. 1479, per una definizione che evidenziava un altro rilevante prestito da Mortara. La si può leggere anche in CAMMEO, *Lezioni di procedura civile*, Padova, 1910, ristampa Padova, 1992, p. 31.

(191) *Corso*, vol. III, cit., p. 1488.

(192) F. CIPRIANI, *Prefazione* a CAMMEO, *Lezioni di procedura civile*, cit., pp. XVI-XVII, che chiarisce, così, anche la pretesa sudditanza di Cammeo rispetto alle posizioni di Chiovenda.

(193) G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1903, p. 95.

(194) ID., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1906, p. 217 e più chiaramente, *Principii di diritto processuale civile*, 3ª ediz., Napoli, 1923, pp. 357-58.

(195) *Corso*, vol. III, cit., p. 1606.

(196) GIANNINI, *Discorso generale*, cit., p. 18.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Altri elementi, del resto, contribuivano ad allontanare il giudizio amministrativo dal modello civilistico.

L''imprecisione' della norma, invocabile dall'interesse legittimo, precludeva, intanto, la possibilità di estendere la cognizione del giudice alla « parte discrezionale del rapporto », con evidenti limitazioni alla cognizione del fatto e con la conseguenza, non secondaria, di escludere qualsiasi effetto conformativo del giudicato sul riesercizio del potere da parte dell'autorità amministrativa (197).

« Incompletezze » della tutela che sparivano nella giurisdizione di merito, che conosceva « del diritto e del fatto », che poteva affidarsi alla « equità amministrativa » come « fonte del diritto », che poteva « conosce(re) della discrezione », ma che pure non era « né ordinaria né generale », incapace, dunque, di orientare il sistema (198).

Per la giurisdizione generale di legittimità, invece, quelle « incompletezze » sarebbero state colmate — e solo in parte — molto tempo più tardi, con l'evoluzione del sindacato sull'eccesso di potere, che anche Cammeo — come abbiamo visto — aveva intuito; con la trasformazione, infine, del processo amministrativo tipico come processo d'impugnazione (199).

Neppure il giudice ordinario e la sua competenza erano, del resto, immuni da « incompletezze ». Cammeo, l'aveva 'scoperto' sin dal 1905, quando aveva sottoposto l'articolo 4 della legge abolitiva del contenzioso ad una raffinata esegesi.

La griglia costituita dalla triade di azioni esperibili era uscita, infatti, malconcia dalle « norme che si discostano dai principii di diritto comune », da quelle « disposizioni eccezionali » (200) che sancivano, in via generalissima, il divieto per il giudice di surrogare la volontà dell'amministrazione.

Inammissibili le azioni costitutive, anche quando si fosse trattato

---

(197) *Corso*, vol. III, cit., rispett., p. 1613; pp. 1609 e ss.; p. 1783.

(198) *Corso*, vol. III, cit., pp. 1613-15; p. 1602.

(199) NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 274 e ss.; CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 557 e ss.

(200) *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, LVII(1905), pt. IV, c. 25; c. 83. Il saggio, di notevole impegno teorico e frutto di un confronto a largo raggio con la dottrina civilistica e processualistica, era dedicato a Vittorio Scialoja « nel XXV anno del suo insegnamento ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di revocare semplicemente la « volontà negativa dell'amministrazione » (201). Fortemente ridimensionata l'efficacia delle azioni di condanna dall'inammissibilità dell'adempimento specifico e dai vincoli posti alla stessa esecuzione per espropriazione forzata (202).

In questo caso, tuttavia, non ci sono legittime « differenze » a reclamare necessarie deviazioni dal solco del diritto comune o a giustificare le « incompletezze »: siamo, più semplicemente, di fronte ad un « concetto erroneo », di cui è responsabile il legislatore dell'unificazione, vittima della falsa rappresentazione secondo la quale « il surrogare la volontà del giudice a quella dell'amministratore » sarebbe « funzione amministrativa e non giurisdizionale » e dunque « offesa alla libertà dell'amministrazione » (203).

Questa volta l'itinerario « dal noto all'ignoto » veniva interrotto, arbitrariamente, dallo stesso legislatore, responsabile delle 'erronee' limitazioni ai poteri di cognizione e decisione del giudice; artefice di « un sistema in alcuni punti contraddittorio e in altri evidentemente incompleto » (204).

In altri campi, invece, il delicato confine tra diritto comune e diritto amministrativo tornava nelle mani di giurisprudenza e dottrina.

È il caso della responsabilità, in cui un « istituto *generale* del diritto » che « non è più propri(o) di quello privato che di quello pubblico » (205), doveva, tuttavia, appena varcato il confine dei rapporti interprivati, contemperarsi con la discrezionalità ed affidarsi ai limiti giuridici posti alle facoltà 'libere' dell'amministrazione.

In punto di *iniura*, in particolare, le valutazioni sulla colpa potevano risultare confliggenti con l'attribuzione di quelle facoltà, rendendo insufficiente il richiamo puro e semplice alla disciplina

---

(201) *L'azione del cittadino*, cit., c. 80. Solo per completezza, ricordiamo che l'applicabilità alla pubblica amministrazione dell'art. 2932 cod. civ. è stata riconosciuta soltanto da un recente indirizzo giurisprudenziale aperto da Cass. S.U., 7 ottobre 1983, n. 5838, in *Foro it.*, CVI(1983), I, 2366 e ss., su cui basti qui rinviare a *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Padova, 1992, pp. 70-71.

(202) *L'azione del cittadino*, cit., cc. 72 e ss.

(203) *L'azione del cittadino*, cit., c. 25.

(204) *L'azione del cittadino*, cit., c. 26.

(205) *Corso*, vol. III, cit., p. 1380.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

codicistica e spostando la ricerca dell'unità del diritto necessariamente « al di là dei soli principii del diritto privato » (206). Anche in questo caso, dunque, il passaggio « dal noto all'ignoto » non poteva risolversi nell'automatica trasposizione al diritto pubblico degli assetti dogmatici elaborati nel diritto privato.

Basterebbe, però, rileggere le pagine del *Corso* dedicate agli interessi non suscettibili di sacrificio da parte dell'autorità amministrativa, per rendersi conto di quanto fosse estranea a Cammeo ogni interpretazione surrettizia che potesse agevolare, in qualche modo, « la diminuzione dell'area della responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione » (207).

Per rendersi conto, cioè, quanto fosse stretto il « vincolo dei fondamentali principii »: quanto fossero intangibili quelle « basi comuni », « quelle regole comuni in ordine alla natura dei diversi istituti » (208), che dovevano presiedere ed orientare, anche nel campo della responsabilità extracontrattuale, il rapporto tra diritto privato e diritto pubblico.

Cammeo, non è soltanto, tra i fondatori della scienza italiana del diritto amministrativo, il maestro che con maggiore insistenza si pone il problema delle relazioni tra il mondo dell'autorità e quello della parità e che con estrema delicatezza ne prospetta una propria declinazione teorica. È anche il giurista che quell'equilibrio ricerca nel rifiuto, consapevole, delle rispettive sovradeterminazioni.

Si allontanano, così, nelle sue pagine le vestigia dello Stato amministrativo, quei modelli costituzionali e amministrativi che

---

(206) La frase citata nel testo è di CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, cit., p. 525, alle cui pagine rinviamo il lettore anche per l'analisi ravvicinata del dibattito che, sui temi della responsabilità, contrappone, tra gli altri, Cammeo e Vacchelli alla visione di un diritto comune 'civilistico' propria, in particolare, di un Chironi.

(207) CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 555, con riferimento alla giurisprudenza a cavallo tra le due guerre. Le pagine del *Corso* cui facciamo riferimento nel testo possono leggersi in vol. III, cit., pp. 1391 e ss. Mentre, in generale, sul « ricorso improprio » alla formula della discrezionalità, in funzione di limitazione di responsabilità, U. BRECCIA, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico, Quaderni di San Martino*, Bologna, 1990, pp. 87-89.

(208) *Commentario*, pp. 198-99, in nota, in un passo opportunamente valorizzato da CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana*, cit., p. 525.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'incalzare delle trasformazioni ha ormai relegato al rango di ingombranti anticaglie. E si allontanano anche le enfatizzazioni del diritto privato, quelle posizioni panciviliste, incapaci, però, di « rispondere ai problemi posti in evidenza dalla specifica qualità dei soggetti pubblici » (209).

Al di fuori delle esaltazioni dell'uno o dell'altro universo giuridico, Cammeo inseguiva un proprio, equilibrato rapporto tra diritto pubblico e diritto privato.

7. *Le demarcazioni ottocentesche verso il presente.*

Per molti grandi del diritto amministrativo ottocentesco la distanza con il presente appare per tanti versi incolmabile.

Rispetto alla crescente complessità dell'oggi, non c'è dubbio che ancora di più colpisce la semplificazione sistematica di ieri, frutto di una teoria generale monolitica, unitaria e compatta, unilaterale ed autoritaria come era e come si voleva che fosse e che rimanesse la pubblica amministrazione. Una teoria appena più problematica solo nel momento in cui il piano dei modelli doveva necessariamente lasciare spazio al piano dogmatico, al concreto assetto degli istituti.

L'immagine che Cammeo ci ha lasciato è — come abbiamo visto — alquanto diversa. La sua contraddittorietà, le sue lunghe digressioni problematiche, persino i suoi improvvisi silenzi ci appaiono, all'opposto di quella monolitica raffigurazione, il segno di una straordinaria modernità.

Agli antipodi della linea dominante nella giuspubblicistica, che lavora sul tornante di fine secolo, i suoi modelli costituzionali; il suo ideale di « Stato libero ». Orientata verso la « sicura garanzia dei cittadini contro i possibili arbitrii dell'amministrazione attiva » (210), la sua declinazione del diritto amministrativo. Di grande significato

---

(209) M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, Milano, 1985, p. 241, nonchè D. SORACE, *Promemoria per una nuova 'voce' « Atto amministrativo »*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, cit., pp. 766 e ss. e spec. p. 771. Ed in generale, sull'impiego « sovradeterminato » delle nozioni di diritto pubblico e di diritto privato, si vedano le importanti osservazioni di BRECCIA, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, cit., pp. 75 e ss.

(210) *Commentario*, cit., p. 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

storico la posizione assunta duranti i travagliati momenti della crisi di fine secolo. Appartato, sino al drammatico epilogo personale, all'indomani dell'introduzione della legislazione razziale, il suo rapporto con il fascismo.

Il suo statalismo s'identifica semplicemente con il ruolo privilegiato assegnato alla tutela dell'interesse collettivo; non intacca mai il primato delle « libertà costituzionali » e delle « libertà statutarie » (211); sempre timoroso di una degenerazione verso la « tirannia poliziesca » (212), in nessuna occasione trascolora in autoritarismo.

Cammeo, « liberale per passione e per formazione culturale » — come lo definì Calamandrei (213) — non indulge al coro pubblicizzante, non appone la sua firma a quell'immagine 'forte' del pubblico che stava impregnando di sé la sintesi teorica ed un'epoca intera della storia della giuspubblicistica italiana. La tensione ideale, tanto coinvolgente del *Commentario*, lo aveva allontanato dalla mitologia statualistica; lo aveva messo al riparo dai tanti « concetti erronei » su cui si stava elaborando una certa idea della specialità.

L'aver mantenuto sempre aperto il colloquio tra le discipline aveva, infine, reso il suo assetto dogmatico un sistema costruito nel rifiuto consapevole delle sovradeterminazioni: un sistema in qualche modo aperto, disponibile a recepire la complessità.

Di questa complessità dogmatica, la negozialità era il simbolo: freddo ordine categoriale, certo; architettura logica trasferibile da un universo giuridico all'altro per assicurare, anche nel pubblico, la linearità delle costruzioni sistematiche del privato. Ma, insieme, osservatorio sempre aperto sulle mediazioni e sui conflitti tra autorità e consenso; canale perenne di comunicazione tra il mondo della disuguaglianza degli interessi e quello della parità; ostacolo insormontabile alle polarizzazioni tra provvedimento e negozio.

Se oggi, forse un pò frastornati dal *vulnus* che la nuova legge sul procedimento sembra aver inferto al tradizionale rapporto tra legge e 'volontà' amministrativa, ci interroghiamo su di una contrattualità che può arrivare ad investire persino il contenuto discrezionale del

---

(211) *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, cit., cc. 373-74.

(212) *Commentario*, cit., p. 3.

(213) P. Calamandrei, *Federico Cammeo nel decennale della sua morte*, in *Riv. it. scienze giur.*, LV(1949), p. 393.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

provvedimento e che si affida, per la propria disciplina, alle norme del codice civile su obbligazioni e contratti (214), non c'è dubbio che è ad autori come Cammeo, come Kormann, come un certo primo Kelsen, che occorre tornare.

A quei giuristi, cioè, che soli avevano sperimentato una sistematica lontana dalle bardature dello Stato a diritto amministrativo; che soli, nel panorama continentale, avevano intuito una via negoziale nella definizione del conflitto tra interessi individuali e collettivi (215).

Sperimentato, certo, non realizzato, se l'immagine dell'amministrazione-autorità aveva imposto la negazione del contratto di diritto pubblico, per l'irriducibilità della supremazia degli organi amministrativi ai modelli commutativi di origine civilistica.

Il consenso del privato si era incanalato verso una pura e semplice accettazione. Le esigenze dei servizi pubblici — proprio in autori come Cammeo, particolarmente sensibili ad un corretto contemperamento degli interessi — avevano allontanato, o cercato di allontanare, i modelli della contrattualità amministrativa, la concessione (216) innanzi tutto, dal contratto ad « oggetto commerciale », inadatto a salvaguardare quell'interesse collettivo che le impostazioni privatistiche di certa giurisprudenza ordinaria sacrificava agli interessi dei concessionari (217).

---

(214) Per una prima ricostruzione delle novità legislative introdotte dall'art. 11 della L. 7 agosto 1990, n. 241, si veda G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, pp. 206 e ss.

(215) Significative indicazioni in questo senso, in BERTI, *Le difficoltà del procedimento amministrativo*, in *Amministrare*, XXI(1991), spec. pp. 210-11; ID., *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. II, cit., pp. 49 e ss.

(216) Con particolare riferimento alla vicenda ottocentesca, D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; mentre per importanti considerazioni sulla « necessaria rilevanza del diritto amministrativo » in un istituto, come la concessione, conteso « tra diritto amministrativo e diritto privato », rinviamo a D. SORACE-C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. III, Torino, 1989, pp. 288-289.

(217) *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, cit., cc. 473 e ss.: con questa nota Cammeo commenta Cass. Firenze, 22 dicembre 1902 e Cass. Roma, 12 agosto 1902, due pronunce che avevano escluso il potere del comune concedente di imporre al concessionario la sostituzione dei beccucci per l'illuminazione a gas con altri, più moderni ed economici. Problemi analoghi, per il passaggio dall'illuminazione a gas all'illuminazione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Per Cammeo, paladino, sin dai suoi primissimi scritti, dell'esercizio diretto del servizio pubblico (218), la conclusione era apparsa obbligata: « l'ente pubblico pur avendo potestà discrezionale di agire per il raggiungimento dei suoi scopi, non può vincolare neppure a tempo tale discrezionalità perchè così contraddice alla propria finalità collettiva e distrugge in tutto o in parte la propria personalità pubblica » (219).

La distanza dal modello civilistico si era imposta, in questo caso, perchè il modello commutativo non avrebbe consentito di configurare un potere di revoca della concessione per interesse pubblico, né una commisurazione dell'indennizzo limitata al solo danno emergente (220).

E, spinto da motivazioni non molto diverse — sia detto di passata — anche il legislatore del 1990 ha voluto inserire esplicitamente, in via generale, sia recesso che indennizzo, nella disciplina degli accordi determinativi o sostitutivi del provvedimento.

Nonostante queste illuminazioni, Cammeo rimane, comunque, pur sempre una voce del passato ed il suo percorso scientifico, sensibilmente acquietatosi negli anni successivi al primo conflitto mondiale, risulta in larga misura estraneo alle intersezioni e alle sovrapposizioni tra pubblico e privato.

Lo dimostra la posizione assunta in materia di enti pubblici: pronto ad inseguire la crescente complessità organizzativa e a ricercare quegli « elementi estrinseci » dai quali dedurre la natura pubblica degli enti (221); ma pervicacemente convinto, sino al suo ultimo scritto, del valore 'costituzionale' della demarcazione tra pubblico e commerciale: « una società commerciale non può essere contemporaneamente ente pubblico » (222).

---

elettrica, Cammeo aveva affrontato ne *I monopoli comunali*, cit., in *Archivio giuridico*, vol. LVI(1896), pp. 367 e ss.

(218) *I monopoli comunali*, cit., in *Archivio giuridico*, vol. LV(1895), pp. 94 e ss. . Si veda, comunque, anche la voce *Illuminazione pubblica*, in *Enc. giur. it.*, vol. VIII, pt. 1ª, Milano, 1902, pp. 46 e ss.

(219) *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, cit., c. 476.

(220) *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, cit., c. 478.

(221) *Commentario*, cit., pp. 650 e ss.

(222) *Società commerciale ed ente pubblico*, Firenze, 1947 (pubblicazione postuma dovuta alla cura di Silvio Lessona).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Una conclusione che confermava, sul piano dei soggetti, quanto, sin dall'inizio del secolo, aveva sostenuto per il piano dell'attività: « un pubblico servizio non è certamente un oggetto commerciale » (223).

Si trattava di conclusioni ispirate alla grande dicotomia ottocentesca, comune alle discipline civilistiche e pubblicistiche, tra statuale e commerciale, tra finalità pubblica e finalità di lucro: una dicotomia inadatta, proprio per questo, a seguire il dissolversi della « pubblica funzione » su quella linea indistinta in cui si confondevano interessi generali ed interessi sezionali.

L'interesse pubblico — l'interesse collettivo, tante volte ricordato — per Cammeo è sempre definibile a priori dall'ordinamento: se non sempre dalla legge, per il carattere dispositivo della norma rivolta all'autorità, sempre comunque dall'amministrazione, il cui legittimo operato assicuravano gli istituti di giustizia amministrativa (224).

La sua fiducia nella centralità della norma è assoluta e la stessa prospettiva di un futuro « consolidamento » (225) del diritto amministrativo s'indirizza, senza incertezze, verso una crescente imperatività del precetto.

È inutile dire che queste certezze si sono oggi sensibilmente indebolite, parallelamente alla consapevolezza, sempre più nitida, delle molte matrici ottocentesche proprie del principio di legalità.

D'altro canto, privatizzazioni del diritto pubblico e pubblicizzazioni del diritto privato si sono sedimentate in modo ormai così inestricabile, che appare difficile ipotizzare, nonostante certi segnali di recupero dell'essenza della pubblicità lungo nuovi sentieri regolativi, che si sia imboccata la strada di un ritorno verso demarcazioni più nette, almeno tra pubblico e commerciale.

Né è ormai possibile sottovalutare il fatto che di fronte ai

---

(223) *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, cit., c. 476.

(224) Secondo l'impostazione prevalente nell'Italia liberale, che risolve il problema dell'imparzialità amministrativa « non ricercando la giustizia e la bontà *dell'*amministrazione, ma la *giustizia amministrativa*, ossia la giustizia e il sindacato *sull'*amministrazione ». ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. VIII, Torino, 1993, p. 133.

(225) *Commentario*, cit., p. 327.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

problemi posti dalla « disciplina del mercato » si è « esaurito » anche « il significato storico del negozio » (226), ed è dunque sempre più difficile ricercare nel 'diritto comune' quei modelli che Cammeo poteva ancora, con una certa sicurezza, rinvenire, per il proprio itinerario pubblicistico, nel mondo giuridico dei soggetti individuali.

Di fronte alla complessità e alla contraddittorietà del presente, le domande e le risposte di Cammeo non possono che essere quelle di un interlocutore lontano. Può essere, invece, il suo itinerario, problematico, sofferto, proprio perchè condotto con grande consapevolezza tra i due mondi del pubblico e del privato, ad acquisire il valore emblematico di una sapiente testimonianza di metodo.

(226) IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 19(1990), pp. 575-76.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

EUGENIO CANNADA-BARTOLI

IL « COMMENTARIO DELLE LEGGI SULLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA » E IL SUO SISTEMA (*)

1. Il Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa e la sua pubblicazione. — 2. Programma e mancato completamento dell'opera: critiche rivolte al Cammeo ed oggetto delle presenti note. — 3. Alcuni passi del Commentario: diritto privato e impostazione generale. - 3.1. L'inserimento del diritto pubblico e del diritto subiettivo pubblico. - 3.2. I diritti subiettivi pubblici dello Stato come poteri. - 3.3. L'atto amministrativo e una critica ad Otto Mayer. - 3.4. « Minimo mezzo » e situazioni soggettive; storicità delle distinzioni e relatività delle definizioni. — 4. Cenni sulla evoluzione del sistema. — 5. La tecnica del bilanciamento. — 6. La giurisdizione amministrativa come nozione oggettivamente unitaria. — 7. Alcune considerazioni sul giudicato amministrativo. — 8. Pluralità delle giurisdizioni amministrative e poteri dei giudici. — 9. Relazioni tra le giurisdizioni. — 10. Relazione tra amministrazione attiva e giurisdizione. — 11. L'eccezione d'incompetenza e limiti del sindacato giurisdizionale. — 12. Sull'azione giudiziaria. — 13. Qualche riflessione sull'opera: diritto amministrativo e giustizia amministrativa. - 13.1. Tecnica giuridica e affinamento storicistico; i livelli di esposizione. - 13.2. Sui diritti pubblici subiettivi. — 14. L'ordinamento dello Stato della città del Vaticano e la riproposizione oggettivamente limitata di schemi del Commentario. — 15. Ancora su metodo e sistema nel Commentario: concordanze e divergenze (Mortara, Scialoja, Chiovenda). — 16. La riprova del sistema del Cammeo. — 17. Utile e libertà nel Commentario e la lettura del pandettista Cammeo.

1. Il Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa (1) di Federico Cammeo non reca data di pubblicazione; qualche autore (2) lo ritiene edito nel 1910, altri (3) nel 1911, l'opera, peraltro, era apparsa in fascicoli successivi, a partire dai primi anni del secolo o, forse, dagli ultimi del secolo precedente, come risulta dalle citazioni dell'Autore nelle note redatte per la Giurisprudenza italiana. Il capitolo quarto della parte prima del Commentario è citato nella

(*) Questo saggio sarà pubblicato anche negli « Studi in onore di Feliciano Benvenuti ».

(1) Che sarà citato soltanto con l'indicazione delle pagine, omettendo il titolo.

(2) B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1983, pag. 3.

(3) F.G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, pag. 61.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nota sulla discrezionalità tecnica in *Giur. it.*, 1902, III, 275 e la numerazione delle pagine è quella della successiva completa edizione; similmente, nella nota sull'efficacia di cosa giudicata delle pronuncie della IV sezione emesse in sede di legittimità ed in sede di ricorso straordinario, pubblicata in *Giur. it.*, 1905, III, 99, si cita il n. 321 (pag. 624) del Commentario, anch'esso rimasto invariato. Queste citazioni riguardano la parte prima, dedicata ai principi generali, ed i primi due capitoli della parte seconda, il primo sui precedenti storici della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, il secondo sui ricorsi amministrativi. Nel 1905, dedicata al prof. Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento fu pubblicata sulla Giurisprudenza italiana IV, 23 la monografia « L'azione de cittadino contro la pubblica amministrazione », nella quale il Commentario è più volte citato (pagg. 54, 59, 63, 67, 79, 102, 108) e che è utilizzata, con qualche modifica — v. pag. 861, nota (1) — nella quarta sezione del capitolo terzo, dedicato all'azione giudiziaria. Nella nota su Competenza per connessione e giurisdizioni speciali, *Giur. it.*, 1908, III, 145, è citato il n. 406 lett. *e*, ossia pag. 922. Nel Commentario, a pag. 967, nota 2, è citata una sentenza della Cassazione romana, pubblicata nella Giurisprudenza italiana del 1909 e a pag. 1104, nota 1 si rinvia al testo unico 14 aprile 1910 sulla riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato ed alla relativa circolare 15 ottobre 1910 e si cita il Manuale amm. 1910, che risulta edito in Roma, dicembre 1910, per i tipi della ditta L. Cecchini.

Può, quindi, ritenersi che il volume sia stato pubblicato nel 1911.

Il commentario ebbe inizio e fu scritto, in massima parte, vigendo il t.u. del 1889 sul Consiglio di Stato. A pagg. 903 nota (3) e 925, nota (2), è citato il nuovo testo unico del 1907; a pag. 909 comincia la sezione quinti « Conflitti e procedura », che termina a pag. 1130, ultima del Commentario; l'indice di tale sezione presenta qualche incongruenza, ma il lettore può ovviarvi.

2. L'opera, com'è noto, è dedicata a Ludovico Mortara, del quale il Cammeo era allievo e che, nel primo volume del « Commentario del codice e delle leggi di procedura civile », aveva delineato teoria e sistema della giurisdizione civile nello stato libero, nei rapporti con le altre funzioni della sovranità e con le altre giurisdi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zioni. Essa seguiva anche la pubblicazione del non meno fondamentale terzo volume del Trattato di diritto amministrativo diretto dall'Orlando, con i notevoli contributi sul tema della giustizia amministrativa del Vacchelli, dell'Orlando e del Romano, il quale, nel primo volume del Trattato, aveva scritto un saggio notevolissimo, tenuto ben presente dal Cammeo, sulla teoria dei diritti pubblici subiettivi (4). È sufficiente questa limitata indicazione per comprendere che non era facile accingersi a scrivere di giustizia amministrativa, sia pure allo scopo di redigere un « commentario »; ma Cammeo, com'è noto (5), educato all'esegesi e conoscitore dei trattatisti, aveva profondamente assimilato i grandi sistematici del pensiero giuridico di lingua tedesca, la cultura sistematica per autonomasia, e conosceva anche la più sottile e pragmatica letteratura di common law (6).

Il programma del Commentario è esposto nell'introduzione (pag. 4-5); al primo volume doveva seguire il secondo, come risulta anche da pag. 848, che rinvia ad una trattazione ex professo della giurisdizione di merito secondo il testo unico 2 giugno 1889. Si può notare che quest'ultimo passo è stato scritto prima della riforma del 1907, citata, come rilevato, a pag. 903; il volume fu completato circa tre anni dopo e rimase unico, senza il divisato seguito. È mancata, così, la parte relativa ai giudizi innanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.

L'incompiutezza è stata spiegata come rinuncia del Cammeo a

---

(4) L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I; G. Vacchelli, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, nel *Primo trattato di diritto amministrativo italiano* a cura di V.E. Orlando, vol. III, pag. 223 ss.; V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, nel *Trattato* cit., pag. 633 ss.; S. Romano, *Le giurisdizioni speciali amministrative, Trattato*, cit., pag. 507 ss.; Id., *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative, Trattato* cit., pag. 1169 ss.; Id., *La teoria dei diritti pubblici subiettivi. Trattato*, cit., vol. I.

(5) Si rinvia, anche per la letteratura, al profilo di Cammeo, tracciato da P. Grossi, *Stile fiorentino*, Milano, 1986, pag. 129 ss.: successivamente F. Cipriani, *prefazione a* F. Cammeo, *Lezioni di procedura civile*, Padova, 1910, nella ristampa anastatica, Padova, 1992.

(6) Oltre i numerosi accenni nel Commentario, v. F. Cammeo, *Il diritto amministrativo degli Stati Uniti d'America*, in *Giur. it.*, 1895, IV, 81; Id., *Le azioni dichiarative nel diritto inglese e nord-americano*, in *Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927, pag. 173 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trattare il processo amministrativo, necessitata dall'impianto medesimo del Commentario, costruito sulla scorta del Mortara, e dalla impossibilità di proseguire applicando lo splendido sistema del Chiovenda, da cui il Cammeo era rimasto catturato, al processo amministrativo; e si è ritenuto che l'ampliamento, operato dal Cammeo, della nozione di diritto soggettivo rispetto a quella prevalente nella pandettistica, non consentiva di costruire il giudizio amministrativo ad instar di quello civile. Donde la rinunzia finale del Cammeo all'impresa a cui si era accinto (7).

Questa valutazione critica, dovuta ad un giurista di altissimo rango, geniale e rigoroso, delinea il Cammeo come giurista espositore, ma, al contempo, segnala che l'incompiuta impostazione contiene in sé tutta la problematica della dottrina successiva. Di questo complesso giudizio sembra prevalente la parte che ravvisa nella mancata prosecuzione una rinuncia. Per il resto, che un autore

---

(7) M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, estratto dalla *Rivista di diritto processuale*, 1964, pag. 5 s., dove i giuristi che, da Cammeo a Zanobini, trattarono della giustizia amministrativa, sono chiamati, escludendone ogni svalutazione, « espositori », « poiché la ricchissima problematica che nel medesimo tempo la scienza del diritto processuale civile andava elaborandosi, rimane a costoro estranea, quasi come se non servisse » (pag. 7) o, con altra e sottilmente variata spiegazione « nel senso che si fermarono là dove Chiovenda li aveva condotti »; nonché pag. 35 ss. Questo giudizio non è privo d'influenza su *Sordi*, *op. cit.*, il quale lo sviluppa, considerando lo svolgimento del diritto amministrativo; impostazione deliberatamente evitata in queste note. L'opinione del Giannini lascia perplesso F. CIPRIANI, *Prefazione* cit., pag. VI, probabilmente, in dipendenza della sua revisione critica della processualistica italiana. Non sembra, nonostante la diversa opinione del CIPRIANI *loc. cit.* che anche il Grossi consideri Cammeo un « esegeta »: il termine ricorre a pag. 140 di *Stile fiorentino*, cit., per illustrare che Cammeo « avvocato, esegeta di un diritto vigente, non si automortifica nel letto di costrizione della semplice esegesi ... e sceglie la strada più coraggiosa, più appagante, ma anche più ardua per un giurista: quella di una « dogmatica », elaborata con fantasia e forza speculativa; alla pagina successiva, l'incompiutezza dell'opera del Cammeo è spiegata con l'intima sofferenza per il mancato accoglimento del messaggio « politico », ripetutamente lanciato almeno dal 1898 agli anni dieci; spiegazione psicologica, che pone su un livello più complesso, lo scoramento di chi scorge il declino della libertà come valore giuridico e, come giurista, non lo trova compensato dalla propria consapevolezza del suo valore morale. V. anche l'analisi del SORDI, *op. cit.*. Che il Grossi non possa ritenere Cammeo soltanto un esegeta risulta, in termini generali e senza riferimenti specifici, dai saggi dello stesso A., *Interpretazione ed esegesi (Anno 1890-Polacco versus Simoncelli)*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Milano, 1990, vol. I, 283 ss.; *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini*, 517 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

impegni gli studiosi, contemporanei o successivi, è pensiero esatto, non contestabile, giacché gli studiosi sono tutti in reciproco debito, se ciascuno di essi segua il principio « magis amica veritas ». Quel giudizio, per la critica che propone, induce a chiedersi se dal Commentario si tragga un pensiero intrinsecamente incompiuto, a tal segno da imporre e ravvisarvi la rinuncia a proseguire oppure se, nonostante l'estrinseca tipografica incompletezza, si colga un sistema, anche se alcuni punti siano, a causa di quell'incompletezza, enunciati *in nuce*.

Precisato, in tal modo, l'oggetto di queste note, è chiaro che occorre limitarsi a considerare se e quali tesi ed impostazioni di carattere generale costituiscano il sistema, senza indugiare su questioni particolari, che potrebbero avere una soluzione diversa, senza intaccare le linee portanti dell'opera. Ancor meno necessario considerare i successivi svolgimenti dottrinali, che sarebbe far parlare altri, compreso chi scrive, su questa o quell'opinione del Cammeo, con il rischio che al tema principale si sovrappongano discussioni aventi oggetto diverso. Si spiega così che l'autorevole revisione critica sopra accennata sia da considerare attentamente per sé, non anche per il disegno generale del quale è parte e la cui importanza per i nostri studi è ben nota a coloro che se ne occupano.

3. Sembra opportuno trarre dalle frasi medesime del Cammeo se e quale sistema si possa delineare; non a garanzia di un'oggettività, che s'imponga ad ogni lettore, ma per palesare la scelta compiuta da chi scrive e il suo margine di arbitrio. Qualche ripetizione sarà necessaria.

Il titolo dell'opera deriva da quello del fondamentale trattato di Ludovico Mortara e s'inserisce in una tradizione giuridica, ma anche del giudaismo, nella quale al genere « Commentario » non sono estranei intenti di ricostruzione sistematica, a cui ricollegare le varie distinzioni.

Che tale sia l'impostazione del Cammeo risulta dalle pagine iniziali: dalla maniera, derivata dal Mortara (8) d'intendere la distinzione tra diritto pubblico e privato non come due fenomeni diversi,

(8) Brevemente in *Commentario*, cit., vol. II, III ed., pag. 538.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ma come due aspetti di un medesimo fenomeno sociale (pag. 7), nel quale gli interessi in conflitto hanno nel diritto privato ed in quello pubblico diverso valore, per la preminenza che spetta all'interesse collettivo rispetto a quelli individuali (pag. 9). Aggiunge subito Cammeo che la risoluzione del conflitto deve sempre dipendere, sia che trattisi di diritto privato o di pubblico, dall'interpretazione delle norme, che per dirimere quel conflitto debbono essere state già in precedenza fissate (ibidem). La norma è, per Cammeo, un comando posto dallo Stato e munito di sanzione e, nel diritto privato, è fondamentale la distinzione tra le norme giuridiche imperative e quelle dispositive (pag. 11). In questa prospettiva, l'argomentazione dal diritto privato è utile perché i criteri nel diritto pubblico non sono né chiari né concordi e quindi occorre procedere dal certo all'incerto; dal diritto privato, quindi, nel quale il concetto formale del diritto, come funzione sociale e utilità individuale, e delle sue garanzie, può dirsi ormai definito per lunga elaborazione, ancorché l'elemento materiale del contenuto delle singole norme risulti assai imperfetto e attenda non poche desiderate riforme (pag. 10). Questi passi sono importanti, perché la tensione tra utilità sociale ed interessi individuali è predicata anche nel diritto privato, essendo propria del diritto; donde la « imperfezione » della definizione ulpianea rilevata a pag. 7 nota (1) e il rilievo che la distinzione tra diritti pubblico e privato, esatta o no, divenuta tradizionale, si adatta in molti punti allo schema esteriore degli istituti giuridici (pag. 9). Il rinvio a schemi non esteriori è palese ed è risolto, osservando che diritto obiettivo e diritto subiettivo sono, nel campo dei rapporti privati, due termini correlativi; ad ogni norma corrisponde sempre un interesse individuale, laonde strettamente individualizzato è il diritto soggettivo (pag. 13). La pretesa subiettiva tutela l'interesse del soggetto, ma questi può ben avere interessi, che non sono considerati e tutelati da una precisa norma giuridica e la cui protezione è di regola esclusa, salvo che non siano devoluti a giurisdizioni di equità o affidati al potere discrezionale del giudice civile (pag. 13 ss.). Sempre rispetto al diritto privato, Cammeo osserva che se l'atto lesivo di un mero interesse proceda dal rappresentante di una persona fisica o dall'amministratore di una persona giuridca, si può ottenere il riesame ricorrendo al rappresentato o alla superiore autorità della persona giuridica, ma che tale protezione è embrionale

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ed è un effetto riflesso. Poiché sorgono conflitti tra i vari soggetti, è necessario conoscere quale tra le due pretese confliggenti « risponda a verità » (pag. 17); ovviamente, secondo il criterio tratto dalle norme. La giurisdizione è la funzione dello Stato adibita a tal fine e rappresenta, secondo la testuale citazione del Mortara, necessario proseguimento della funzione legislativa e la sua utilità generale non è altra cosa nella effettuazione, se non la somma delle utilità particolari, che dalla giurisdizione ottengono o possono al bisogno ottenere protezione pratica ed efficace (ibidem). Questa concezione comprende funzionalmente anche il processo di esecuzione, che costituisce il necessario e logico complemento di quello di cognizione, anche se la procedura di esecuzione in sé non è funzione giurisdizionale, ma amministrativa (9) (pag. 19, 311). Altra osservazione significativa è che il giudice, nello svolgere la catena di giudizi volti a determinare i fatti, « deve fare degli apprezzamenti, che per la tutela dei propri interessi ha dovuto fare la parte » (pag. 25). Si è sopra accennato alla rilevanza che l'interesse ha per le tesi enunciate nel Commentario, con chiara derivazione dallo Jhering, il cui concetto di fondo su diritto e coesistenza sociale, si completa con la nozione della relatività storica del diritto nelle varie epoche, determinata dal mutare delle condizioni etniche, fisiche, economiche e morali dei popoli; questa precisazione, a pag. 8 nota (3), è un motivo ricorrente (es., pag. 194, 201). Non è molto importante verificare se queste varie tesi, riepilogate forse eccessivamente, risultino condivise dalla dottrina successiva sino a quella odierna. Interessa più notare che il Cammeo ha delineato la situazione del diritto privato, nei suoi termini essenziali e formali ed escludendo dai caratteri formali della giurisdizione, « che necessariamente procedono dal suo carattere sostanziale » l'esistenza di una norma definita di diritto obiettivo (pag. 20 nota (1).

È la rappresentazione *in nuce* del sistema, nel quale si prospetta l'integrazione del diritto pubblico.

3.1. Questa avviene su una premessa politica, acquisita al nostro e ad altri ordinamenti, e per questo giuridica, « che si hanno in vista i diritti dei liberi cittadini », espressione equivalente a quella

(9) Opinione mantenuta nelle *Lezioni* cit., pag. 12 e nel *Corso di diritto amministrativo*, ristampa a cura di G. Miele, Milano, 1960, pag. 675 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di Stato libero, asse portante del primo volume del Commentario del Mortara, e che è libero in quanto liberi sono i cittadini. Se al diritto oggettivo privato — pur tenendo presenti le riserve sulla distinzione ulpianea — corrispondono diritti soggettivi privati, al diritto oggettivo pubblico si collegano diritti pubblici subiettivi individuali, pena, altrimenti, la negazione del diritto pubblico obiettivo e subiettivo (pag. 29 ss.); deriva che « se soggetto dev'essere in qualche modo l'individuo, soggetto deve essere anche lo stato » (pag. 44), deduzione semplice, che consente al Cammeo di rifiutare l'ipotesi dell'autobbligazione addotta dallo Jellinek per spiegare i diritti pubblici subiettivi. A riprova, l'A. osserva che, se si ammette — e nessuno l'esclude — l'esistenza di diritti subiettivi privati verso lo stato, bisogna pure ammettere l'esistenza di diritti pubblici subiettivi, dato che struttura e funzione della norma rimangono uguali (pag. 36 s.). All'intuitivo rilievo che vi sono molte norme giuridiche, le quali non conferiscono diritti ai cittadini, perché esprimono comandi che lo stato rivolge ai cittadini o perché non concernono i cittadini direttamente — si noti quest'avverbio —, in quanto comandi rivolti dallo stato ai propri organi o ai propri funzionari, il Cammeo osserva che, in tali ipotesi il diritto subiettivo c'è ed appartiene allo stato ed ai suoi organi (pag. 29) Si noti che unica è la matrice di questo ragionamento, che costituisce « l'ordine giuridico » (pag. 7) come unità. S'intravvede la fondazione di un sistema juris, che consenta deduzioni teoriche ad opera della scienza del diritto e della giurisprudenza, le quali, come si nota nell'introduzione, in difetto di leggi scritte o incomplete o non fondate su sicuri criteri direttivi, « divengono legislatrici » (pag. 5); espressione forte, che indica la necessaria apertura dell'ordinamento positivo (pag. 68).

3.2. A ben guardare, è molto utilizzato l'argomento *a simili*, adatto ad una configurazione unitaria, all'interno della quale possono sussistere differenze, che non intaccano quell'unità. Sotto questo aspetto, l'affermazione che i diritti pubblici subiettivi spettano anche allo stato o ai suoi organi è di notevole portata teorica, in quanto applica il medesimo concetto dogmatico sia al cittadino sia allo stato. Che si tratti della nozione di diritto pubblico soggettivo, criticata dalla successiva dottrina, poco importa. Può, anzi, ritenersi che la critica sia quasi nella stessa formulazione del Cammeo, nella quale « privato » e « pubblico », riferiti al diritto soggettivo, non

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sono connotazioni di quest'ultimo, ma soltanto designazioni dell'altro soggetto e, quindi, escludono che il diritto soggettivo pubblico abbia, rispetto a quello privato, un'intrinseca peculiarità. È l'esigenza di metodo che dev'essere apprezzata. Essa spiega che, definito il diritto amministrativo come regolatore della attività degli organi amministrativi, che ad esso devono sottostare, non diversamente dai privati rispetto alle leggi di diritto privato, si possa dedurre che, come il diritto privato consente a ciascun individuo una sfera libera e non fa che segnare un limite a questa sfera, così il diritto amministrativo non solo disegna un campo libero all'autonoma determinazione all'individuo di fronte allo stato, ma anche e con molto maggiore larghezza, lascia, dovunque una regola precisa *a priori* non sia possibile nel pubblico interesse, un campo aperto all'arbitrio (pag. 57). Quest'ultima parola può destare qualche perplessità, a fugar la quale è sufficiente, per ora, considerare che essa indica il campo libero consentito dalle norme e che la ricostruzione del Cammeo si fonda sulla distinzione tra le funzioni dello stato, secondo la intima natura delle manifestazioni della volontà di questo. È la maniera con cui Cammeo interpreta il principio della divisione dei poteri e lo difende contro le obiezioni del Laband, che vuole « ricostruire l'unità ad esclusivo profitto del monarca » (pag. 58) e contro dubbi, avanzati dal Vacchelli, che la incompleta attuazione del noto principio impedisca l'esistenza di diritti subiettivi dei cittadini contro lo stato (pag. 60). L'opinione del Cammeo si discosta dalla concezione classica e la riduce ad una « ripartizione soltanto approssimativa e di funzioni tra organi separati », con prevalenza spiccata al concetto di funzione su quello di organo (*ibidem*).

La deduzione dal principio della divisione dei poteri si collega all'iniziale ricostruzione analogica del diritto subiettivo pubblico, della quale si è segnalata la portata sistematica, consegue che, anche rispetto a tale diritto, si ponga la questione di determinare il grado di protezione degli interessi dei cittadini.

Il Cammeo riprende la distinzione tra norme imperative e permissive, utilizzata per illustrare la nozione di diritto privato, ma la prospetta distinguendo i « sudditi » — termine che ricorre altre volte — e l'autorità amministrativa. Rispetto ai primi, le norme di diritto pubblico sono sempre imperative; per l'amministrazione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo rappresenta solo un *desideratum*, perché le norme non possono prevedere le infinite contingenze dei rapporti tra stato e sudditi ed è necessario lasciare la facoltà di regolarle alla discrezione dell'autorità amministrativa (pag. 73). Qui il pragmatismo del Cammeo è limite ad estratte deduzioni e legittima un diverso ragionamento, secondo cui la discrezionalità dell'amministrazione si collega a clausole autorizzatrici poste dalla legge per l'amministrazione e, peraltro, necessarie, perché — e ritorna la premessa di fondo — « nello stato costituzionale in difetto di una precisa disposizione di legge emanata dal Parlamento, si presume la libertà di azione del cittadino » (pag. 74). Le norme che pongono siffatte clausole sono un limite che tende ad impedire che l'atto discrezionale sia emanato non ricorrendo tutti i presupposti di legge; si potrebbe ben dire che si formino degli ampi diritti soggettivi dello stato in confronto dei cittadini, pari a quei diritti costituiti dal diritto privato con lo stabilire i reciproci limiti dell'attività dei singoli; ma, se questo ragionamento « ove si abbia riguardo al rispettivo funzionamento delle norme come limite, è giusto », bisogna riflettere che vi è « una intrinseca sostanziale differenza fra la natura e l'intensità delle libere facoltà concesse allo stato in un caso, e ai privati nei loro mutui rapporti nell'altro », poiché entro i limiti segnati dalle norme autorizzatrici risorge « intera la sovranità dell'amministrazione verso i cittadini »; il limite non è, pertanto tra soggetti uguali e « perciò questi diritti subiettivi dello stato e in ragione della loro ampiezza e in ragione della loro intensità sono concepiti come poteri e così chiamati (ibidem, con rinvio a Vacchelli e a Romano). Ampiezza e intensità dipendono dalla natura del soggetto pubblico, ma non possono alterare il dato fondamentale che la facoltà è correlata alla norma giuridica come limite.

3.3. Uguale criterio si riscontra nella dichiarata applicazione, in via analogica (pag. 93), dello schema del negozio giuridico a quegli atti amministrativi, che sono il mezzo col quale lo stato soddisfa gli interessi collettivi come i negozi giuridici del diritto privato sono i mezzi che i singoli adoperano per soddisfare gli interessi individuali. Se ne trae l'argomento per contrastare la definizione, formulata da Otto Mayer, dell'atto amministrativo come decisione sovrana di competenza dell'amministrazione, che in confronto dei sudditi dichiari, in un singolo caso, quale sia per loro il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto obiettivo, Cammeo ritiene che questa nozione è di ostacolo ad ammettere l'esistenza di organi competenti alla reintegrazione del diritto pubblico con carattere veramente giurisdizionale (pag. 94 ss.) e ritiene non del tutto esatto asserire che l'esecutorietà degli atti amministrativi è elemento essenziale della funzione amministrativa (pag. 99).

L'argomentazione in base alla rilevanza degli interessi è di chiara derivazione dallo Jhering, e il parallelismo tra il negozio giuridico privato e quello di diritto pubblico è il presupposto per la rilevanza dell'elemento causale (o, come diranno i moderni, teleologico) dell'atto amministrativo, per il quale l'attuazione del diritto è mezzo per il raggiungimento di fini utili che giacciono al di fuori e al di là di esso (pag. 94); è affermare la prevalenza del « provvedere » rispetto al comandare dichiarando quale sia il diritto.

3.4. Per Cammeo l'interesse collettivo « è, approssimativamente parlando, se non la somma, almeno la risultante degli interessi individuali che in un dato momento esistono in una società politica » (pag. 101).

La concreta dinamica dei vari interessi, di quelli dei privati nei loro rapporti e di quelli collettivi, si fonda, per Cammeo, sulla legge edonistica del minimo mezzo (pag. 102), che è richiamata anche altre volte. Essa deriva dagli utilitaristi inglesi e non è un implicito riferimento a Romagnosi, nel quale il pareggiamento delle utilità sembra essere un criterio, che assicuri lo *status quo*, mentre in Cammeo quella legge spiega più il divenire che il permanere; a parte il rilievo che lo stato libero è sì composto da sudditi e, rispetto all'autorità amministrativa, da cittadini, ma non sopporta il suddito ossequioso ed esige che la determinazione dei sacrifici « si faccia in via legislativa » (pag. 54) e, laddove sia impossibile definire la misura, si segnino di questa gli estremi confini, determinando organi e forme, e lasciando per il resto un potere discrezionale (pag. 102). Continua la discreta a ferma polemica con il « geniale lavoro » di Vacchelli (pag. 105, nota (2)) e sul punto il Cammeo conclude, con precisa consapevolezza della categoria dell'utile, che « non vi è dunque questione di essenziale conflitto tra tutela di interesse individuale e di interesse collettivo, ma questione solo di metodo, di misura e di coordinazione » (*ibidem*, testo).

La ricostruzione analogica porta il Cammeo a ricercare se le

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

norme di diritto pubblico, la cui applicazione risulti a vantaggio dei cittadini, creino sempre diritti soggettivi e a distinguere da tali diritti le utilità, che, per quanto particolari e più intense di quello che al cittadino spetterebbe come unità frazionaria dello stato, sono riflesso dell'utilità collettiva e dell'esercizio del diritto soggettivo dello stato (pag. 104). Questa è una considerazione generale, che vale anche per il diritto privato (pag. 14), secondo la nota dottrina dello Jhering. Nel diritto pubblico distinguere le due ipotesi è importante; il problema non si pone *de lege ferenda*, giacché non avrebbe importanza pratica in senso giuridico; al riguardo si può *a priori* rilevare una tendenza generale al riconoscimento di sempre più numerosi diritti soggettivi (pag. 104). La notazione di siffatta tendenza si collega con la concezione dello stato libero, seguita dal Cammeo ed al correlativo modo d'intendere il potere discrezionale come conseguenza dell'imprecisione delle norme. L'ipotesi del Cammeo può essere diversamente valutata sia in astratto sia in relazione a concreti assetti politici, di negata o sminuita libertà. Essa, però, afferma *in nuce* la storicità della distinzione e spiega la successiva osservazione che « nulla sta dunque *a priori* alla individualizzazione dell'interesse » (pag. 110). Giova insistere su quest'importante aspetto. Cammeo segue l'opinione dominante e preferisce, per la maggiore chiarezza, la formula del Romano, secondo cui il diritto soggettivo è un interesse protetto mediante il riconoscimento della volontà individuale, stabilendosi in tal modo la connessione essenziale di un dato interesse con un individuo determinato, che abbia motivo di fare di esso l'oggetto della sua volontà (pag. 107); per gl'interessi protetti per effetto riflesso, il diritto obiettivo esclude il riconoscimento della volontà individuale, che vorrebbe perseguire tale interesse e, di conseguenza, l'apprestamento di mezzi, affinché questa volontà sia fatta valere. Cammeo li designa interessi legittimi, reputando improprio il nome di diritti riflessi (« o la protezione è riflessa e non sono diritti ») e « conveniente adottare una nomenclatura confortata dall'autorità di scrittori italiani, le cui idee in parte almeno coincidono su questo punto con le nostre, riservandoci in seguito di chiarire la portata dle consenso » (pag. 108 nota (1) (10).

(10) Con citazione di O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della quarta sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892 ora in *Scritti giuridici scelti*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Conseguenza necessaria, ma non essenziale, di queste due ipotesi è che, nel caso dei diritti soggettivi, vi debbono essere istituti giuridici, che proteggono l'interesse e la volontà su esso fondata, istituti giuridici di cui l'azione è il tipo; nel secondo caso l'azione non c'è (pag. 108). L'opportunità di qualificare interessi legittimi quelli compresi nella seconda ipotesi deriva dalla necessità di distinguerli dai diversi interessi, che, venendo in conflitto con altri, privati o pubblici, possono venire entro certi limiti sacrificati, senza che alcuna norma giuridica ne regoli il sacrificio ed ai quali si conviene la denominazione di interessi semplici (*ibidem*, testo). La citazione di Ranelletti è non senza riserve; a pag. 794 nota (1), Cammeo distingue un primo gruppo d'interessi legittimi, nei quali rientra l'interesse, che, pur protetto e riconosciuto in una data persona da una norma di legge « non assurge a dignità di diritto all'effetto dell'azione giudiziaria per ciò solo che la norma debba determinarsi secondo criteri di discrezionalità tecnica » (pag. 794) e reputa che questa nozione, che sembra molto tecnica, coincida con quella del Ranelletti, di interessi privati compenetrati con l'interesse generale della società, che in tanto ne concepisce l'esistenza in quanto non urtino contro quest'interesse, con conseguente valutazione discrezionale dell'autorità amministrativa; altra riserva su Ranelletti a pag. 725 nota 2. In senso alquanto diverso da quelli precedenti si può parlare d'interessi legittimi quando una norma di legge, da interpretare indipendentemente da ogni criterio tecnico, protegga indirettamente e occasionalmente un interesse di un dato soggetto, pur mirando direttamente e immediatamente a tutelare interessi diversi con il primo accidentalmente coincidenti (*ibidem*, testo).

Questo secondo gruppo comprende due casi: *a*) norme giuridiche che stabiliscono doveri politici o doveri giuridici degli enti minori verso lo stato, non mai dello stato o degli enti pubblici verso i cittadini (pag. 795) ed è importante notare che il caso più notevole è quello degli interessi ad ottenere la costruzione di opere pubbliche

---

Napoli, 1992, vol. II, pag. 1 ss. Nel I° vol. v. l'attenta analisi di B. SORDI, *Un giurista ottocentesco*; dello stesso A. v. *Giustizia e amministrazione*, cit. p. 392. V. anche G. GIANFEROTTI, *I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato in Italia e in Germania tra Otto e Novecento*, Annali dell'Istituto storico italo germanico, vol. 32 p. 37 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dichiarate obbligatorie; *b*) norme giuridiche che disciplinano la forma degli atti amministrativi e non sembrino stabilite a favore dei cittadini, ma a favore dell'amministrazione (pag. 796). Quest'ultimo punto si collega all'esame dei nessi tra precetti di forma e norme di merito ed al principio generale, che vige anche nel diritto privato, della distinzione fra forme poste a garanzia dell'uno o dell'altro dei termini del rapporto giuridico ed alla connessa tesi che ogni precetto giuridico pubblico di pura forma, in quanto concerne diritti di libertà, crei un diritto soggettivo, ma con l'avvertenza che, nelle altre ipotesi, la forma può proteggere quel che nel merito è un semplice interesse (pag. 118 ss.). La questione è riproposta, e ne è mantenuta la soluzione, in tema di azione giudiziaria, quando si esamina se l'interesse del cittadino all'osservanza della competenza amministrativa dei vari organi e delle forme degli atti con i quali l'amministrazione fa, in genere, valere suoi diritti, possa concepirsi come diritto di fronte all'amministrazione (pag. 755 ss.).

4. La cura del Cammeo è nell'identificazione di diritti soggettivi. Il punto fondamentale è che, anche nel campo del diritto privato, il diritto ha azione perché diritto, e non è diritto in quanto ha azione (pag. 106). Può apparire sintomatico che, trattando le questioni suindicate, non sia espressamente discussa la nota tesi del Mortara sul diritto alla legittimità degli atti amministrativi: che sia condivisa sembra da escludere. Si può, intanto, rilevare, fermo il presupposto dello stato libero, una maggiore attenzione per gli aspetti sostanziali del diritto soggettivo ed una costante ricerca delle situazioni configurabili come diritto soggettivo; a tal segno da osservare: « la questione se questi interessi legittimi e l'altra categoria rilevata nel testo possano dar luogo a ricorso di legittimità alla 4ª Sezione sarà trattata a suo luogo » (pag. 794, nota (1). La storicità dianzi ricordata attiene anche alle situazioni soggettive comunque rilevanti: l'interesse legittimo ha in sé il germe per diventare un diritto, giacché possiede la condizione necessaria, ma non sufficiente per tale risultato e cioè la coincidenza con una norma di diritto obiettivo. Donde la differenza essenziale tra gl'interessi legittimi e quelli semplici: di fronte ai primi può *de lege lata* istituirsi l'indagine se siano diritti o no, mentre per i secondi tale indagine non può istituirsi mai; *de lege ferenda* l'evoluzione dei primi da interessi a diritti è piana, non dovendosi creare la norma », ma

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bastando la dichiarazione giuridica, in via di legge scritta o anche per il decorso del tempo in via consuetudinaria, che gli proclama come diritti » (pag. 129).

Queste ultime precisazioni denotano che diritti soggettivi e interessi legittimi non sono situazioni oggettivamente, e si direbbe ontologicamente, distinte. È una questione d'interpretazione, come si ricava dal passo successivo, nel quale si afferma che, per gli interessi semplici « tale evoluzione è più complessa, dovendo a tal uopo formarsi la norma che li protegge, e stabilirsi il principio giuridico che tale norma li costituisce diritti » (pag. 129); siffatto principio, non potendo essere il duplicato della norma « che li protegge » è il risultato di un procedimento interpretativo sistematico ([11]). La determinazione della « differenza essenziale » fra gl'interessi legittimi e quelli semplici deve, peraltro, tener presente che, se l'interpretazione porta ad escludere che un interesse legittimo, coincidente con norma di diritto obiettivo, non è diritto subiettivo e che, in altri termini, la norma valga come istruzione rivolta ai funzionari, « non vi è differenza fra interesse legittimo e interesse semplice. Infatti tale differenza intrinsecamente è potenziale e non attuale (pag. 129). Questo significa che in atto la mancanza di una norma che protegga un interesse equivale alla esistenza di una norma, che valga soltanto per i funzionari, e costituisca un precetto di valore puramente interno nei rapporti fra stato e suoi funzionari (pag. 130). Non è un preannuncio della moderna distinzione tra norme di azione e norme di relazione; lo escludono sia la considerazione che nello stato libero il dovere di obbedienza è limitato a quei soli atti che sono legittimi (pag. 116) sia le osservazioni sulla responsabilità degli organi di controllo (pag. 828) e sui requisiti di legittimità, laddove Cammeo osserva che il proprietario di un bosco, di cui sia pericoloso il dissodamento, non ha diritto a che esso non sia sottoposto a vincolo forestale, bensì vi ha semplicemeente interesse: ma ha diritto che il vincolo non sia stabilito se non dal comitato forestale della provincia e previo parere conforme del consiglio comunale, e del consiglio provinciale sanitario (pag. 119).

([11]) Su tale nozione v. A. FALZEA, Relazione al convegno su *I principi generali del diritto, Atti dei convegni lincei*, vol. 96, Roma 1992, pag. 11 ss. e pag. 25 sul procedimento interpretativo sistematico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La complessità del tema è ben chiara all'A., il quale ha cura di evitare facili formulazioni rigide, giacché il problema è di determinare quando una potestà discrezionale sia siffatta, da non lasciare dubbio che gli interessi individuali sono soltanto semplici e non possono considerarsi né interessi legittimi né tanto meno diritti soggettivi (pag. 131). Cammeo parte dalla premessa che un interesse coincidente con una « norma generalissima e in ragione della sua generalità imprecisa », rimane un interesse semplice, anche per la ragione che da una norma siffatta è difficile trarre deduzioni rigorose e, di conseguenza, il procedimento giuridico richiede una estesa applicazione di criteri subiettivi, con grande variabilità di conclusioni, e non può avere « quel rigore che si conviene alla funzione giurisdizionale » (pag. 132). Posta questa premessa, e sia consentito non divagare sulle nozioni processuali che appaiono evidenti, il Cammeo nota che essa in sé dimostra che la incapacità delle norme imprecise a generare diritti soggettivi è piuttosto una « questione di modalità, di difficoltà estrinseca, che una questione di essenza, di impossibilità assoluta » (pag. 132). Questo metodo, di apertura verso il reale, vale anche per la definizione positiva dell'interesse semplice: affinché questo esista è « indispensabile » che sia personale, che rechi un vantaggio effettivo, apprezzabile dalla media degli uomini, che sia lecito e conciliabile con l'interesse pubblico, poiché interesse semplice è quello che pur non ricevendo protezione giuridica, va preso in considerazione dallo stato per conciliarlo con l'interesse collettivo; non vi rientra nemmeno quella frazione dell'interesse pubblico che spetta a ciascun individuo come membro della collettività. La determinazione non può farsene che caso per caso, sempre secondo criteri che Cammeo indica: « l'analogia dell'interesse fatto valere con altri interessi, che dalla legge sono protetti o che la prassi amministrativa suole riconoscere, o che trovano difesa in norme interne di ufficio, insieme alle tendenze individualistiche o meno di ciascuna legislazione, e alla analogia con le regole per definire i diritti e gli interessi legittimi sono le norme decisive in proposito » (pag. 135).

5. Queste tesi sono enunciate nella parte iniziale del Commentario — qualche accenno ai capitoli successivi è apparsa necessaria — e sono confermate nelle lezioni di procedura civile: « questi interessi legittimi non si distinguono dai diritti se non attraverso una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

faticosa interpretazione: e ognuno di essi porta con se il germe per divenire un diritto » (12).

Occorre, infatti, argomentare « dai concetti primi che ispirano la legislazione pubblica » (pag. 112) e, a tal fine, Cammeo considera il grado di libertà dei cittadini, la tendenza individualistica o collettivistica, il grado di cultura, la maggiore o minore autonomia degli enti locali (si tengano presenti le valutazioni sul sistema del self-governement e sull'esigenza di una « buona » organizzazione dell'autorità amministrativa: pag. 138 ss.).

La sintesi indica due « indirizzi diversi, successivi in generale in ordine storico, e rappresentanti una evoluzione progressiva » *a*) che gli interessi individuali anche coincidenti con norme obiettive si presumono utilità riflesse e non diritti, a meno che l'azione non sia espressamente concessa; *b*) che tali interessi si presumono per converso diritti soggettivi, ove il contrario non risulti dalla legge (pag. 112 s.). Il sistema italiano si è evoluto dal primo al secondo sistema (*ibidem*). « Sopporta e fatti indennizzare » costituiva un saldo principio giuridico dello stato assoluto nei confronti del fisco (richiamo a pag. 189); nello stato libero esso non è proponibile e Cammeo avverte che « sarebbe errore o per lo meno giuocar d'equivoco » confondere i diritti a non obbedire e a pretendere il risarcimento con il diritto di liberà, che è amplissimo (pag. 116). Nel capitolo dedicato all'azione giudiziaria, Cammeo osserva che la condanna ai danni « lungi dall'estinguere il diritto all'adempimento specifico dell'originaria prestazione lo accerta e dichiara: e l'indennità è l'equivalente cui il cittadino può rinunziare, qualora intenda ottenere l'adempimento specifico coll'adire i ricorsi amministrativi e quelli contenziosi » (pag. 864, nota 1). Questo non significa ignorare i possibili sacrifici dei diritti individuali e Cammeo precisa che lo stato libero « intende almeno se non consacrare dei diritti precisi, formulare un programma che poi riceverà applicazione nelle singole leggi, un programma di libertà e proclamare in pari tempo una presunzione..., secondo la quale quelle leggi vanno interpretate » (pag. 115). In questo passo ed in altri ricorrono frequentemente il termijne « presunzione », o il relativo verbo, per significare la posi-

(12) Nelle *Lezioni di procedura civile* cit., pag. 323.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione di principi generali, in parte dedotti da principi di rango più elevato, in parte costruiti per analogia, avvalendosi del linguaggio della pandettistica, che era quello prevalente, per costruire un modello intrinsecamente dinamico di diritto amministrativo, inserito nel complessivo ordine giuridico.

Sotto questo aspetto era necessario contestare la persistenza della distinzione tra atti d'impero ed atti di gestione, ancorché questi ultimi fossero, dai sostenitori della distinzione, considerati con notevole ampiezza a tutela dei diritti privati, per definizione dei cittadini; necessario per escludere che l'atto d'impero sia un comando illimitato e, per questo, non giuridico. Vi è dedicato il capitolo sesto del Commentario, dal quale risulta che « giuridico » è aggettivo inteso *secundum quid*, ossia secondo la natura dello stato moderno, e non *simpiciter*, collegabile ad un ordinamento qualsiasi: « l'amministrazione è subordinata alla legge e contro essa si possono far valere diritti subbiettivi, abbiano o no contenuto economico. appellarsi alle finzioni del passato è un'involuzione regressiva » (pag. 194). La contestata distinzione rompe l'unità dell'attività amministrativa nello stato moderno, secondo l'insegnamento del Mortara, ma non tocca la costruzione del diritto amministrativo, perché « i principi supremi di equità, comuni ai due rami del diritto, il metodo d'indagine scientifica, e di ricostruzione degli istituti si trovano elaborati nel diritto privato: e vanno ricercati col per applicarli poi al diritto pubblico » (pag. 198 e pag. 190, infine, n. 77), avvertendo, peraltro, « come la soluzione simplista dell'applicabilità del diritto civile *sic et simpliciter* sia falsa » (pag. 207 s. con riguardo alla responsabilità della p.a.). Da una parte, Cammeo rifiuta di contrapporre atti d'impero e atti di gestione; dall'altra, è consapevole che « il diritto pubblico amministrativo ha molto minore consistenza e certezza del diritto privato, perché i diritti individuali non vi sono ancora per intero e in ogni sua parte svolti, perché gli istituti non ne sono ben definiti e perché il campo dell'arbitrio è ancora amplissimo » (pag. 191). Il Commentario è il bilanciamento giuridico, nei termini dello stato libero, di queste due esigenze: ad esso non si adatta la rigidità dogmatica, che rischia di comprimere le particolarità, che derivano sia dalla diseguaglianza formale dei soggetti, il privato e la pubblica amministrazione, titolari, peraltro, di diritti subiettivi pubblici sia dal presupposto di fondo dell'interesse collet-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tivo, del quale si deve giuridicamente ragionare, quanto meno per stabilire i limiti, entro i quali l'amministrazione « appare ed è assolutamente sovrana » (pag. 96), posto che la subordinazione della pubblica amministrazione alla legge è analoga al rapporto che intercede tra legge e cittadini, piuttosto che a quello intercorrente tra legge ed autorità giudiziaria (*ibidem* e pag. 137, 165); somiglianza della quale la dottrina successiva molto discuterà. Si è già detto che queste osservazioni si limitano al Commentario, per delinearne alcune caratteristiche. E il discorso ritorna sull'uso dell'analogia per la costruzione del sistema; le spiegazioni che Cammeo chiama metafisiche e quelle denominate sociologiche sono appena indicate ed accantonate, a profitto di quelle interne al sistema giuridico, che in tal modo si forma: così l'analogia tra l'amministrazione pubblica e i privati rispetto alla legge costituisce ulteriore argomento per escludere che l'atto amministrativo abbia efficacia di giudicato e per giustificarne diversamente la irrevocabilità « siccome analoga alla irrevocabilità dei negozi giuridici di diritto privato » (pag. 171), con spiegazione che ne segna i limiti (pag. 170). Similmente, il principio della reintegrazione dei diritti subiettivi violati « è senza alcun dubbio un assioma fondamentale per qualunque costruzione giuridica » (pag. 214). Questo principio esige che la costruzione avvenga, utilizzando la dottrina prevalente, perché, in tal modo, rispecchierà meglio l'unità dell'ordinamento giuridico. Infatti, Cammeo non ignora la dottrina che fonda, anche in diritto civile, la responsabilità sul rischio dell'agire e la scarta perché minoritaria « e non possono i cultori di diritto pubblico riformare le teorie del diritto privato e poi applicarle al campo del loro studio ... gli istituti di diritto pubblico ne escono snaturati ... meglio costruire nel diritto pubblico una teoria di per sé stante: aspettando e augurando, che si modifichi la *communis opinio* nel diritto privato e si raggiunga così l'uniformità della dottrina sui capisaldi delle due discipline » (pag. 215, capoverso della nota 3 della pag. precedente). L'analogia implica le distinzioni: « l'apprezzare se e fino a che punto la violazione esista non può essere commisurato con i criteri egualitari del diritto privato: ma deve apprezzarsi secondo i criteri di socialità, inerenti ai rapporti associativi » (pag. 212).

La sistematica del Cammeo, con l'ampia accezione di diritto subiettivo pubblico e i continui riferimenti agli interessi coinvolti,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

collettivi e privati, appare diversa, come si è rilevato, da quella più formale del diritto alla legittimità degli atti amministrativi, secondo la nota teoria del Mortara. Questi, dalla constatata insufficienza del ricorso amministrativo, il quale lascia all'organizzazione gerarchica di non porre riparo, in forza del potere discrezionale, ad un errore o un'ingiustizia, argomentò che « l'unico rimedio possibile, in tema di rapporti particolari, è quello di sostituirvi il diritto alla legittimità dell'atto dell'amministrazione » (13). In Cammeo la difesa degli interessi in via gerarchica appare come « un diritto pubblico subiettivo ... analogo a quello che esiste per invocare la difesa giurisdizionale, ordinaria od amministrativa » (pag. 161); la differenza, implicita nell'analogia, deriva dal potere, quegli interessi, ricevere difesa meno perfetta da altri istituti giuridici, sicché al concetto esclusivo di azione bisogna costituire [rectius: sostituire] quello di garanzia, di cui l'azione è solo il tipo più completo ed evoluto » (pag. 106). Il diritto alla legittimità del Mortara può essere interpretato oggettivamente come rivolte alla tutela della legittimità e, quindi, a ritenere « non inesattamente » che la giurisdizione amministrativa sia costituita a tutela del diritto obiettivo e ad enunciare, al contempo, « che il fatto stesso della sua costituzione diede vita e vigore al diritto subiettivo alla legittimità dell'atto di amministrazione ». Non sembra che siffatta spiegazione valga per gli schemi del Cammeo.

6. Il metodo seguito nel delineare gli aspetti fondamentali del diritto amministrativo sostanziale comporta che la nozione di giurisdizione amministrativa è determinata dal tutelare il diritto pubblico soggettivo: « posto che la responsabilità dello stato per atto illegittimo è responsabilità sua propria e diretta, e che essa è di diritto pubblico ne consegue che ogni giurisdizione, la quale su di essa si esplichi è giurisdizione amministrativa: essendo poi indifferente se l'organo che li esercita sia un magistratura ordinaria (come in gran parte dei casi in Italia) o una magistratura speciale » (pag. 217; v. pure pagg. 179 nota (1), 230, 295-296, 319). Questa determinazione può ritenersi oggettiva, *ratione obiecti*, ma non consente di ritenere che si tratti di giurisdizione di diritto oggettivo. Essa si collega con

(13) MORTARA, *Commentario*, cit., vol. I, 4 ediz., pag. 61.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la teoria delle situazioni soggettive dianzi accennata. Un passo (pag. 133) illustra siffatta correlazione: gl'interessi lesi per l'esercizio di facoltà latamente discrezionali rimangono interessi semplici « e soltanto quando si tratti di casi estremi, in cui la contraddizione tra l'atto e la norma sia in fatto evidente e resulti provata dall'atto stesso in modo sicuro, può considerarsi rimossa la difficoltà, che dicemmo non essere essenziale, di fondare su norme imprecise diritti soggettivi, di farne la prova efficace in giudizio e di organizzare un controllo mediante giurisdizione... Ed è su queste basi teoriche che si fonda in diritto italiano e francese il ricorso di legittimità per sviamento di potere ... e condtraddizione tra il procedimento impugnato e le risultanze degli atti » (pag. 133). Ricorso, sembra chiaro, che tutela una situazione sostanziale qualificabile come diritto subiettivo pubblico. Si può dissentire da quest'opinione, ma non si può negare che essa costituisca un pensiero non marginale del Commentario, in quanto rivolta a rilevare una, reale o supposta, indeterminatezza di situazioni giuridiche soggettive nel rapporto cittadino-autorità amministrativa.

A ben considerare la determinazione oggettiva della giurisdizione amministrativa e quanto essa implica, si deve ammettere che il tema dei rapporti tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa, tra diritti soggettivi e interessi legittimi, affinatosi sui noti casi Laurens e Trezza, risultava obiettivamente meno importante, per il sistema che Cammeo elaborava, di quanto ritenuto dagli studiosi dell'epoca, e da quelli successivi. L'impostazione del Cammeo era diversa, volta a sostenere che l'autorità amministrativa conoscesse come parte dei diritti dei cittadini. A considerare le critiche rivolte, in questi ultimi anni, contro la nota distinzione, si è propensi a considerare un errore averne trascurato il carattere storico, secondo l'indicazione di metodo del Cammeo.

Se la giurisdizione amministrativa è determinata oggettivamente e può essere attribuita agli organi giudiziari ordinari o ad organi diversi, anche questi ultimi esercitano funzione giurisdizionale. Da questa premessa Cammeo deriva che la quarta sezione del Consiglio di Stato ha il carattere preciso di giurisdizione (pag. 276 s.) e, per tale motivo, si distingue dai ricorsi amministrativi: da quello gerarchico, nel quale l'autorità superiore non è che la continuazione di quella inferiore, la rappresentante del medesimo interesse (pagg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

175, 179); da quello straordinario al re, che decide come capo dell'esecutivo, sotto la responsabilità ministeriale e d'altronde né a lui né ai ministri può presumersi concessa una giurisdizione (pag. 624). L'insegnamento del Mortara sulla giurisdizione consente al Cammeo di escludere che l'alternativo ricorso straordinario sia rimedio giurisdizionale, perché manca del requisito sostanziale, in quanto, sebbene dato a tutela d'interessi per soli motivi di legittimità, « cioè a difesa d'interessi, che nella maggior parte sono veri diritti, non ha per scopo immediato la tutela di tali diritti subiettivi » (pag. 625); si ricordi che il ricorso straordinario non era sottoposto a termini.

L'unità concettuale della giurisdizione implica che anche quella amministrativa deve avere gli stessi requisiti formali della giurisdizione civile: indipendenza del giudice, contraddittorio di due o più interessati, regolare procedimento che assicuri il diritto della parte di avere giustizia, la eguaglianza delle parti, la irrevocabilità della decisione (pag. 285), ossia l'autorità di cosa giudicata, poiché « cosa giudicata e giurisdizione sono termini univocamente correlativi » (pag. 293).

Alcune nozioni sono acquisite ormai alla comune cultura giuridica e nessuno oggi dubita che l'amministrazione pubblica è parte in causa (14) in senso sia formale sia sostanziale. Lo è, secondo Cammeo, in quanto cittadino ed amministrazione sono i termini dei rapporti giuridico-pubblici e ciascuno di essi fa valere il proprio interesse immediato e connesso col negozio giuridico controverso; l'amministrazione sta in giudizio « a difesa dei diritti subiettivi dello stato che si contrappongono ai diritti subiettivi dei cittadini » (pag. 288). Questo ragionamento è utilizzato in seguito per dimostrare che l'esclusione dell'azione giudiziaria può essere disposta soltanto con esplicita disposizione di legge e che l'amministrazione conosce soltanto come parte dei diritti dei cittadini: « l'amministrazione per regolare la condotta in conformità al diritto è tenuta a conoscere ed apprezzare *come parte e non come giudice* dei diritti suoi e dei suoi doveri epperò anche dei doveri e diritti dei cittadini » (pag. 735). Il nesso tra negozio giuridico pubblico e diritti subiettivi pubblici è

(14) G. CHIOVENDA, *La pubblica amministrazione e la condanna nelle spese davanti la IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *La giustizia amministrativa*, 1896, pag. 84 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

analogo a quello tra negozio privato e diritti subiettivi privati. La giurisdizione amministrativa, identificata, si ricordi, per l'oggetto, « conosce dei rapporti giuridico pubblici ».

7. Riassunte alcune premesse sulla cosa giudicata, « secondo la media dottrina corrente » (pag. 290). Cammeo ne deduce « che il diritto pubblico per meritare il nome di diritto e ricevere quindi una completa sanzione deve poter accettare l'istituto della cosa giudicata » (pag. 293). Sia consentito notare che in questo periodo è potenzialmente definita l'ottemperanza dell'amministrazione ai giudicati.

La questione dell'efficacia soggettiva del giudicato, al fine di stabilire l'identità subiettiva, è impostata, distinguendo le giurisdizioni amministrative, la cui pronuncia si liita ad una declaratoria astratta circa la legittimità di atti amministrativi o ad una condanna pecuniaria a titolo di risarcimento di danni, dalle giurisdizioni, che alla declaratoria di illegittimità possono far conseguire correzioni o l'annullamento dell'atto stesso (giurisdizioni di merito o di annullamento). « Se l'atto amministrativo è illegittimo, per le giurisdizioni amministrative cioè sul tipo di quelle esercitate in Italia ed in Belgio dai tribunali ordinari » (pag. 295-296), l'efficacia è concordemente ritenuta *inter partes*. Per le altre giurisdizioni, non mancano i fautori dell'efficaci *erga omnes*, ai quali Cammeo si oppone in base al concetto subiettivo di giurisdizione rigorosamente inteso, all'inammissibilità di un giudicato *secundum eventum litis* (pag. 297), notando che, rispetto agl'interessati di fatto, la sentenza amministrativa ha forza assoluta ma « questo effetto di fronte ai terzi non può dirsi forza di cosa giudicata: in ogni modo nulla vi è qui, che non sia vi già nel diritto privato » (pag. 296). Non sembra necessario entrare nei dettagli del testo e delle dense note, essendo sufficiente notare che l'opinione del Cammeo si distingue da quella del Mortara, del Salandra e del Chiovenda, per citare soltanto alcuni autorevoli scrittori.

Circa l'identità oggettiva vale, per il Cammeo, la stessa regola, che tende a restringere al massimo la cosa giudicata, secondo il principio *tantum iudicatum quantum disputatum*, indagando la identità del rapporto giuridico controverso (pag. 300). Molte questioni sono presupposte note (pag. 290). Può darsi, osserva l'A. (p. 300)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che contro un medesimo atto amministrativo si possa insorgere o con un'azione dinanzi ai tribunali ordinari, o con un ricorso contenzioso dinanzi ad una giurisdizione amministrativa speciale. Supposta la competenza di entrambe le giurisdizioni, la decisione sopra una azione deve far stato, secondo i principi fondamentali, nel caso che sia poi intentata l'altra azione. Il consueto richiamo al diritto romano ed a quello privato chiarisce il ragionamento; non consegue che questo sia applicabile al tema dei rapporti tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa, oggetto di contrasti dottrinali a partire dalla sentenza delle Sezioni unite 24 giugno 1891 sul caso Laurens. Cammeo osserva che, essendo uguale il rapporto controverso, neanche la materiale differenza dell'oggetto delle due azioni può essere rilevante; a tal fine suppone che contro un atto amministrativo sia data un'azione per danni innanzi ai tribunali civili ed un'azione innanzi a una giurisdizione amministrativa per l'annullamento dell'atto: l'oggetto è diverso; il rapporto giuridico, supponendo eguale la causa delle due azioni, cioè uguale la dedotta illegittimità, è identico e consiste nell'accertamento di questa illegittimità e, quindi, la cosa giudicata sopra un'azione ha efficacia anche sopra l'altra. Il discorso di Cammeo si svolge quasi sempre su due piani, l'uno generale nel duplice senso di costruzione giuridica e di stabilimento di principi generali, l'altro di determinazione della disciplina vigente, che può anche derogare a quei principi e rispetto alla quale occorre, pertanto, fare riserva. Ed invero, dopo aver prospettato con chiarezza la irrilevanza del *petitum* e la rilevanza della *causa petendi*, il Cammeo (pag. 300 note 1 e 2) fa presente che quella regola generale può essere derogata dal diritto positivo e rimane riservata la questione circa la concorrenza dell'azione innanzi ai tribunali ordinari e dinanzi alla giurisdizione amministrativa della IV Sezione ed all'efficacia dei giudicati. alla constatazione, presentata come ovvia, che se il titolo dell'azione (*causa petendi, origo actionis*) è diverso, non c'è cosa giudicata, segue, come esemplificazione, « così se una giurisdizione conosce della mera legittimità e l'altra dell'opportunità dell'atto, anche sotto forma di eccesso o di sviamento di potere » (nota 1 cit.). Quest'esempio è l'applicazione del criterio costantemente affermato, di risolvere le questioni giuridiche, distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi compresa, mediante l'interpretazione delle norme vigenti. Che la specie d'ille-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gittimità identifichi l'azione in giudizio risulta dal rifiuto della dottrina della *causa proxima actionis* e dall'asserzione, subito temperata per la perentorietà dei termini per ricorrere al giudice amministrativo, che la decisione giurisdizionale, che non abbia conosciuto se non della causa (idest, specifica illegittimità) dedotta, non fa stato se non in relazione a quella causa (pag. 302). Queste considerazioni si collegano con la tesi che il diritto subiettivo pubblico, « può piuttosto assomigliarsi a un diritto personale che a un diritto reale in quanto esige nei soli rapporti tra cittadini e stato un *dare, facere, praestare* degli uni o degli altri » (pag. 302). Tale paragone è diretto ad evitare che si possa argomentare dall'applicabilità alle azioni reali della teoria della *causa proxima*, (le diverse opinioni ivi, nota 1). Risulta ancora una volta che la spiegazione che si reputa adatta alla sentenza amministrativa è ragionata nell'ambito del sistema generale del processo civile, in coerenza con l'altra premessa, vigorosamente affermata, che la pubblica amministrazione è parte e, quindi, non richiede, salvo deroga espressa, alcun aggiustamento rispetto ai comuni principi processuali. La questione, si comprende, non è secondaria: Cammeo reputa « pregiudizio » che l'annullare, ed a fortiori il modificare o sostituire la volontà amministrativa espressa in un atto illegittimo ... in generale, l'imporre ad una autorità amministrativa una data linea di condotta, perché conforme al diritto, eccede dalla funzione giurisdizionale e rientra nel campo della stessa funzione amministrativa » (pag. 307).

Altra conseguenza di questa generale impostazione nell'unità dell'ordinamento è che la regola giuridica può essere consuetudinaria e anche equitativa e pur sempre tutelare interessi dei cittadini; ritorna l'analogia, osservando che al concetto equitativo del buon padre di famiglia, vigente nel diritto civile, corrisponde, con un molto più largo campo di applicazione, il concetto equitativo del buon amministratore (pag. 315) (ma vi si collega minor rigore nel pretendere la motivazione degli atti amministrativi), dovendosi, peraltro, distinguere le ipotesi, nelle quali il giudizio dell'organo giurisdizionale sia puramente di opportunità e che non solo non possono considerarsi giurisdizionali ma risultano inutili e pericolose, perché l'indipendenza del giudice rende irresponsabile l'esercizio di una funzione propriamente amministrativa (pag. 317).

La giurisdizione amministrativa è in sé, indipendentemente dalla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esecuzione, una sanzione sufficiente (pag. 310); l'affermazione si spiega con la fiducia, comune al Mortara (15) che in astratto lo stato non può mai avere voluto violare una norma giuridica; Cammeo vi aggiunge « *in apicibus juris* non si può continuare oltre un certo limite nella ricerca di una *sanzione* » (pag. 311), ma enumera le sanzioni maggiori che assicurano l'esecuzione (pag. 312), mostrando che lo stato, passando dalla considerazione astratta a quella concreta, si risolve nei suoi organi e dei funzionari.

8. Dopo aver chiarito caratteri e regole fondamentali della giurisdizione amministrativa oggettivamente determinata, Cammeo esamina la pluralità delle giurisdizioni amministrative e loro classificazione e, in tal modo, prospetta, nei limiti risultanti dal piano dell'opera, le somme linee della disciplina giuridica; è il metodo discendente, di cui l'A. si avvale per porre le premesse di un'esposizione più dettagliata, com'è noto, non compiuta.

La prima questione concerne la determinazione degli organi ai quali affidare la giurisdizione amministrativa: se ai tribunali ordinari ovvero ad organi speciali; i pregi e i difetti di ciascuna soluzione sono esaminati sul piano tecnico, dato che non è possibile considerare attuali le lotte politiche che portarono a configureare la giustizia amministrativa come un privilegio dell'amministrazione contro l'autorità giudiziaria e al riguardo Cammeo segue la tesi del de Tocqueville. La soluzione data dall'A. è duplice: nel periodo breve, posto che le riforme per dare ai giudici speciali maggiore indipendenza sono più facilmente attuabili, « nello odierno stato di formazione del diritto amministrativo, sembra che le ragioni della competenza tecnica e il sistema delle giurisdizioni speciali siano da preferirsi...in un avvenire più o meno lontano, quando il diritto amministrativo si sia consolidato sarà da adottarsi piuttosto la giurisdizione unica » (pag. 327). Per evitare equivoci rispetto a discussioni dei nostri giorni è bene ricordare il concetto oggettivo di giurisdizione amministrativa, alla base delle riflessioni del Cammeo e rispetto a cui viene valutata l'idoneità professionale della giurisdizione ordinaria, « cattivo giudice delle questioni amministrative ... fra la inclinazione a

(15) MORTARA, *Commentario*, I, cit., pag. 38.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sacrificare senza limite l'interesse pubblico al privato e quella ad immolare senza freno e compenso l'interesse privato al pubblico » (pag. 325). A riprova si adduce la teoria degli atti di gestione; non sembra che oggi i possibili esempi siano diminuiti. La preferenza per il giudice amministrativo dipende dallo stadio del diritto amministrativo, che è in formazione e paragonato a quello in cui qualche secolo addietro si era trovato il diritto commerciale dei popoli civili o il diritto equitativo inglese o, in tempi più recenti, si trova il diritto dei probiviri, (pag. 322-324) che agli inizi del secolo, attirava l'attenzione del giovane Redenti (16). Il paragone deriva dall'essere il diritto amministrativo in molte parti ancora consuetudinario, in altre governato da norme imprecise, in altre ancora, che pur richieggono l'intervento di una giurisdizione, vagamente retto da una equità amministrativa, puranco non concretata con esattezza (pag. 324).

Cammeo, traduttore di Crome (17), conoscitore di altri sistemi giuridici e delle relative dottrine, ama rendersi conto della storia degli istituti e, quindi, ne cura le particolarità giuridiche, evitando di cristallizzarle in formule astratte, che ne riducano la storicità, ed adoperando espressioni, che possono disturbare i puri dogmatici, ma rendono l'idea che si vuole esprimere; ne costituisce esempio la distinzione, di certo non dogmatica, tra *grandi* e *piccoli* interessi (pag. 324), a comprender la quale occorre un senso giuridico, che nel gius pubblico è diverso da quello dei tribunali civili (*ibidem*). Il ragionamento *stricti juris* non può applicarsi all'intero diritto amministrativo, alla tutela delle situazioni dedotte in giudizio. Similmente, innanzi al giudice amministrativo, occorre adcottare, una procedura sollecita e più adatta all'indole della controversia nonché molte riforme fondamentali: sul sistema delle prove, attribuendo valore speciale a quelle provenienti dalla parte pubblica, in ragione della

(16) E. Redenti, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, a cura e con Introduzione di S. Caprioli, « Redenti giurista empirico », Torino, 1992. Il saggio introduttivo, di lettura proficua, ragiona sulla tecnica dei probiviri e su quella del Redenti e propone dubbi sull'antitesi sistema -esegesi.

(17) K. Crome, *Parte generale del diritto privato francese*, Milano, 1906 e *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto privato francese*, Milano, 1908, tradotte e annotate dal Cammeo insieme con A. Ascoli. Un giurista autorevole, il Brugi, recensì favorevolmente la Parte generale, edita per prima, in *Filangieri*, 1906, 844.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

presumibile loro imparzialità e dando al giudice potere sindacatorio (pag. 326).

Trascurando altre classificazioni, anche per non appesantire eccessivamente queste note, occorre soffermarsi sulla distinzione tra le varie giurisdizioni amministrative, secondo le potestà attribuite ai giudici di conoscere la controversia ed emettere gli ordini necessari per reintegrare il diritto violato. Sotto questo aspetto, la giurisdizione amministrativa è da distinguersi in piena e limitata. I principi fondamentali vengono dal diritto giudiziario privato (pag. 332) e delineano come piena la giurisdizione esercitata dai tribunali civili, nella quale il giudice conosce dell'intero rapporto giuridico controverso nei suoi estremi di fatto e di diritto e dà tutti gli ordini necessari per reintegrare il diritto violato. La *quaestio facti* comprende l'accertamento dei fatti semplici e l'apprezzamento di quelli complessi e, quindi, il giudice nel campo del diritto civile può fare indagini che importano discrezionalità tecnica (pag. 333); non ha il potere di apprezzare se un atto privato legittimo sia giusto o opportuno e ciò non tanto per un divieto posto ai suoi poteri, ma per la circostanza che questioni siffatte non sono rilevanti nei rapporti di diritto privato; qualora eccezionalmente lo siano, la loro decisione spetta *de plano* al giudice civile (*ibidem*). In ordine alla *quaestio juris*, il giudice conosce, di regola, delle questioni pregiudiziali e della questione giuridica di merito nei suoi vari aspetti. Ipotesi di giurisdizione civile limitata sono, oltre il giudizio di cassazione, quelle nelle quali le pregiudiziali debbono devolversi ad altro giudice. Secondo la consueta tecnica, il Cammeo stabilisce analogie e differenze rispetto al diritto amministrativo e pone subito in luce che, in quest'ultimo, le limitazioni poste alle giurisdizioni piene spesso implicano una riduzione della giurisdizione in sé; vi si collega il rilievo che la competenza sulla *quaestio facti* va commisurata in relazione alla *quaestio juris* (pag. 335) e solo nella giurisdizione piena il giudice può indagare compiutamente sulla discrezionalità tecnica (pag. 336). La limitazione circa la discrezionalità tecnica appare di ordine formale, relativa ad una giurisdizione data, ma non derivante dall'intrinseco del potere giurisdizionale o da un diverso assetto di diritto materiale. Rispetto alle norme che l'interpretazione chiarisce essere imprecise ed all'esigenza di stabilire se i mezzi scelti dall'amministrazione siano i più convenienti, i più rispondenti alla legge del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

minimo mezzo, il limite alla giurisdizione sembrerebbe, invece, di ordine generale, perché la controversia posta in tali termini non è giuridica e la sua definizione risulta da un giudizio di opportunità « sopra ciò che *rebus sic stantibus* è un semplice interesse » (pag. 337). Queste considerazioni debbono coordinarsi con la tesi che il principio del minimo mezzo coesiste con quello della libertà del cittadino ed il loro bilanciamento avviene mediante i limiti posti alla giurisdizione amministrativa di opportunità, che, come sopra rilevato, è una giurisdizione impropria o imperfetta e comporta una diminuzione di responsabilità, affidando ad un giudice l'agire amministrativo.

La seconda parte del Commentario doveva essere dedicata ai giudici amministrativi in senso stretto. Nel volume pubblicato sono esposte considerazioni di diritto comparato circa le giurisdizioni di prima istanza avverso atti amministrativi, istituite in Francia, nel Wurtemberg, parzialmente in Prussia e totalmente in Austria; vi è espressa riserva rispetto agli istituti italiani (pag. 339, nota 1); le notazioni sono, però, di ordine generale e per tale carattere avviano l'inquadramento giuridico dei nostri istituti.

Si tratta di giurisdizioni costituite *a posteriori*, da eccitarsi mediante azione promossa da cittadini o enti giuridici, contro atti amministrativi, « che ledono, secondo le varie formule, o i diritti pubblici subiettivi dei ricorrenti, o, con espressione equivalente, i loro interessi », con contemporanea violazione di norme giuridiche pubbliche sulla competenza, sulla forma, o sul merito dell'azione amministrativa (incompetenza, eccesso di potere, violazione di forme, violazione di legge *ibidem*, testo). Tali giurisdizioni hanno essenzialmente lo scopo di garantire l'osservanza del diritto da parte dell'amministrazione (*ibidem*). Non è una conversione alla tesi della giurisdizione di diritto oggettivo, ma la conseguenza del carattere a posteriori di tali giurisdizioni, adite affinché l'altra parte, l'autorità amministrativa, sia tenuta ad osservare il diritto che ha violato, emanando l'atto amministrativo illegittimo, ma immediatamente eseguibile: nelle giurisdizioni *a priori* è attrice l'amministrazione è convenuto il cittadino (pag. 287). Il che significa che, se mancasse il carattere, estrinseco e non essenziale, dell'esecutorietà, la pubblica amministrazione dovrebbe far valere in giudizio il proprio diritto pubblico subiettivo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ribadite le limitazioni sugli apprezzamenti di discrezionalità tecnica e sui giudizi di opportunità, Cammeo enuncia con chiarezza che tali giurisdizioni hanno competenza a conoscere della *quaestio facti* e, sotto questo aspetto, possono esercitare il controllo giurisdizionale anche su atti di discrezionalità pura (pag. 344 ss.), ma siffatta competenza si esplica nei casi più gravi, di più evidente errore o di patente ingiustizia, dovendosi, anche al riguardo, distinguere, secondo una caratteristica nota del diritto amministrativo e della relativa giurisdizione, tra piccolo e grande interesse (pag. 344), che, a ben guardare, è non semplice questione. Queste giurisdizioni di legittimità « non hanno in ordine alla competenza nulla di comune con la cassazione o con la revisione appunto perché conoscono del fatto ... somigliano più alla giurisdizione piena, che a quella limitata al puro diritto » (*ibidem*). La contraria opinione, di assimilare i due giudizi, non ha giovato alla giustizia amministrativa, che finiva per presentare l'anomalia di un giudice di primo grado limitato nella conoscenza del fatto.

La competenza sul fatto si esplica mediante giudizio sulle prove assunte in sede di amministrazione attiva, essendo il giudice autorizzato a formarsi su di esse un diverso convincimento, anche mediante assunzione di nuove prove. Cammeo osserva che il giudizio di fatto « enumerato [o: enunciato, formulato?] in sede di amministrazione attiva porta seco, come è naturale, una presunzione di verità, sia perché l'amministrazione appare imparziale sia per il principio che la prova spetta all'attore » (pag. 341). Ma, a temperare la portata di queste due affermazioni, la prima delle quali, mitigata a pag. 326 in « presumibile loro imparzialità » è il riflesso della immediata eseguibilità dei provvedimenti amministrativi e, si potrebbe dire, dell'efficacia di un atto, e la seconda è variamente interpretabile, Cammeo osserva che « dato l'elemento dell'interesse pubblico, inerente ad ogni controversia amministrativa, in materia di prove si applica il principio inquisitorio che il giudice amministrativo può assumerle di ufficio. Questo principio è dovunque di diritto comune (pag. 342 nota 1).

Queste giurisdizioni sono di annullamento e pertanto limitate, « nel senso che conoscono soltanto di una parte del rapporto giuridico ... e non possono emettere tutti gli ordini atti a riparare il diritto violato ». Questa piana affermazione non sacrifica il nesso tra

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cittadino ed autorità amministrativa; l'annullamento riguarda una parte del rapporto giuridico; vi è estranea l'antitesi « giurisdizione su atti - giurisdizione su rapporti ». Le successive precisazioni lo ribadiscono: tutte le legislazioni sono d'accordo nel ritenere che in siffatte decisioni negative o di annullamento si contiene l'ordine implicito di fare quanto è necessario per l'esecuzione delle medesime (pag. 345) e, in proposito, l'amministrazione ha un vero e proprio obbligo giuridico, più o meno efficacemente sanzionato avverte l'A. Ne risulta confermata la differenza tra tali decisioni e quelle della Corte di Cassazione, le cui sentenze fanno giudicato sul solo punto di diritto e non sul fatto, mentre le sentenze amministrative di annullamento hanno forza di giudicato anche sull'accertamento del fatto e, seppure non conoscono nè regolano tutto il rapporto giuridico, hanno lo stesso contenuto e la stessa forza di una sentenza che decide un punto di questione e costituisce la rigorosa e imprescindibile premessa per i sucessivi atti amministrativi che alla sentenza si connettono (pag. 345-346, utilizzando opinioni di Mayer e di Bernatzik). L'osservazione conclusiva, espressa compendiosamente, che, poste le suindicate riserve, « valgono per le giurisdizioni in questione i principi circa la cosa giudicata espressi ai numeri 132 e seguenti », significa l'applicabilità della teoria della cosa giudicata elaborata per il processo civile. È palese il collegamento con l'opinione che la giurisdizione amministrativa non possa considerarsi di diritto oggettivo.

9. La pluralità delle giurisdizioni esige che ne siano precisati i reciproci rapporti e, poiché l'amministrazione attiva è una funzione statale, occorre che siffatta precisazione si estenda anche ad essa. La letteratura giuridica era ampia e di notevole valore; basti citare, per tutti, i nomi di Meucci, Mortara, Vacchelli e del ventiseienne Romano. Le ipotesi di rapporti tra giurisdizioni sono note: di concorrenza, che si esclude per evitare due decisioni definitive contraddittorie sullo stesso rapporto, con conseguente negazione dell'autorità del comando contenuto nella sentenza; di subordinazione, totale o limitata; di alternazione o disgiunzione delle competenze, che non può costituire la regola, implicando duplicazione di organi per un'unica funzione e, infine, quello di separazione, che può considerarsi normale e corrisponde alla legge del minimo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mezzo. Apparentemente semplice, quest'ultimo sistema presenta qualche difficoltà, perché è sempre possibile l'errore sulla classificazione del rapporto controverso e, quindi, sulla competenza. Il rimedio è che la sentenza, la quale per incidente affermi la propria competenza o decida definitivamente sul merito abbia forza di giudicato sulla competenza, anche, ovviamente, con riguardo alla giurisdizione competente, per quanto grave ed evidente sia l'errore (18) (pag. 350). Tra le varie questioni esaminate dal Cammeo rispetto al sistema della separazione, è particolarmente importante quella relativa ai diversi effetti di un rapporto giuridico e il cui tipo più comune si ha nell'obbligo di riparare la lesione di un diritto altrui, così in fatto con rimozione degli atti dannosi come in denaro col risarcimento dei danni arrecati (pag. 355): non si possono configurare rapporti tra giurisdizioni diverse, perché le diverse pretese come effetti di uno stesso rapporto sono complementari ed accessorie, deferite ad un'unica giurisdizione; è un caso di competenza per connessione o continenza di causa. Può accadere, peraltro, che il diritto positivo affidi il giudizio sui diversi effetti a giurisdizioni diverse; questo fenomeno si verifica in particolare quando da un rapporto giuridico amministrativo nascono conseguenze strettamente amministrative (diritto alla revoca o all'emanazione di atti, riammissione ad un impiego) e conseguenze patrimoniali (risarcimento dei danni, pagamento di canoni o di stipendi) (pag. 355). L'analisi porta Cammeo a ritenere che il rapporto di separazione debba contemperarsi con un rapporto di coordinazione, in applicazione del principio della cosa giudicata o del principio più ampio dell'unità e dignità della funzione giurisdizionale (pag. 357). Nella nota 4 di quest'ultima pagina, sono citati il Commentario del Mortara, come accade di frequente, e l'articolo di V. Scialoja, *Sulla funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*. Trattasi di uno dei saggi, che concernono il rapporto tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa e s'inseriscono nella polemica con V.E. Orlando. Ma non è citata la Giustizia amministrativa pubblicata dall'Orlando nel terzo volume del suo Trattato; né si dà conto degli altri scritti sull'argomento né delle ben note sentenze delle Sezioni unite

(18) Opinione mantenuta, in dissenso dal Chiovenda, nelle *Lezioni* cit. pag. 171.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sui casi Laurens e Trezza. Si noti, però, che la prima di queste, Sezioni unite, 24 giugno 1891, è citata a pag. 749, nota 2, siccome rivolta a concedere azione giudiziaria ossia a riconoscere come diritto l'interesse, che nasce dalla libertà industriale, ad ottenere l'esenzione dall'assoggettamento di un'industria a licenza e dalla revocabilità di questa ». La sentenza 24 giugno 1897 sul caso Trezza è citata a pag. 756, nota 2 a), con critica che ripete quella del Mortara (19). Quella che, a prima vista, appare un'omissione si spiega sia con il metodo discendente adoperato dal Cammeo sia con le sue idee circa la distinzione tra diritti soggettivi, interessi legittimi e interessi semplici; aspetti che sono stati sopra chiariti.

10. Il rapporto tra amministrazione attiva e giurisdizione « è invece in certa misura rapporto di concorrenza » (pag. 359), volendosi in tal modo sostenere che: la giurisdizione, se è controllo — in senso lato — sugli atti dell'amministrazione, deve esaminare le stesse questioni che sono il presupposto di quegli atti; che l'amministrazione, non diversamente da un privato, deve considerare le questioni giuridiche relative all'emanazione di un atto, dovendo la realizzazione del diritto obiettivo essere di regola opera spontanea degli organi amministrativi; che l'amministrazione, al pari di un privato, può rifiutarsi di compiere un atto finché l'interessato non abbia ottenuto una declaratoria dalla competente giurisdizione, ma un tale rifiuto, come quello di un cittadino, è un semplice atto di parte (pag. 360); che la concorrenza non è completa, ma « in certa misura », perché non tutte le questioni che la pubblica amministrazione risolve possono essere oggetto della funzione giurisdizionale — il riferimento è agli atti discrezionali; attesi questi limiti, il giudice, in tale ipotesi, deve respingere la pretesa per una ragione profonda di merito, carenza di azione o difetto assoluto di giurisdizione e non per incompetenza rispetto all'autorità amministrativa (pag. 361). Il caso è identico a quello di diritto privato (*ibidem*, con adesione alla tesi del Romano citata nella nota 4). Conseguenza di tale impostazione è che « il conflitto non è quindi che una questione giuridica come tutte le altre: esso non si verifica mai direttamente fra organo

(19) *Giur. it.* 1897, I, 1, 744.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ed organo e non dà luogo a controversie di diritto obiettivo, il giudice neppure conoscendo della sua competenza decide in causa propria ... *nam ipse non agit: immo ille qui vocavit agere videtur* (pag. 365; la citazione della Glossa è ripetuta a pag. 931).

Con il capitolo su « rapporti tra le varie giurisdizioni e conflitti » termina la prima parte del Commentario, dedicata ai principi generali, che espone sia principi normativi in prevalenza costituzionali sia soluzioni normative, teoricamente possibili epperò derogabili.

11. La seconda parte del volume concerne la giurisdizione amministrativa nel diritto italiano: dopo una premessa sui precedenti storici dell'ordinamento vigente sulla competenza dei tribunali ordinari in questioni amministrative, segue il capitolo sui ricorsi amministrativi e quello sull'azione giudiziaria, nel quale si riprende il tema dell'esecutorietà delle pretese amministrative, si esamina la legge abolitiva del contenzioso ed, infine, nell'ultima sezione si esaminano, rispetto al giudice ordinario, « conflitti e procedure ».

Poiché quest'argomento si collega con quello svolto nell'ultimo capitolo della prima parte, sembra opportuno trattarlo immediatamente.

Cammeo rileva che la nostra legge configura come presupposto del processo civile, nel quale l'autorità amministrativa sia parte o comunque interessata, la competenza dell'autorità giudiziaria di fronte all'autorità amministrativa (pag. 910), ma, l'A. aggiunge subito, che, sotto tale concetto, la legge contempla due questioni preliminari distinte: l'una di competenza assoluta perché la materia è attribuita ad una giurisdizione speciale; l'altra di merito, quando la competenza dell'autorità giudiziaria sia posta in dubbio, perché si ritiene esservi invece la competenza dell'autorità amministrativa. Cammeo prende atto che la giurisprudenza non distingue le due ipotesi e che tale interpretazione « che è inutile revocare in dubbio » (pag. 911) significa negare l'esistenza del diritto del cittadino e riconoscere soltanto la eventuale lesione di un interesse. L'esame della questione c.d. di competenza rispetto all'autorità amministrativa non esaurisce, peraltro, la cognizione del merito e per questo può assumere l'aspetto di un incidente, di un esame pregiudiziale circa l'esistenza del diritto vantato, quale risulta dalla domanda e dagli atti. Trattasi di un presupposto dell'azione, necessario per

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ottenere una sentenza favorevole all'attore. Nonostante la diversità, le due questioni debbono trattarsi insieme, perché, sia pure errato e dalle conseguenze illogiche, tale è il sistema della legge (pag. 911-914).

Cammeo distingue due ipotesi: la questione di competenza dell'autorità giudiziaria rispetto alle giurisdizioni speciali amministrative come questione di competenza assoluta (pag. 914 ss.), che esamina anche per i soggetti legittimati a proporla e per le forme procedurali (pag. 923 ss.) la cosiddetta questione di competenza fra la giurisdizione ordinaria e l'amministrazione attiva (conflitti di attribuzioni) (pag. 932 ss.).

Il problema principale concerne i criteri per determinare la competenza, ossia l'interpretazione dell'art. 4 della legge sui conflitti, in particolare dell'espressione « oggetto della domanda ». Il giudizio sulla questione di competenza può presentarsi, oltre che nella speciale forma disciplinata dalla legge sui conflitti, in quelle di diritto comune, come incidente nel giudizio di primo grado o come motivo d'impugnazione , senza, peraltro, mutare natura; e può riguardare anche i limiti tra autorità giudiziaria e giurisdizioni speciali (pag. 924; a pag. 925, nota 2 si afferma la natura giurisdizionale sia della quarta e quinta sezione del Consiglio di Stato sia della giunta provinciale amministrativa).

Cammeo dubita che tale articolo si riferisca anche alla competenza giudiziaria rispetto alle giurisdizioni speciali, ossia ad una questione di competenza assoluta; con un sottile passaggio interpretativo applica la regola del diritto processuale comune (art. 72 del codice di procedura civile) di determinare la competenza secondo la domanda, considerata non solo nel suo oggetto, ma anche nella *causa petendi* (pag. 618). Bisogna considerare anche quest'ultima, in quanto l'oggetto strettamente inteso non può servire a distinguere la competenza di varie giurisdizioni, le quali abbiano eguali poteri di pronuncia (20) (*ibidem*).

Rispetto alla c.d. questione di competenza dell'autorità giudiziaria rispetto all'autorità amministrativa, ed all'ipotesi normale del cittadino attore, Cammeo osserva che i limiti sono determinati da

(20) Con rinvio, nella nota 3 ai *Principi di diritto processuale civile* del Chiovenda e in disaccordo con il MORTARA, *Commentario* vol. I, cit., pag. 492 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

due criteri: il primo formale, che vieta di chiedere al giudice ordinario decisioni non ammissibili ai sensi dell'art. 4 della legge abolitiva; il secondo sostanziale, che richiede l'esistenza, almeno possibile a priori, di un diritto fatto valere dall'attore o, come suol dirsi, della *causa petendi*. Discute quale dei due criteri sia quello determinativo della competenza giudiziaria o se occorra un contemperamento. La tesi che « oggetto della domanda » sia il *petitum* in senso stretto è esclusa sia per ragioni pratiche (diniego di tutela di un conclamato diritto soggettivo se l'oggetto esorbita dalla competenza giudiziaria, callida esclusione della questione di competenza se la domanda sia correttamente formulata, ma risulti fondata « sovra il meno tutelato degli interessi - pag. 934) sia per ragioni desunte da un più attento esame del testo, che, in quanto proclama che la decisione della Cassazione non pregiudica la pertinenza del diritto e la proponibilità della domanda, implica che si debba esaminare, in qualche misura, l'esistenza del diritto vantato, che è « in qualche modo il titolo e insieme l'oggetto immediato della domanda » (pag. 935). Quest'ultima precisazione non è un saggio di contemperamento; essa ha una spiegazione più profonda nella cultura giuridica, che pervade il Commentario e secondo cui il diritto soggettivo e la tutela consentita sono saldamente collegati e, posto il diritto, si identificano le azioni e queste sono modellate sul *quod sibi debetur*.

Al principio costituzionale di libertà si collega l'eguaglianza delle parti nel processo. La c.d. eccezione d'incompetenza non può implicare una riduzione dell'esame che il giudice compie in astratto circa l'esistenza del diritto vantato dall'attore e che deve considerare sotto due aspetti: dello *jus in thesi* (esistenza di una norma di legge, che tuteli « l'interesse » dell'attore) e dello *jus in hypoyhesi* (che i fatti dedotti siano, salvo a verificarne l'esistenza, quelli che danno luogo all'applicazione della norma astratta): « limitare il giudizio di competenza all'esame dello *jus in thesi*, staccandolo dall'esame dello *jus in hipothesi*, è ridurre la funzione del giudice alla pura ripetizione (tutt'al più accompagnata da un'interpretazione) della legge... Questa indagine così ristretta è perfettamente inutile » (pag. 939). È chiaro il nesso con la natura di merito della c.d. eccezione d'incompetenza ed è, o dovrebbe essere, parimenti chiaro che la legge sui conflitti, pur costituendo privilegi a favore dell'autorità amministrativa, è interpretata, per gli aspetti tecnici del giudizio, secondo i

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comuni principi sulla giurisdizione e sul processo civile. Le indagini da compiere nel c.d. giudizio di competenza (pag. 941) sono quelle indicate, nel capitolo sull'azione giudiziaria, per determinare se un interesse sia riconosciuto e protetto in quel modo che lo eleva a dignità di diritto (pag. 729). Si tratta, secondo il Cammeo, di una questione complessa d'interpretazione, da risolvere diversamente secondo: il subbietto dell'interesse; la natura di esso interesse; la fonte di diritto obiettivo in cui questo trova riconoscimento; l'eventuale negozio giuridico (che sappiamo non essere soltanto il diritto privato) titolo del rapporto; il contenuto della norma e le condizioni necessarie per la sua applicazione-discrezionalità pura o discrezionalità tecnica); la finalità della norma (pag. 738). Nella complessità della questione rientra la valutabilità dell'interesse secondo l'opinione media degli uomini nei casi normali (pag. 743). Per spiegare questo punto, Cammeo (ibidem, nota 3) segnala che « già nel giure privato accade qualcosa di simile » e indica i limiti delle argomentazioni desumibili dal principio *neminem laedere* o dall'altro *qui iure suo utitur neminem laedit*. Determinare se un dato interesse leso sia un diritto soggettivo o non « in parte è opera di fisse e determinate norme di diritto scritto, in parte di norme consuetudinarie, di equità evolventisi, secondo il mutarsi delle condizioni sociali e dei dati tecnici. In quest'ultima parte l'apprezzamento se un interesse meriti di essere protetto come diritto, muove dal reciproco contemperamento delle varie utilità ... devesi valutare l'entità dell'interesse, messo in rapporto con gli interessi confliggenti » (*ibidem*). È principio di ordine generale e si attua secondo criteri diversi: individualistici nel diritto privato, sociali nel diritto amministrativo, « tenuto conto della diversa importanza degli interessi in giuoco, del compenso, tra il sacrificio individuale e l'utile che ciascuno, *uti civis*, ritrae dal sacrificio stesso, ecc. » (*ibidem*).

12. Nel capitolo terzo della seconda parte Cammeo tratta dell'azione giudiziaria ed è nota la sua interpretazione, che attribuisce ampia portata, oltre la mera lettera dell'art. 4 della legge abolitiva, al divieto di revocare o modificare gli atti amministrativi, esteso ai fatti materiali dell'amministrazione. Occorre, peraltro, ricordare l'ampiezza con cui è ammessa l'azione dichiarativa (pag. 904 s.) anche se l'atto lesivo sia « semplicemente annullabile (pag.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

905), o per accertare il lato giuridico di una questione di acquisto di diritti, dipendente in parte da fatti semplici e in parte da fatti da valutarsi con discrezionalità tecnica (pag. 906); in tal caso le sentenze dichiarative, « sebbene definitive, sono per la specialità del caso da equipararsi in fatto alle sentenze che nella procedura comune risolvono definitivamente una questione pregiudiziale, ordinando sul resto ulteriori istruttorie » (*ibidem*). Il presupposto fermo è la tutela, nei limiti della legge, del diritto soggettivo, a compensare, quasi, l'inammissibilità delle sentenze di condanna ad un fare specifico e di quelle costitutive. Si deve notare che Cammeo ricorre spesso alle spiegazioni in base al diritto comune, alla tassatività delle azioni costitutive, al principio *nemo praecise ad factum cogi potest* e richiama *le actiones arbitrariae* del diritto romano (pag. 861); il collegamento con l'esclusione, nello stato libero, del principio « sopporta e fatti indennizzare » appare palese. L'interpretazione dell'art. 4 cit. coesiste con la propensione del Cammeo a riconoscere la nullità o inesistenza degli atti amministrativi (« pertanto l'annullamento che nei rapporti tra privati sembra dar luogo ad azioni costitutive [si omette la citazione] e che vi dà luogo di regola, quando il cittadino invoca l'invalidità degli atti contro l'amministrazione ... viene qui ad esser disciplinata non diversamente che la nullità assoluta » (pag. 715; v. anche pag. 898 e 905). Si deve ricordare pure la sottile interpretazione dell'art. 5 della legge abolitiva, che, per il caso di diritto fatto valere dalla amministrazione, esprime un comune principio processuale (pag. 803).

Una completa esposizione, pur in maniera compendiosa, dei vari temi trattati nel Commentario risulterebbe eccessiva, come si può arguire dai richiami e dalle trascrizioni sin qui compiuti; basti un minimo accenno all'argomento, molto noto, della responsabilità della pubblica amministrazione e delle responsabilità dei funzionari, esaminato con l'occhio rivolto al diritto privato, ma non ciecamente, ed ai principi giurisprudenziali.

Il Commentario, l'osservazione può apparire banale, tratta molti aspetti di diritto sostanziale, anche di organizzazione dei pubblici poteri.

13. « Noi dobbiamo trattare del diritto pubblico e delle organizzazioni giurisdizionali che lo sanzionano » (pag. 10). Il concetto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di norma giuridica seguito dal Cammeo è ben chiaro ed è noto che potrebbe essere contestato. Ma anche qui occorre cogliere il significato della frase, oltre i nessi tra precetto e sanzione. Assume qui rilevanza l'aspetto sostanziale, preliminare a quello sui modi processuli mediante i quali la tutela è realizzata; vi è connaturale l'esistenza di completezza: il metodo dell'enumerazione », se ha il pregio della chiarezza, ha il vizio della incompletezza » (pag. 111). Se l'autorità amministrativa è soggetto giuridico, essa non può avere una posizione differenziata da quella degli altri soggetti rispetto alla giurisdizione; nè vale addurre la sua organizzazione, perché le relative norme costituiscono diritto obiettivo e « vengono spesso in contatto immediato coi cittadini » (pag. 50), « la sussistenza di diritti subiettivi dei cittadini e la loro tutela è sufficiente alla reintegrazione del diritto obiettivo, unico scopo ultimo, e supremo interesse dello stato e della società » (pag. 51); si può facilmente osservare che esiste un saldo collegamento tra le principali tesi del Commentario.

Con Cammeo, la giustizia amministrativa diviene connotazione del diritto amministrativo nello stato libero e, in quanto tale, distinta da precedenti tutele (pag. 318 ss. e passim). Questo è il motivo di fondo del Commentario.

L'aspetto sostanziale della tutela è compatibile con l'esistenza di giurisdizioni speciali, ma non le richiede: esigerle « è rendere al lato estrinseco di quella teoria [della divisione dei poteri] un'ossequio feticistico, e fare, per amore di simmetria, opera perfettamente vana, se non soccorrono altre e migliori ragioni. Anzi ... allo spirito della celebre tricotomia ... risponde, se mai meglio, il sistema della giurisdizione unica » (pag. 321).

La giurisdizione, anche quella civile, anche quella penale è, dunque, garanzia della legittimità degli atti amministrativi, come risulta dal capitolo sesto della parte prima. Vi si connette il tema dell'azione, « il tipo più completo ed evoluto » di garanzia (pag. 106); la precisazione è necessaria, per distinguere l'azione delle forme di garanzia amministrative, costituite dai ricorsi e dai controlli.

Si è più volte notato che Cammeo procede per analogia tra il diritto privato e quello amministrativo; il presupposto è che vi siano aspetti simili, che l'A. fonda nel diritto, inteso, prescindendo dalla origine sociologica, come comando emanato e sanzionato dallo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stato, che stabilisce un rapporto tra soggetti (pag. 28). Ma vi sono anche aspetti dissimili, spazi da colmare, che il giurista rileva dal diritto positivo e dalla tradizione giuridica, ciascuno con il suo ambito: rapporti patrimoniali e rapporti ideali, quali ad esempio i rapporti associativi. Cammeo rileva dalla realtà giuridica, e non da premesse di vaga sociologia, l'ambito del principio edonistico e di quello di solidarietà. Nessuno di questi ambiti identifica esclusivamente l'una o l'altra delle due *positiones huius studii* (pag. 199). Donde il riferimento dei problemi alla realtà storica e giuridica dello stato libero; donde la costruzione analogica ed i suoi limiti. Il giurista non può limitarsi soltanto a considerare la norma scritta, ma deve, se necessario per mancanza di criteri formali, considerare realtà non definite dalle norme, essere attento all'aspetto storico; « occorre un'intensa ricerca d'interpretazione della legge per stabilire se la protezione accordata ad un interesse sia deliberatamente voluta od occasionale: e qui valgono diversi criteri interpretativi, influiscono tendenze storiche ed appare spesso decisiva una minuta critica della giurisprudenza » (pag. 730).

13.1 Delicato il rapporto tra l'interpretazione e la « logica » della legge scritta. Cammeo, ad esempio, avverte espressamente che l'istituto sui conflitti è illogico, perché fa di una questione di merito una questione di competenza, una questione sovra un presupposto processuale, ma « la legge va presa come è nel suo spirito e nella sua lettera » (pag. 948).

Per Cammeo, l'astrazione deve evitare la riproposizione del problema giuridico in formule « metafisiche » e, quindi, è bene non attribuire ai tribunali ordinari una giurisdizione piena o illimitata in potenza, di cui sarebbe limitato solo l'esercizio. Il discorso, svolto nella densa nota 3 di pag. 910, è preliminare all'interpretazione della legge 31 marzo 1877, n. 3761, sui conflitti di attribuzioni e della quale Romano aveva già posto in luce alcune incongruenze.

Alla necessità di evitare la « metafisica » si collega quella che velleità dogmatiche non soverchino il diritto positivo, sì che la costruzione giuridica sia aderente a questo ed anche alla costante o prevalente interpretazione giurisprudenziale (per quest'ultimo aspetto, pagg. 725, 728, 757, 832 e passim), della quale, peraltro, è possibile una « minuta critica » (pag. 730 cit.).

L'esigenza di ben conoscere la giurisprudenza non è soltanto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tecnica; è un aspetto dell'importanza che Cammeo annette alla conoscenza storica, dei sistemi passati o contemporanei nonché degli orientamenti dei giudici. Non è un caso che tra i primi lavori e quelli più tardi si annoverano i citati studi sul diritto amministrativo americano e sul diritto inglese; dalle note del Commentario appare quest'interesse per il diritto giudiziario e il suo collegamento con lo stadio attuale — di formazione — del diritto amministrativo. E le riflessioni sulle azioni popolari in diritto romano, sulle concessioni del principe, sulla distinzione tra atti d'impero ed atti di gestione, sul principio « sopporta il danno e fatti pagare » servono per comprendere gli istituti di oggi, la loro continuità o novità.

L'argomentazione del Commentario ha il suo fulcro nella teoria generale dello stato libero (« una convinzione di tempi moderni, per la quale tanto sangue di lottatori fu versato e tanta energia di pensatori fu spesa », pag. 30), che è fenomeno storicamente determinato, da comprendere nelle possibilità teoriche e nelle varie realtà positive, che ad esso si collegano e ne sono delimitate; donde un doppio livello di studio: virtuale per le prime; attuale, di diritto positivo, per le seconde; quest'ultimo livello è più complesso per i nessi tra costruzione teorica e diritto positivo, del quale occorre compiere in primo luogo una corretta esegesi.

Questa struttura, fondata sullo stato libero ossia di liberi cittadini, ha in sé ambiti di possibilità ricostruttive, mediante schemi necessariamente relativi e dei quali occorre giustificare l'impiego. È una via che arricchisce il discorso, perché l'A. non si limita ad enunciare risultati, ma espone, e consente al lettore di verificare, in qual modo, con quali ragionamenti, vi si pervenga, anche se talvolta il testo non sia di agevole lettura. L'incompiutezza dell'opera spiega che alcune premesse siano poste, senza gli svolgimenti destinati al seguito, ed i cui risultati si ritroveranno, con stile più compendioso e rapido, nel Corso di diritto amministrativo e, con stile ancora diverso ed adeguato, nelle note a sentenza.

La molteplicità dei livelli di esposizione si collega con l'accennata consapevolezza della storicità dei fenomeni giuridici. Cammeo, conoscitore della pandettistica, evita una rigida formulazione dogmatica, *valitura in aeternum*, e delinea un modello di relazioni tra cittadino ed autorità amministrativa nello stato libero, che è formula, come si è notato, storicamente determinata e, quindi, limitata per la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

natura stessa del giudizio storico. Non offre un modello soltanto dell'autorità amministrativa, perché in tal modo avrebbe isolato uno dei due termini, in contrasto con i presupposti del suo ragionamento. La distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi si spiega storicamente e costituisce il contenuto variabile della suddetta relazione. Le note al testo che la concernono sono di vario tipo: alcune puramente informative, altre critiche, altre, infine, che abbondano anche in altri argomenti di diritto positivo, hanno un valore spiccatamente costruttivo, perché ordinano casi giurisprudenziali come specie dei concetti chiariti nel testo: l'attenzione per la giurisprudenza è essenziale per la elaborazione sistematica di un diritto, soprattutto se questo è in formazione.

Storicità e conseguente relatività della nota distinzione. Si può notare una concordanza con l'opinione esposta da V. Scialoja, che « sarebbe errore ... negare ... la possibilità di varie gradazioni di interessi anche protetti dal diritto » e dove, con riferimento al nostro sistema di giustizia amministrativa, si osserva che il diritto di ricorrere in via contenziosa per obbligare i pubblici poteri ad esplicare i loro poteri secondo le leggi « è una via che si avvicina molto all'azione. Facendo un passo avanti si potrebbe avere addirittura un'azione » (21).

Il sistema di Cammeo esclude che la pubblica amministrazione, in un ordinamento, nel quale essa sia *sub lege*, possa giuridicamente pensarsi in termini radicalmente diversi rispetto al cittadino: entrambi sono soggetti giuridici, titolari di diritti soggettivi pubblici; entrambi sono parti sia nel rapporto sostanziale sia nel processo; gli atti, compiuti per la realizzazione dei rispettivi interessi hanno una comune natura giuridica, quella negoziale. La negazione dle contratto di diritto pubblico muove dall'osservazione di fenomeni di diritto privato, segnatamente del monopolio, e dalla constatazione che lo stato può in certo modo considerarsi monopolista (pag. 83 ss.); essa esclude soltanto la contrattualità della relazione o del rapporto, i quali non risultano negati.

La sovranità — questo è il termine forte adoperato dall'A. (pagg. 74, 96) — spetta all'amministrazione nell'ambito di quelle

(21) *La procedura civile romana*, corso di lezioni a.a. 1893-1894, ristampa, Roma, 1936, pag. 72.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

facoltà discrezionali, a cui le norme di diritto non segnano che un limite, di guisa che « la volontà dell'amministrazione è legge per i cittadini » (pag. 96); formula che non contrasta con la critica mossa alla definizione di atto amministrativo di O. Mayer, perché, mentre questi indica la connotazione dell'atto amministrativo, sempre dichiarativo del diritto nel caso concreto, Cammeo si collega al contenuto impreciso — termine di risalente significato — delle norme, ma siffatta imprecisione è il risultato e non la premessa dell'interpretazione.

Cammeo non nega la specificità della pubblica amministrazione come soggetto giuridico, ma, come si è accennato, non vi pone a fondamento la socialità dei rapporti che legano i singoli come membri di associazioni e che, per definizione, apparterrebbero al diritto pubblico (pag. 199), perché « nessun sistema positivo di diritto è riuscito a isolare e a contrapporre i fenomeni della individualità e della socialità » (*ibidem*). Quella specificità è un problema giuridico; non si spiegherebbe, altrimenti, la costruzione analogica del diritto amministrativo. La polemica tra il Cammeo e il Borsi sull'esecutorietà degli atti amministrativi mostra la complessità della tesi del Cammeo, esposta *funditus* nel capitolo sull'azione giudiziaria, con la critica al Borsi, di procedere « da una esagerata analogia col diritto privato e colla procedura civile » (pag. 689), che il civilista e procedurista Cammeo evitava per il vigile controllo storico.

Pensare l'amministrazione pubblica come soggetto giuridico al pari del cittadino, entrambi titolari di diritti pubblici subiettivi, (anche se quelli dello stato « e in ragione della loro ampiezza ed in ragione della loro intensità sono concepiti come poteri e così chiamati. E qui abbiamo quindi qualcosa che nel diritto privato non ha preciso riscontro » (pag. 74) significava mantenere, nell'indeclinabile perseguimento del pubblico interesse, un comune piano giuridico per l'uno e l'altro soggetto, quello attivo e quello passivo.

Gli strumenti per questa complessa operazione di mantenere, nell'unità dell'ordinamento, le distinzioni necessarie per comprendere l'autorità amministrativa e ragionarne giuridicamente erano offerti dalla pandettistica.

Questo è innegabile, ma non si tratta di una mera trasposizione di astrazioni, perché la pandettistica può essere considerata anche come linguaggio, ponendosi, in tal maniera, la necessità di ricercare

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e comprendere il rapporto tra significante e significato in ciascun autore, che di quel linguaggio si vale.

13.2. Oggi molti concetti adoperati nel Commentario non sono ricevuti nella dottrina; a partire da quello del diritto pubblico soggettivo, che era in effetti, e tale appare dal Commentario del Cammeo e da quello del Mortara, strumento di fondata battaglia, per radicare l'idea che il cittadino abbia diritti anche verso l'autorità amministrativa o, più in generale, verso lo stato; conseguito lo scopo, quello strumento diventava riduttivo della battaglia vinta, ma il suo abbandono non avrebbe dovuto compromettere il risultato, peraltro esposto a continui attacchi. Si può non credere al diritto pubblico soggettivo, ma sarebbe necessario distinguere se si dissenta da una formula significante o anche dal significato, esprimibile con termini diversi; è una nota esigenza di metodo.

14. Quello schema, è durato lungamente ed è opportuno notare che Cammeo l'adopera per studiare l'ordinamento giuridico dello stato della città del Vaticano (22).

Egli ben sa che si tratta di stato assoluto e confessionale, si che l'applicazione di schemi con i quali ha spiegato una legislazione « laica » (così a pag. 2 dell'Ordinamento cit.), propria di uno stato libero, parrebbe contrastare con l'attenzione alla storia, che è innegabile nelle sue precedenti opere. L'impressione sarebbe errata, perché l'Autore ha ben chiaro che il campo di applicazione è limitato dai poteri del Sovrano del nuovo stato nonché dall'assenza di diritti politici e dalla soppressione o rigoroso condizionamento dei diritti di libertà. Il suo ragionamento poggia sull'esistenza dell'azione giudiziaria a tutela dei diritti soggettivi e perviene alla conclusione che la sentenza passata in giudicato preclude, a parte il decorso dei termini, il ricorso in via di giustizia, che è proponibile al Sommo pontefice in via esclusiva per la tutela degli interessi e, a scelta del soggetto che si reputi leso, anche per la difesa di diritti soggettivi. Circa la distinzione tra diritti e interessi (si noti, non qualificati legittimi), Cammeo rileva che essa, obbiettivamente esatta, è priva di rilevanza nel diritto privato; ma, « nei rapporti di

(22) F. CAMMEO, *Ordinamento giuridico dello Stato della città del Vaticano*, Firenze, 1932.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto pubblico la cosa è diversa »: ragione di giustizia richiede di non lasciare gli interessei privi di qualunque difesa ed è conveniente per lo Stato prenderli in seria considerazione, perché la soddisfazione dell'interesse collettivo è per lo più costituita dalla resultante, se non dalla somma, degli interessi individuali (pag. 276 s., Ordinamento cit.). Il ricorso in via di giustizia è un ricorso amministrativo, ma questa somiglianza non consente deduzioni dall'ordinamento italiano, in quanto il Pontefice decide *causa cognita*, con l'intenzione d'interpretare ed applicare la legge e contro la sua decisione non è data azione o ricorso (pag. 375, Ordinamento cit.).

Questi brevi cenni sono sufficienti per mostrare che Cammeo, per il quale era viva l'esigenza della comparazione giuridica, che è un aspetto della sensibilità storica, non sovrappone i propri schemi agli ordinamenti studiati, ma li adegua alle rispettive particolarità e, quindi, lo schema adoperato per definire lo stato libero può applicarsi limitatamente ad uno stato assoluto, per chiarirne qualche aspetto. Può darsi che vi fosse una sottile polemica, un pò velata, rispetto al nuovo diritto del Regno; inducono a pensarlo, essendo completamente incolore la frase del Mussolini riportata a pag. 2, nota 1, la puntualità delle citazioni dottrinali e l'altrettanto puntuale mancanza di altre possibili citazioni, sia degli stessi autori sia dei discorsi « teorici » sulla trasformazione dello Stato, pronunciati da un altro notevole giurista, divenuto ministro di grazia e giustizia del nuovo regime, Alfredo Rocco.

15. La costruzione per analogia del diritto amministrativo esigeva una compiuta conoscenza dei « rami » del diritto e, per questa via, induceva una considerazione temperata dell'autorità amministrativa, non incoraggiando la formazione di modelli, astratti rispetto all'unità ed alla storicità dell'ordine giuridico. Cammeo avrebbe, probabilmente, reputato strana la qualifica di studioso interdisciplinare, una essendo, ancorché composita, la disciplina che egli studiava.

L'attenzione prestata ai costanti orientamenti giurisprudenziali e la tendenza a ravvisarvi quasi una consuetudine possono apparire eccessive, ma debbono essere interpretate nel sistema del Commentario: in quanto è la giurisdizione, che, per sua natura, dichiara il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto, e non l'atto amministrativo, essa ha maggiore attinenza al sistema.

Questa spiegazione segna la differenza rispetto al pensiero di V. Scialoja, secondo il quale « noi come giuristi pratici possiamo inchinarci all'autorità della Corte suprema di Cassazione, che bene o male ha seguito fin qui una via ... quando si tratta di competenza è più necessario il certo che il buono ... e se il magistrato supremo in materia di competenza segue ... costantemente un dato criterio, questo diventa in realtà un principio di diritto positivo (23). Dal Cammeo sembra esulare la distinzione tra giuristi pratici e giuristi teorici e, a badar bene alle parole, porre il dato giurisprudenziale costante come consuetudine interpretativa (pag. 725, 728) implica un atteggiamento critico di verifica *secundum legem*.

Si sono notate alcune concordanze tra Cammeo e Scialoja circa la storicità della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi ed altre tra Cammeo e Chiovenda circa la rilevanza del criterio della *causa petendi* rispetto a quello del *petitum* per il giudizio sul riparto delle giurisdizioni.

Scialoja trasse dalla propria impostazione la prevalenza del petitum e Chiovenda ritenne che la giurisdizione amministrativa fosse di diritto obiettivo e l'interesse del ricorrente soltanto una condizione sotto la quale il cittadino è chiamato a far valere un interesse generale. L'opinione di Cammeo, come si è rilevato, è diversa su entrambi i punti ed appare conseguenza dell'adozione del concetto di diritto pubblico subiettivo, che rispetto all'amministrazione non può che graduarsi, sia pure storicamente. Questo impedisce sia — ed è stato sopra segnalato — che si accolga lo schema del diritto alla legittimità degli atti amministrativi sia che prevalga il criterio del *petitum* sia che possa ritenersi di diritto oggettivo la giurisdizione sugli interessi. Come si è più volte notato, lo stato libero è la premessa politica e giuridica che Cammeo derivava dalla sua fonte prossima, il Mortara, e svolgeva tecnicamente mediante lo schema, di cui curava la giustificazione teorica, del diritto pubblico soggettivo, che nelle sue gradazioni era correlato ad un interesse

(23) V. SCIALOJA, *Sulla funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Giustizia amministrativa*, 1901, IV, citato da CHIOVENDA, *Principi* cit., Napoli, 1923, pag. 378 nota 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sostanziale del titolare. Chiovenda, invece, escludeva siffatte spiegazioni teoriche, « perché è nel sentimento collettivo che bisogna ricercare le prime giustificazioni del diritto, e questo sentimento collettivo si manifesta oggi nettamente nel senso di ammettere i diritti pubblici subiettivi » (24). Non era una premessa che consentisse molte deduzioni. La divergenza su questo punto fondamentale esclude solo che l'azione innanzi alle giurisdizioni amministrative sia, a differenza di quella esecitata innanzi ai tribunali civili, mera azione, che era la tesi del Chiovenda. Non esclude la considerazione processuale, e sotto questo aspetto autonoma, dell'azione; secondo le idee prevalenti, quando Cammeo scriveva la parte del Commentario citata nella nota del 1902 ed anteriore, quindi, alla nota prelusione bolognese del Chiovenda (25), quest'autonomia era espressa, ravvisando nell'azione « non solo un rapporto tra due cittadini, ma ben anco un rapporto fra cittadino e stato, un rapporto di diritto pubblico, pertanto » (pag. 21 s., 106). Nel Commentario è manifesta la derivazione dal Mortara; nella monografia del 1905, dedicata a V. Scialoja, si aggiunge la citazione del saggio di Chiovenda, dianzi ricordato, e degli scrittori tedeschi, ai quali il nuovo indirizzo si collegava. Questo significa che il pensiero di Chiovenda sulla sistematica dell'azione era ben noto, anche nelle sue fonti, al Cammeo nel 1905, sei anni prima che il Commentario fosse completato. L'utilizzazione della monografia del 1905 nel Commentario coesiste, senza alcun contrasto, con le compendiose osservazioni sulla cosa giudicata e suoi limiti (pagg. 290 e 302), le quali sono precedenti al saggio del 1905, dove, a colonna 79, nota 2, si cita pag. 451 della maggiore opera. Si può ancora notare che le opinioni del Cammeo risulteranno simili a quelle esposte dal Chiovenda nei saggi del 1905 e nei Principi: si tratta non di precisare rapporti di scuola o di ricercare se le abbinate citazioni dei due insigni processualisti di fé diversa avessero spiegazioni esterne al testo, bensì di escludere che la dottrina del Chiovenda abbia creato nel Cammeo un dissidio, risolto con la rinuncia a proseguire l'opera. In effetti, presupposta

(24) Lezioni di diritto amministrativo, a.a. 1909-1910, ristampa, a cura di F. Cipriani, Milano, 1991, pag. 13.

(25) L'azione nel sistema dei diritti, ora in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930-31, vol. I, pag. 3 ss., ristampa anastatica, Milano, 1993.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quoque modo l'autonomia dell'azione rispetto a ciò che si chiede di tutelare, la costruzione del processo instaurato per l'esercizio dell'azione non trova ostacoli all'elaborazione e alla determinazione dei nessi con la situazione tutelata, anche questa intesa *quoque modo*.

16. Altri Autori seguivano altre vie. Il risultato era la centralità dell'atto amministrativo e sbiadiva la figura del cittadino, i cui diritti erano affermati per essere affievoliti o degradati a interessi legittimi; l'ipotesi che l'inerzia amministrativa potesse ledere un diritto soggettivo contrastava con i principi più diffusi.

Siffate tesi ed altre che è superfluo accennare, da qualche anno, godono di minor credito; si ritorna a curate gli aspetti storici, che condizionano l'attendibilità della costruzione giuridica di un sistema; la situazione giuridica del cittadino diventa uno dei fuochi dell'elissi accanto all'atto amministrativo; si riconosce che la discrezionalità è anche problema d'interpretazione. È ben vero che Costituzione e leggi recenti hanno reso possibili questi mutamenti, necessari rispetto ad un'autorità amministrativa straripante; anche alcune affermazioni di Cammeo sulla esecuzione di atti nulli sono state criticate. A fondamento di questa fase è un vasto movimento dottrinale, che ha valorizzato i principi costituzionali ed ha chiesto a pubblici poteri alquanto riottosi, che altri fossero stabiliti con legge ordinaria; che dubita della centralità del provvedimento amministrativo e del giudizio sull'atto. È un oggettivo ritorno all'esigenza di dare un senso compiuto e concretamente proficuo al principio di legalità, ristabilendo il rapporto tra cittadino ed amministrazione, utilizzando i nuovi strumenti, i nuovi assetti che la libertà, consapevole delle passate esperienze, si è data e curando, con l'ausilio di parte della giurisprudenza, le esigenze della tutela; quasi una postuma, e non sempre avvertita, riprova che le idee di fondo del Commentario consentono ancor oggi un diverso assetto sistematico e, poiché non si dà un mero ritorno, ben si comprende che l'odierna elaborazione concettuale sia più affinata.

Che alcune o molte soluzioni proposte dal Cammeo siano oggi non sostenibili per mutamenti del diritto positivo o approfondimenti teorici è innegabile. Il sistema di Cammeo non consisteva, peraltro, nel negare l'esperibilità delle azioni di nunciazione avverso la pubblica amministrazione o nel porre limiti alla tutela giudiziaria av-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

verso l'esecuzione di atti amministrativi nulli o in altre soluzioni di particolari problemi giuridici.

17. « Il senso del diritto è più forte che il senso morale, perché procede dalla coscenza di due fatti: della maggiore importanza sociale e della maggiore utilità individuale di quelle regole, che chiamansi giuridiche » (pag. 16). Questa frase, posta all'inizio del Commentario e sulla quale ben si potrebbe discutere, enuncia il tema, che abbiamo visto ricorrente, dell'utile, entro la cui categoria si svolge il complesso discorso del Cammeo, Così, per delineare gli atti dell'amministrazione soggetti al diritto civile, osserva che « in realtà, la definizione va data in termini non giuridici, ma economici » (pag. 203) ed a pag. 212 che in tal modo si è delineata una « categoria economico-storica »; non si tratta di stabilire un'antitesi tra diritto ed economia, ma di segnalare l'imporsi della realtà sull'astratta definizione giuridica.

Questa realtà ha base giuridica nel principio di libertà, come si è notato. Cammeo ammette che in tema « di limitazione della sfera di libertà dei cittadini esiste un semplice interesse di questi se ed in quanto con una espressa norma di legge, e senza determinazioni di estremi sindacabili neppure con giudizio tecnico, fu conferita all'amministrazione la facoltà di restringere tale libertà ed eventualmente di togliere la restrizione stessa ad arbitrio con congrui ordini o permessi » (pag. 797).

Cammeo rende la libertà interna al sistema del diritto amministrativo, connessa con la legalità o legittimità, e facilmente soccorre il pensiero, dianzi utilizzato, del filosofo dello storicismo, che la legalità non è la libertà, sì invece l'assetto che di volta in volta essa si dà per la sua ulteriore azione (26).

La suddetta connessione è il codice per interpretare il pandettista Cammeo e ricavarne il sistema.

Il Commentario ci mostra un giurista, conoscitore della storia nel diritto, intento ad esaminare nella totalità dell'ordinamento l'argomento prescelto. Queste ragioni spiegano perché un sistema delineato all'inizio del secolo, sia apprezzabile ancor oggi, dopo

(26) B. Croce, *Libertà e rivoluzione*, in *Discorsi di varia filosofia*, Bari, 1959, vol. II, pag. 156.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

molti ed agitati decenni. Nel ripubblicare, nel 1960, il Corso del Cammeo, il Miele, con la consueta sobria precisione, notava « la viva presenza degli amministrati accanto ai soggetti attivi di pubblica Amministrazione ... una costante adesione alla realtà degli interessi umani secondo una prospettiva di giustizia (27).

Cammeo ha indicato un sistema ed un metodo. Le dottrine giuridiche pensate, che non siano una fiera di citazioni, concorrono a rinvigorire oppure ad affievolire il senso della libertà, a mantenere o a mortificare la relazione tra cittadini ed autorità amministrativa. Il nostro Autore ha costruito, con tecnica giuridica non esibita, « la difesa più accanita ed agguerrita delle libertà del cittadino contro gli arbitri della pubblica amministrazione, l'affermazione delle sue libertà contro la cosiddetta libertà dell'amministrazione (28). Questo giudizio coglie con esattezza lo spirito del Commentario e della complessiva opera del Cammeo. Chi scrive di diritto amministrativo ha qualche esitazione nel ravvisarvi un « progetto politico », per il margine di opinabilità che a questa nozione potrebbe collegarsi, pur essendo consapevole che una siffatta opera giuridica non possa non avere una sua naturale politicità.

(27) G. MIELE, *Prefazione* a F. Cammeo, *Corso*, cit.

(28) P. GROSSI, *Stile*, cit., pag. 135. Si deve al Grossi il riconoscimento dello storicismo « spietato », p. 140, del Cammeo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

VINCENZO CERULLI IRELLI

LE PRIME TRATTAZIONI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO ITALIANO E IL « CORSO » DI FEDERICO CAMMEO.

1. Sul « metodo » e sul « sistema ». - 1. 1. La questione del « metodo giuridico ». - 1. 2. La questione della sistematica. — 2. Le trattazioni sistematiche del diritto amministrativo italiano, prima e dopo Orlando. - 2. 1. Cenni alla produzione trattatistica « preorlandiana ». - 2. 2. Cenni alla produzione trattatistica dell'età « dei Maestri ». — 3. La costruzione della disciplina generale dei « rapporti di diritto ammininistrativo » e l'opera di Cammeo. - 3. 1. Diritto amministrativo e « rapporti giuridici ». - 3. 2. « Subbietti di rapporti giuridici creati o da creare ». - 3. 3. Diritti soggettivi, interessi legittimi e rapporti amministrativi. - 3. 4. La « teoria generale ». - 3. 5. La questione della « responsabilità ». - 3. 6. Le altre parti del Corso. — 4. Conclusione.

1. *Sul « metodo » e sul « sistema ».*

1. 1. Con una serie di (notissimi) contributi (tra il 1885 e il 1897) Orlando pose il problema del metodo nello studio del diritto pubblico italiano, e segnatamente della parte più ampia e importante di esso, il diritto amministrativo, volendo sottolineare la necessità di un distacco dalla produzione precedente, improntata, allo stesso tempo, a un eccesso di « astrazioni » filosofiche e politologiche, e a un eccesso di esegesi (1).

---

(1) V. E. Orlando, *Criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Arch. giur.* 1889; *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885*, in *Pubblic. Fac. Giur. Modena*, 1925, ripubbl. in *Diritto pubblico generale*, Milano 1940 (dal quale le citazioni); *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. Orlando, Milano 1897. Si vedano le considerazioni, acute e illuminanti, di M. S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, 18° (1940), ripubbl. in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2° (1973), 179 (da cui le citazioni); *Diritto amministrativo*, voce *Enc. Dir.*, vol. 12°, Milano 1964. S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna 1971. Si vedano anche le riflessioni di G. Rebuffa, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Punto centrale dell'impostazione metodologica orlandiana, come si sa, è l'invito ad adottare nello studio del diritto pubblico, ma segnatamente del diritto amministrativo, cui invero Orlando guardava, il c. d. metodo giuridico: « che il diritto pubblico si consideri, nel modo stesso che il diritto privato, come un complesso di principi giuridici sistematicamente coordinati » (2). In buona sostanza, si trattava di un recupero della metodologia privatistica, pur attraverso il filtro del diritto romano (« quanto ai mezzi tecnici per la desiderata ricostruzione giuridica, se ne indicava uno — ricorda Orlando a proposito della sua prima prolusione del 1885 — il cui valore era... più pratico che teorico... si rinviavano i cultori del diritto pubblico a formarsi tecnicamente sullo studio di un diritto che può con ragione apparire come il tipo perfetto, precisamente dal lato della tecnica, il diritto romano... (ciò che valeva) come un richiamo al diritto privato » (3).

Questa impostazione comportava (e in effetto comportò) una serie di rilevanti conseguenze non solo d'ordine metodologico, ma anche, si direbbe, *oggettuale*. Il diritto pubblico, ed in ispecie il diritto amministrativo, diventa, se visto come branca di normazione positiva, il « complesso di norme che disciplina i rapporti fra i cittadini e lo Stato in quanto agisce come autorità », come poi dirà Cammeo (*infra*); se visto come scienza (secondo l'approccio che fu più caro ad Orlando) diventa lo « studio scientifico dell'attività dello Stato diretta al conseguimento... del suo fine... in quanto regolata dal diritto », come poi dirà lo stesso Orlando in un saggio famoso (4).

Insomma, l'approccio metodico c. d. giuridico, o privatistico, che ovviamente presuppone ormai consolidata, o almeno in via di definitivo consolidamento, la costruzione del *Rechtsstaat* (5), dello

---

Bologna 1981; e G. AZZARITI, *La prolusione orlandiana e la scienza del diritto amministrativo anteriore al 1889*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 968.

(2) V. E. ORLANDO, *Criteri tecnici*, cit. loco cit., p. 20.

(3) *Nota dell'autore*, cit. loco cit., p. 26.

(4) V. E. ORLANDO, *Introduzione* cit., loco cit., p. 63 s., 70 ss.

(5) « il merito scientifico della teoria del *RechtsStaat* sta... nell'avere intuito la necessità che la quistione del regolamento giuridico delle garenzie individuali verso l'azione dello Stato debba prescindere così dal controllo parlamentare che dall'esercizio della libertà politica, e proporsi e risolversi... esclusivamente nel campo del diritto »; « lo Stato giuridico si concepisce come quello in cui lo Stato impone a sè medesimo il freno

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Stato « giuridico », porta alla ridefinizione di tutto il diritto pubblico in una trama di rapporti giuridici, da intendere in senso tecnico come quelli costituiti da due o più soggetti portatori di loro propri interessi, e regolati da una normativa a loro stessi superiore, e capace perciò di imporre i suoi comandi. La normazione, pur posta dallo Stato stesso attraverso gli organi legislativi, viene supposta siccome distaccata e sovrapposta rispetto ai concreti rapporti che lo Stato attraverso altri suoi organi instaura con i diversi soggetti dell'ordinamento, per il perseguimento dei suoi fini concreti. Questi rapporti, in quanto rapporti giuridici in senso proprio, nei quali lo Stato stesso (l'Amministrazione) è *parte* (come poi sarà sottolineato da Cammeo) (*infra*), vengono ad essere regolati da una disciplina *generale*, comune per un verso a tutti i rapporti giuridici in senso proprio (siano pubblici che privati), la quale invero si trova già confezionata pressochè compiutamente nell'elaborazione pluriseco-lare della scienza romanistico-privatistica; e per altro verso, da una disciplina loro propria e a sua volta *generale* (nel suo ambito), che trova nella prima i suoi principi e fondamenti dogmatici (una formulazione così definita di questi concetti si troverà tuttavia solo in Cammeo) (*infra*).

In ordine a questo, peraltro notissimo approccio metodologico (del quale qui si parla dandone per conosciute le fondamentali premesse storiche e politologiche), è necessario evidenziare due questioni, non sempre chiare invero nel comune dibattito: che porrò in termini negativi.

A. L'invito alla « recezione » della dogmatica romanistico-privatistica, e perciò il richiamo al c.d. metodo giuridico, o romanistico-privatistico, così caratteristico in Orlando, ma dato quasi per scontato dai suoi successori, non costituisce affatto, in sè stesso, una rottura con la tradizione precedente; nella quale anzi, che il diritto privato fosse il diritto comune di tutti i rapporti giuridici, e anche di quelli tra cittadini e Amministrazione, nella parte in cui questi fossero ascrivibili a rapporti giuridici in senso proprio, era idea assolutamente diffusa (si veda De Gioannis, ma soprattutto Meucci:

---

di norme giuridiche capaci di contenere l'azione della pubblica autorità in maniera che siano riconosciuti e rispettati gli interessi legittimi dei sudditi » (V. E. ORLANDO, *Introduzione* cit., p. 37).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

subito *infra*). Solo che questi autori non si occupavano nelle loro opere, se non del tutto marginalmente, della disciplina giuridica di codesti rapporti. In buona sostanza, se ne disinteressavano; ovvero, non possedevano gli strumenti tecnici per affrontare una tale costruzione (6).

In tale prospettiva quindi, l'invito orlandiano è piuttosto un invito a coltivare un certo ambito di studi giuridici precedentemente trascurato, e attiene propriamente ad un mutamento di indirizzo nell'individuazione delle « problematiche » della scienza (per usare l'espressione poi introdotta da Giannini) (7), oltre che un mutamento nell'ambito degli studi coltivati dai pubblicisti: farsi essi più giuristi in senso proprio prima che descrittori generali del sistema politico (8).

B. Il medesimo invito e richiamo non significa affatto che si ritenesse doversi regolare i « rapporti di diritto amministrativo » secondo la dogmatica privatistica, di diritto comune (9). Orlando e i suoi successori (e Cammeo, come si vedrà, più degli altri) erano profondamente consapevoli della realtà di un sistema a diritto amministrativo (anche se questa qualificazione è emersa più tardi) quale quello che si andava formando in Italia, nel quale codesti rapporti erano regolati in modo differenziato rispetto al diritto

---

(6) La produzione dottrinale che essi avevano di fronte era quella degli autori francesi, segnatamente Macarel (*Cours d'administration et de droit administratif*, Paris 1857), Batbie (*Introduction générale au droit public et administratif*, Paris 1861), De Gerando (*Institutes du droit administratif francais*, Paris 1830), nelle cui opere si trovava piuttosto una vasta casistica legislativa e giurisprudenziale, che una costruzione di principi giuridici (sul punto cfr. M. S. GIANNINI, *Profili storici* cit., p. 218 ss.). Da qui, del resto la successiva reazione di Orlando e dei suoi seguaci, che al di là delle loro originali elaborazioni, attinsero com'è noto segnatamente alla dottrina tedesca (in tale opera di « recezione », con riguardo ai principi generali degli atti amministrativi, l'iniziatore fu piuttosto O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894, IV, 7, ma v. anche U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, ivi, 1900, IV, 369; e C. VITTA, *Nozione degli atti amministrativi e loro classificazione*, ivi 1906, IV, 183).

(7) M. S. GIANNINI, *Profili storici* cit., loco cit. (anche la *Postilla 1973*).

(8) V. E. ORLANDO, *Criteri tecnici*, cit.

(9) L'espressione « rapporti di diritto amministrativo » si introduce più tardi, ed è pienamente esplicitata in S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, e in F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo* (precisam. citati alle successive note 20) e 23].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comune, da un diritto diverso, e ordinato intorno a principi suoi propri, il diritto amministrativo appunto. Solo che nella costruzione di questo diverso diritto, essi ritenevano dovesse utilizzarsi *non* la dogmatica privatistica come tale, ma quella parte di essa applicabile a tutti i fatti della vita di relazione aventi rilevanza giuridica; in sostanza: la teoria generale del diritto (10). Anzi, sul punto si deve notare che la prospettazione, sufficientemente chiara per noi, dei « sistemi a diritto amministrativo » caratterizzati appunto dalla presenza di un diritto differenziato, anche nei principi, rispetto al diritto comune, proprio dei rapporti giuridici con l'Amministrazione, si affaccia con questi autori, mentre nei precedenti risulta ancora indistinta. Tuttavia, questa ulteriore prospettazione, intesa appunto alla costruzione del « sistema a diritto amministrativo », resta fuori dell'invito metodologico di Orlando, e in qualche maniera ne prescinde (11).

Insomma, sul metodo, l'invito di Orlando (che più che da lui verrà applicato dai tre Maestri che immediatamente lo seguirono) è da intendere con una valenza prettamente tecnica: ci si occupi di strutturare il sistema del diritto amministrativo dandogli una dogmatica sua propria, e in ciò si utilizzi la dogmatica privatistica nella parte ascrivibile alla teoria generale, e perciò comune a tutti i rapporti giuridici, pubblici o privati che siano.

1. 2. Meno chiara, più intricata e perplessa, la questione della sistematica; perchè qui invero, dai Maestri (intendo dire: dalle loro enunciazioni) ricaviamo poco, e quel poco molto contraddittorio. In verità, come notava Romano, mancava « una partizione comunemente adottata » (12). Come si sa, manca tuttora!

Sul punto, basta osservare il quadro che ne fa lo stesso Orlando

---

(10) Questa prospettiva acquista la massima evidenza solo nell'opera di Cammeo (v. *infra*).

(11) La vicenda della prospettazione del « sistema a diritto amministrativo » nella prima fase dell'elaborazione dottrinale, è descritta molto efficacemente da M. S. GIANNINI, *Profili storici*, cit. part. p. 222 ss., a proposito della formazione della scienza del diritto amministrativo in Francia. Il *problema* del diritto amministrativo come diritto differenziato (dove c'è e dove non c'è, e perchè c'è o non c'è) è affrontato nello stesso saggio, con profondità successivamente non superata.

(12) S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, cit., p. 32.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nella *Introduzione* al *Trattato di diritto amministrativo*. Egli si pone il problema della « definizione della scienza », e dopo una serie di critiche a precedenti impostazioni, sia di dottrina italiana (segnatamente, De Gioannis) sia di dottrina francese (segnatamente, Batbie) giunge alla sua « definizione » (che egli richiama al Romagnosi, ma soprattutto al Manna): « lo Stato considerato nel suo fine ci da il concetto di amministrazione... un'attività diretta al conseguimento di quel fine... in quanto questa attività dello Stato è regolata dal diritto... lo studio scientifico di esso costituisce l'obietto del diritto amministrativo » (13).

In sostanza, il sistema del diritto amministrativo viene ad articolarsi secondo i diversi *fini* dell'attività dello Stato (dove la stessa organizzazione, gli uffici e la disciplina dei rapporti con il personale, c.d. gerarchia, è un fine a sua volta: la vecchia idea del « movimento concentrativo » del Manna) (14). E nel *Trattato* effettivamente è seguita questa impostazione sistematica, com'è noto. Solo che essa, a ben vedere, porta all'eliminazione della trattazione di parte generale — la disciplina generale dei rapporti giuridici di diritto amministrativo — che, secondo quanto s'è appena accennato, rappresenta viceversa il naturale sbocco, o se si vuole, la vera ragione, e lo scopo, dell'impostazione metodologica orlandiana. Tant'è che il disegno sistematico per *fini dello Stato*, proprio del *Trattato*, non è seguito dallo stesso Orlando nei *Principii di diritto amministrativo* (subito *infra*), nè dalle altre maggiori trattazioni sistematiche della materia, nel periodo: nè da Romano (15), nè da Cammeo, nè da Presutti

---

(13) V. E. Orlando, *Introduzione al diritto amministrativo* cit., p. 63.

(14) G. Manna, *Partizioni teoretiche del diritto amministrativo* (precisam. cit. alla success. nota 31).

L'organizzazione si configura come il risultato del « concentramento » delle forze sociali che consente poi allo Stato (nel successivo e contrapposto « movimento diffusivo ») il perseguimento dei suoi fini di ordine e benessere. Sull'impostazione del Manna, v. le riflessioni di Orlando (*Introduzione* cit., p. 33 ss.); e precedentemente, di G. De Goannis Gianquinto, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, vol. 1., Firenze 1877, p. 31.

Di recente, sull'opera del Manna, v. G. Rebuffa, *La formazione del diritto amministrativo* cit., p. 33 ss; O. Abbamonte, *Potere pubblico e privata autonomia, Giovanni Manna e la scienza amministrativa nel Mezzogiorno*, Napoli 1991.

(15) Nota S. Romano, *Principi di diritto amministrativo* cit., p. 32 s. : « Secondo la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(subito *infra*). Tutti questi autori, come meglio si vedrà, pur seguendo criteri tra loro molto diversi, si pongono sempre l'obiettivo di disegnare la trama della disciplina generale (o degli istituti ad applicazione generale) dell'amministrazione intesa nel suo essere (come organizzazione) e nel suo agire, nei rapporti con gli amministrati, tralasciando viceversa (in queste opere sistematiche) lo studio dei diversi « fini dello Stato » (per dirla con Orlando), che in buona sostanza viene a coincidere con quello delle « parti speciali » della materia, secondo la terminologia oggi in uso.

Romano tenterà di raggruppare anche le « parti speciali » in alcune delle sue « Teorie », con mano felice invero, e ne è prova la successiva fortuna. Ma proprio l'impostazione sistematica seguita da Orlando nei suoi *Principii* (senza essere enunciata) — organizzazione, attività, giustizia — nella sua limpida semplicità, sarà destinata ad avere il maggior seguito (16).

E perciò, se vogliamo trovare, in punto di sistematica, un filo conduttore susseguente alla « svolta orlandiana », pur nella profonda diversità delle varie opere, esso si rivela, al di là delle scarse e contraddittorie enunciazioni, nel comune tentativo di disegnare, secondo un rigoroso e assai controllato ordine logico (che risalta rispetto all'impostazione disordinata, si direbbe alluvionale, delle opere precedenti), gli istituti concernenti la *disciplina generale* della materia. Il fatto che questi vengono raggruppati a loro volta secondo un ordine molto diverso nelle diverse opere (tra la sistematica di Romano e quella di Cammeo, opere vicine nel tempo e ascrivibili al medesimo indirizzo culturale, non vi è alcuna parentela!), è solo il segno che la materia (ma questo si potrebbe dire ancor oggi!) non ha trovato una sua sistemazione definita (priva com'era del resto, e com'è tuttora, di una disciplina legislativa generale): si ricordi

---

tendenza dominante, ogni partizione del diritto amministrativo corrisponderebbe ad un ramo dell'attività amministrativa, distinta e qualificata specialmente pel suo scopo: la pubblica beneficenza, la istruzione,... Ma la scienza del diritto amministrativo ha scopo non *descrittivo*, ma *costruttivo* di teorie giuridiche; donde la necessità di raggruppare gli istituti retti da propri e comuni principii, poco importando in qual campo di attività questi principi praticamente si applichino ».

(16) Si pensi ad esempio, alla nota impostazione di GIANNINI, a partire dalle mirabili *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950, sempre rimasto coerente al modello orlandiano.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

peraltro, che lo stesso richiamo potrebbe farsi in merito alla dottrina francese, tedesca, etc. (17).

2. *Le trattazioni sistematiche del diritto ammini strativo italiano, prima e dopo Orlando.*

In questo quadro metodologico e sistematico, nel quale può essere racchiusa una intera epoca scientifica, l'eta dei Maestri, per dirla con Benvenuti (che la fa chiudere simbolicamente al 1925) (18), il *Corso di diritto amministrativo* di Federico Cammeo (1914), si inscrive a pieno titolo; e in esso costituisce, sul versante della produzione manualistica, la presenza più significativa (quella cioè, nella quale le implicazioni metodologiche e sistematiche emerse con la « nuova scuo-

---

(17) Completo quadro della prima produzione trattatistica di questi sistemi, in M. S. GIANNINI, *Profili storici* cit., rispettiv. p. 218 ss., 226 ss.

(18) F. BENVENUTI, *Gli studi di diritto amministrativo*, in *Arch. ISAP*, I, 2 Milano 1962, 1239, simbolicamente fissa il periodo tra la data della prima edizione (1891) e quella dell'ultima (1925), dei *Principii di diritto amministrativo* di Orlando; date che a loro volta indicano svolte fondamentali dell'ordinamento positivo, com'è noto: sono del 1891 le prime decisioni della IV Sezione del Consiglio di Stato e la nascita in concreto della « giurisdizione ammininistrativa » (senza la quale il diritto amministrativo, come settore di normazione positiva differenziato, secondo il nostro concetto, non sarebbe neppure concepibile); e dopo il 1925 c'è la dittatura fascista e l'inizio della lunga evasione della nostra dottrina verso l'astrazione pura, il concettualismo (la cui fine, a sua volta, può essere simbolicamente datata al 1950, con le *Lezioni*, cit., di Giannini).

Sullo sviluppo della scienza del diritto amministrativo, oltre al saggio fondamentale di Giannini del 1940, e la sua voce *Diritto amministrativo*, cit.; nonchè S. CASSESE, *Cultura e politica* cit., v. U. BORSI, *Il primo secolo della letteratura giuridica amministrativa italiana*, in *Studi senesi*, 1914, 30°, 209, ricchissimo di riferimenti bibliografici; *Linee di svolgimento e caratteri della letteratura giuridica amministrativa italiana*, in *Riv. Dir. Pubbl.,* 1914, I, 497. V. E. ORLANDO, *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885*, cit., loco cit.; *Sviluppi storici del diritto amministrativo in Italia dal 1890 al 1950*, pubbl. come *Introduzione* ai *Principii di diritto amministrativo*, nell'edizione curata da S. Lessona (Firenze 1952). F. BENVENUTI, *Gli studi di diritto amministrativo*, cit.; *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *Atti Congr. Celebr. Leggi Amm. Unif.*, vol. 1., Milano s.d., ma 1965, e ivi part., *Excursus II*, p. 101 ss.. G. SALEMI, *Il diritto amministrativo italiano nell'ultimo cinquantennio*, in *Riv. Trim. Dir Pubbl.*, 1959, 237. E. GUSTAPANE, *I manuali di diritto amministrativo* (1928-1940), in *Materiali storia cultura giuridica*, XX, 1990, 447.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la », trovano la loro rappresentazione più limpida e più convinta, si direbbe la rappresentazione emblematica).

2.1. Per collocare il *Corso* di Cammeo nella giusta prospettiva scientifica, dobbiamo rapidamente esaminare la produzione manualistica della sua epoca, quella più significativa ovviamente, sia in ordine « al metodo e al sistema », sia in ordine al profilo oggettuale, alle problematiche come poi dirà Giannini, alla materia trattata.

La produzione direttamente attinente a questi fini, cioè quella nella quale l'opera di Cammeo propriamente si colloca, è evidentemente quella successiva ad Orlando, emanazione della « nuova scuola », che consapevolmente ne recepisce l'impostazione metodologica e sistematica, e anche, diremmo così, l'atmosfera culturale, i riferimenti dottrinali, l'ispirazione ideologica.

In questa produzione, nel periodo che consideriamo, dopo i *Principii* dello stesso Orlando, la cui prima edizione è del 1891 (19), si evidenziano quattro importanti opere: i *Principii* di Romano la cui prima edizione è del 1901 (20), le *Instituzioni* di Presutti, la cui prima edizione è del 1904-1905 (21), i *Principii* di Ranelletti del 1912, tuttavia incompiuti (22), e appunto, il *Corso* di Cammeo che è del 1914-1915 (23).

Queste opere, ispirate all'impostazione metodologica accennata

---

(19) V. E. Orlando, *Principi di diritto amministrativo*, cit.

(20) S. Romano, *Principi di diritto amministrativo*, Milano 1901, 2. ed. (notevolm. ampliata) 1906, 3. ed. 1912. Sull'opera del Romano v. la recensione di O. Ranelletti, in *Riv. It. Sc. Giur.* 1902, 98.

(21) E. Presutti, *Instituzioni di diritto amministrativo italiano*, *Parte generale*, Napoli 1904. Il 2. vol. contiene *L'ordinamento delle pubbliche amministrazioni in Italia* (Napoli 1905).

(22) O. Raneletti, *Principi di diritto amministrativo*, vol. I, Napoli 1912 (che contiene le dottrine propedeutiche: nozione della società, dello Stato e delle sue funzioni, del diritto e dei diritti soggettivi e rapporti giuridici). Del 2. vol. fu pubblicata una « prima puntata » dedicata alle fonti e all'interpretazione e applicazione del diritto amministrativo (di questo volumetto, pressochè introvabile, si veda la puntuale recensione di G. D'Alessio, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1915, I, 380).

(23) F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, ediz. litogr. in tre volumi, Padova 1914; una edizione a stampa, com'è noto, è stata pubblicata dall'Editore CEDAM nel 1960, a cura di G. Miele (da questa ediz., le citazioni). L'originaria ediz. litogr. è stata di recente ristampata (Padova 1992), con prefazione di M. S. Giannini.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(ma in maniera più episodica, e si direbbe meno convinta, nel Presutti) sono, come si sa, quelle fondanti la scienza italiana del diritto amministrativo quale successivamente si consoliderà trovando nel *Corso* di Zanobini (primo volume: *Parte generale*) la cui prima edizione è del 1936, la sua cristallizzazione si direbbe (24). Esse caratterizzano, appunto, *l'età dei Maestri*.

Ma nello stesso periodo, continuano ad essere presenti, godendo peraltro di grande fama (25), alcune opere che risalgono al periodo anteriore alla « svolta » di Orlando, successive tuttavia all'Unità, alcune ristampate, e aggiornate al nuovo diritto amministrativo nato con le leggi crispine (26). Tra esse, particolarmente si evidenziano, e furono ampiamente considerate dagli autori della « nuova scuola » (pur con qualche... sufficienza), il *Corso* di De Gioanni Gianquinto, in quattro tomi, del 1877-1881 (27), che era stato preceduto da un volume — prolusione del 1864 (28); e le *Instituzioni* di Meucci, la cui prima edizione in tre tomi, è del

---

(24) M. S. GIANNINI, *Vita e opere di Guido Zanobini*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1965, 3; *Diritto amministrativo*, voce cit.

(25) Cfr. V. E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 51 ss.

(26) La prima fase della costruzione positiva del nostro diritto amministrativo consta essenzialmente di due grandi opere legislative, quella del 1865 (l. 20.3.1865 n. 2248, e allegati), frutto della prima politica unitaria, intesa ad « assoggettare » alla legislazione piemontese gli ordinamenti degli altri ex Stati (ma per la parte concernente l'abolizione del « contenzioso amministrativo » e l'istituzione della giurisdizione unica, l. cit., all. e), l'opera legislativa fu del tutto innovativa rispetto al precedente ordinamento); e quella del 1888-1890, dovuta soprattutto all'iniziativa del Crispi, che introdusse, tra l'altro, com'è noto, un rimedio impugnatorio di carattere generale avverso gli atti amministrativi illegittimi da esperirsi davanti alla IV Sezione del Consiglio di Stato (l. 31.3.1889 n. 5992); dando luogo in tal modo, attraverso successivi aggiustamenti, alla nascita della giurisdizione amministrativa. Su questo processo, che resta del tutto sullo sfondo delle nostre osservazioni, v. per tutti V. E. ORLANDO, *Contenzioso amministrativo*, voce *Dig. It.*, vol 3., Torino 1897-1902; A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino 1904; F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrati va*, I, Milano s. d., part. p. 376 ss.

Delle « leggi crispine », v. di recente un esame, completo e approfondito, in *Le riforme crispine*, 4 voll., *Arch. ISAP*, nuova serie, Milano 1990.

(27) G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, vol 1., Firenze 1877, vol. 2., 1879, vol. 3. in due tomi, 1881.

(28) G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Prolusione accademica*, letta nella R. Università di Pavia il 23. 11. 1863, Pavia 1864.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1879-1885, e la quarta ed ultima in unico volume, è del 1905 (29). Ma anche i *Principii* del Persico, erede della tradizione napoletana, ebbero qualche fama (30).

Occorre rapidamente esaminare anche queste opere per comprendere appieno l'impostazione fortemente innovativa, rispetto ad esse, della « nuova scuola », e segnatamente del *Corso* di Cammeo.

Del periodo anteriore all'Unità sopravvisse, splendido e isolato, il *Corso* del Manna (31), teoria generale fiorita sull'ordinamento napoletano, da tutti gli autori successivi, e segnatamente da Orlando, considerata un archetipo, e il suo autore quasi un autore della « nuova scuola » *ante litteram* (32).

L'opera, veramente unica nella letteratura europea, fu ristampata in due volumi, nel 1876, con appendici e note « sullo stato attuale della legislazione » di G. Telesio (33); e per questa via, entrò anche nel circolo delle trattazioni di diritto amministrativo positivo dell'Italia unita.

---

(29) L. Meucci, *Instituzioni di diritto amministrativo*, 1. ed., vol. 1., Roma 1879, vol. 2. parte 1., Torino 1884, vol. 2. parte 2., Torino 1885. Del solo primo volume fu pubblicata una seconda edizione, Roma 1887. La quarta edizione, in volume unico e assai migliorata (Torino 1898) è quella da cui si prendono le citazioni. La quinta ed ultima edizione, ancora in volume unico, è del 1905.

(30) F. Persico, *Principii di diritto amministrativo*, 2. ed., voll. 2, Napoli 1875-1876.

La restante produzione manualistica dell'epoca è indubbiamente più modesta, anche per i più limitati obiettivi postisi dei diversi autori, e per l'esiguità delle loro opere. Su di essa, si veda comunque l'ampia rassegna di U. Borsi, *Il primo secolo della letteratura giuridica amministrativa italiana*, cit.; nonchè M. S. Giannini, *Profili storici* cit., p. 234 ss.; e anche, V. Brondi, *Gli inizi dell'insegnamento di diritto amministrativo in Piemonte*, in *Scritti Minori*, Torino 1934, 51.

(31) G. Manna, *Partizioni teoretiche del diritto amministrativo ossia Introduzione alla scienza ed alle leggi dell'Amministrazione pubblica*, 2. ed., Napoli 1860, precedentemente pubblicato (Napoli 1839) come primo volume del *Corso di diritto amministrativo* (così denominato nella prefazione all'edizione del 1860). Gli altri volumi del *Corso* (*Storia dell'Amministrazione napoletana da Ruggiero II al 1815*; *Sposizione delle leggi positive*) non sono stati ripubblicati e sono pressochè introvabili (v. però gli ottimi riferimenti di G. Rebuffa, *La formazione del diritto amministrativo* cit., p. 33 ss.). Sulla vicenda « editoriale » dell'opera del Manna, M. S. Giannini, *Profili storici* cit., p. 235.

(32) V. E. Orlando, *Introduzione al diritto amministrativo* cit., p. 64 ss.

(33) G. Manna, *Principii di diritto amministrativo*, con appendici e note sullo stato attuale della legislazione di G. Telesio, 2 voll., Napoli 1876.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il riferimento indispensabile per la valutazione delle opere del periodo post-orlandiano, è dato da quella produzione formatasi successivamente alla legge di unificazione amministrativa del 1865, fortemente influenzata dalla dottrina francese, la quale, rispetto alla produzione precedente, appare già impostata, almeno in parte, secondo una metodologia giuridica e interessata a problematiche giuridiche (34). Con questo voglio dire che una parte della problematica giuridica che siamo soliti ascrivere alla scienza del diritto amministrativo quale delineatasi dopo Orlando, si trova già presente in queste opere: solo che vi è presente in piccola parte, e sono presenti piuttosto alcune delle *problematiche* in luogo delle altre, segnatamente le problematiche dell'agire amministrativo attraverso moduli di diritto comune, come si direbbe oggi (e così, ad esempio, i beni e la responsabilità; ma ben poco gli atti e i rapporti); ed è peraltro, avvolta in una tale massa di riferimenti, considerazioni e divagazioni, di ordine storico e politico, filosofico e sociologico, da renderne a volte assai difficile fin'anche la decifrazione. Questo fenomeno è tuttavia assai meno evidente nell'opera di Meucci, che indubbiamente più delle altre si avvicina alla nuova impostazione (o comunque è la meno distante, anche se De Gioannis appare scrittore più vigoroso e convinto) (35).

In questa produzione emergono, come s'è accennato, le opere di De Gioannis e Meucci; e quella di Persico.

A. I *Principii di diritto amministrativo* di quest'ultimo autore, si aprono con un programma metodologico che esplicitamente afferma l'esigenza del continuo trascorrere dalle « istituzioni amministrative alle politiche e costituzionali ». Per lui è « concetto fondamentale di tenere lo Stato e le sue istituzioni per cosa viva, organica, che segue nelle forme diverse le leggi universali della vita »; e perciò si rivolge « alla storia per dimandarle la soluzione di alcuni problemi, che un dottrinarismo tanto agevole quanto arrisi-

(34) Si vedano le ampie *Prenozioni*, delle *Instituzioni* di Meucci (cit.), dove un vero e proprio « manifesto » dell'esposizione giuridica del sistema amministrativo, distinta da quella propria di scienze non giuridiche dell'amministrazione, sul motivo che poi sarà caro ad Orlando (nell'esposizione però, Meucci, come tutti questi autori, tende a divagare).

(35) M. S. GIANNINI, *Profili storici* cit. p. 237.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cato è incapace di risolvere » (il riferimento è al Rousseau, e rispettivamente, alla « scuola storica » alla quale egli intende aderire). « *Fisiologia della pubblica amministrazione* » è il titolo che avrebbe potuto dare al libro, dice egli stesso, se non fosse troppo ambizioso.

Il criterio della trattazione è rigorosamente organico. Lo Stato è persona, è un organismo vivente che si muove, agisce, attraverso i suoi organi; e quindi egli esamina anzitutto la « Gerarchia o l'organizzazione amministrativa ». « La persona pubblica così costituita e graduata in una gerarchia di poteri e di uffici con proprie attribuzioni » si serve di mezzi che servono al compimento dei suoi fini; e quindi Persico esamina la « Proprietà pubblica » o la « Finanza ». Questa « pubblica persona » agisce, per conseguire i suoi fini, che sono alla loro volta fini rispettivamente di ordine e di tutela del diritto; e di benessere e progresso sociale; e quindi Persico tratta delle « Tutele; cioè la milizia, la polizia e il contenzioso », e della « Amministrazione sociale, o il concorso dello Stato nella civiltà economica, intellettuale e morale » (36).

Come si vede, il quadro è completo e se si vuole, soddisfacente per l'epoca. Ma quando si legge il libro, si scopre che di giuridico non c'è quasi nulla, le modalità dell'azione amministrativa, in quali casi si svolgono *jure* e perchè, quali rimedi sono riservati al cittadino, etc. (37).

B. Vastissima trattazione quella di G. De Gioannis Gianquinto, e ricchissima di riferimenti culturali (come nella celebre *Prolusione accademica* all'Università di Pavia, ricca di oltre trecento pagine di note bibliografiche principalmente con oggetto storico-politico). Il libro è molto vigoroso, profondamente sentito. L'autore aderisce senza riserve al liberalismo, è molto preso dall'influenza dei sistemi anglo-americani e combatte i privilegi e le guarentigie che nei sistemi amministrativi continentali circondano l'Amministrazione. Si veda ad esempio, la critica alla c.d. « Guarentigia amministrativa dei pubblici funzionari » (la citazione in giudizio dei quali era sottoposta ad autorizzazione) e il ricordo di Tocqueville che non riusciva a fare

(36) F. Persico, *Principii di diritto amministrativo*, cit.

(37) Cenni nel 2° vol., al capo « sul contenzioso amministrativo », p. 238 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intendere agli americani il sistema della « guarentigia » (essi non lo credevano e lo deridevano!) (38).

L'andamento dell'opera è complesso e farraginoso. Dopo un lungo *Proemio* (di oltre 150 pagine « Cause che corrompono e viziano il diritto pubblico e amministrativo di uno Stato ») nel quale c'è un pò di tutto (e così ad esempio, c'è un discorso generale, una sorta di « prolegomeni alla scienza dell'amministrazione »: i bisogni fondamentali dei diversi popoli, rapportati alla loro storia, ciò che deve fare l'amministrazione, sottolineandone i limiti, ciò che non deve fare, non ingerirsi etc., con richiamo continuo alla « natura delle cose »; e poi, ampi ragguagli circa il rapporto tra politica e amministrazione ed esigenza della loro separazione, con ampi richiami al Manna; circa decentramento e accentramento, con l'esame dei sistemi del governo locale degli altri Paesi, e così via), segue un breve *Prospetto ragionato del corso*, che contiene in sintesi tutta la materia trattata; e infine il *Corso* vero e proprio (come *Dottrina propedeutica* o *Prolegomeno del Diritto Pubblico Amministrativo*), che a sua volta si articola in tre parti. Le *Materie amministrative* (noi diremmo le funzioni o i compiti), distinte in quelle « di stretta e diretta conservazione » (polizia, forze armate, giustizia, finanze) e in quelle « di immediato e diretto progresso e perfezionamento sociale » (pubblica istruzione, industria, lavori e opere pubbliche), di circa 700 pagine; le *Persone dell'ordine amministrativo* (organismo dell'amministrazione centrale, organismo dell'amministrazione locale), di circa 620 pagine; *Azione e giurisdizione amministrativa* (azione, contenzioso, conflitti) di circa 115 pagg., dove solo qualche cenno agli atti dell'amministrazione (39). Seguono poi cinque capi dedicati a problematiche generali: Attinenze dell'Amministrazione coi diversi Pubblici Poteri dello Stato; Legge suprema di tutto il Diritto Amministrativo; etc. .

L'ispirazione di De Gioannis è molto ambiziosa. Egli vuole afferrare tutto l'*obietto* che ritiene proprio della scienza (« gli interessi generali, i bisogni collettivi della politica società, che si attengono all'ordine della civil convivenza »); ma si trova in bilico tra lo scrivere « un libro di diritto positivo e vigente » (« e avrei lavorato

(38) G. De Gioannis Gianquinto, *Corso*, cit. p. CXXVI.

(39) *Op. ult. cit.*, p. 115 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

punto per la scienza ideale dei principi... sarei stato un misero legulejo in Amministrazione »), ovvero « un libro di puri principii razionali » (« e punto avrei giovato alle pratiche utilità della vita... sarei stato un nebuloso idealista platonizzante in diritto amministrativo ») (40). Oltre tutto, egli era sconfortato dallo « spettacolo di instabilità della nostrana legislazione amministrativa, addiventata quasi una tela di Penelope, che muta e rimuta gli ordinamenti e gli instituti » (che avrebbe detto oggi!). E perciò si ispira a un sistema misto: « Alla teoria vigente delle leggi scritte passo passo associai la dottrina scienziale dei principi: e però mi avvisai costrurre un trattato sistematico, che comprendesse l'irreale e il reale, la speculazione e l'azione, la ragione e la legge, la filosofia e l'autorità del diritto » (41).

Nel « prospetto ragionato », De Gioannis fissa con molta precisione ed acutezza l'oggetto proprio del diritto amministrativo (l'impostazione di De Gioannis sarà molto valorizzata da Orlando, e più recentemente da Giannini) (42): « nel ciclo della *esecuzione delle leggi* ci si presenta in prima il concetto di un potere, che cominciando dalla promulgazione della legge, e appresso con ordinanze e decreti provvede in generale a mettere in eseguimento la legge, e da l'impulso agli agenti a lui subordinati, i quali parzialmente provvedono in tutto il territorio dello Stato, dal centro alla periferia, al mantenimento dell'ordine pubblico, e al soddisfacimento di tutti i bisogni ed interessi collettivi della società. Questo è il *potere amministrativo* nel suo più ampio significato » (43).

Nell'« organismo della Costituzione Politica », *l'ordine amministrativo* si trova collocato nel ciclo del *Potere esecutivo in quanto per via di azione* (e non « per via di decisione e di costringimento », secondo il concetto del potere giudiziario) « *provvede all'eseguimento delle leggi e al servizio dei pubblici interessi* » (44).

C. Più arido ma più attento alle problematiche giuridiche,

---

(40) *Op. ult. cit.*, p. CXLVI.

(41) *Op. ult. cit.*, loco cit.

(42) Cfr. V. E. Orlando, *Introduzione al diritto amminsitrativo* cit., p. 55 ss. M. S. Giannini *Profili storici* cit., p. 236 ss.

(43) G. D Gioannis Gianuqinto, *Corso* cit., p. 7.

(44) *Op. ult. cit.*, p. 8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

meno dispersivo, il trattato di Meucci, nelle sue *Instituzioni di diritto amministrativo*.

La definizione del Meucci secondo il quale « l'amministrazione non è altro se non l'azione dello Stato per raggiungere gli scopi di pubblica utilità, o più semplicemente, la cura degli interessi pubblici. Il diritto regolatore di questa azione è il *Diritto Amministrativo* » (45) — è invero molto simile a quella di Orlando, della quale s'è detto, anche se poi se ne allontana con il riferimento alle « norme regolatrici degli istituti sociali e degli atti del potere esecutivo per l'effettuazione degli scopi di pubblica utilità » (46) come quelle delle quali consta il diritto amministrativo.

La distinzione tra diritto amministrativo e diritto civile è molto tenue secondo Meucci. « Non essendo esso (il diritto amministrativo) che una grande applicazione ai rapporti della vita pubblica, in molti punti è parte, in altri è svolgimento, in pochissimi modificazione del diritto civile inteso largamente e a modo romano » (47); laddove il diritto amministrativo è visto come l'insieme di rapporti tra lo Stato e gli individui (piuttosto che come regola dell'amministrazione), « lo Stato medesimo nello svolgere l'azione sua verso lo scopo si incontra nelle collaterali ed eguali libertà dell'individuo » (48). Il diritto amministrativo invero pare a Meucci come una specie del diritto civile. « Questi rapporti non sono che applicazioni della grande idea giuridica, del diritto comune, e non si differenziano nella sostanza dal diritto civile, anzi sono parte del diritto *civile* prettamente e largamente inteso, nè si distinguono dallo stesso diritto privato pe' loro fondamenti, ma nella loro applicazione, nella specialità delle contingenze materiali e nella occasione in cui questa applicazione si fa, tranne una menoma parte di regole eccezionali che risolvono casi di vero conflitto in grazia della persona pubblica e che possono dirsi in certo senso costituire lo *jus singulare* o *statutario* dell'amministrazione ».

Sul metodo e sulle partizioni, Meucci esamina i principali sistemi di partizione della materia (e ne elenca cinque differenti) e si

(45) L. MEUCCI, *Instituzioni di diritto amministrativo* cit., p. 2.
(46) *Op. ult. cit.*, p. 3.
(47) *Op. ult. cit.*, p. 7.
(48) *Op. ult. cit.*, p. 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sofferma particolarmente su quello che denomina « misto », attribuendolo al De Gioannis (49). Egli ritiene che bisogna distinguere, come già accennato, il diritto amministrativo *come regola dell'amministrazione* (e qui « predomina il concetto utilitario dello scopo ») e il diritto amministrativo come *rapporti tra l'amministrazione e i privati* (qui « prevale il concetto di libertà e di proprietà »). In conseguenza, egli distingue una *parte generale* divisa in 4 sezioni (principi e fondamenti; parte soggettiva del diritto; parte oggettiva del diritto, « obietti aventi ragione di mezzi » e « obietti aventi ragione di fine », « fini di conservazione » e « fini di perfezionamento »; forme amministrative); e *una parte speciale* (amministrazione centrale e amministrazione locale).

Sui contenuti bisogna notare quanto prima si accennava, che nell'opera di Meucci, pure indubbiamente la più « giuridica » di quelle preorlandiane, la trattazione della parte generale dell'azione amministrativa è pressochè assente. Basti pensare che nel capo X, intitolato « Degli atti amministrativi », vi è solo qualche cenno agli.. atti amministrativi, con alcune distinzioni e qualche considerazione circa l'efficacia. Per il resto detto capo tratta dei... diritti (e degli usi) civici (50)! Una esigua trattazione della disciplina generale degli atti amministrativi c'è nella sezione IV posta alla fine del libro (alla fine del III tomo nella prima edizione) di sole 16 pagg., intitolata alle « Forme del diritto amministrativo », ed è espressamente ispirata al piccolo capitolo del Manna su « Rito e procedimento amministrativo », dove anche cenni al regime delle invalidità (51).

2.2. Il trascorrere dalle opere appena menzionate a quelle degli autori post-orlandiani ci porta in una atmosfera molto diversa. E c'è da stupire invero, sol che si pensi che cinque anni *grosso modo*

---

(49) *Op. ult. cit.*, p. 22 ss.

(50) *Op. ult. cit.*, p. 146 ss.

(51) G. Manna, *Partizioni teoretiche* cit. Si veda, intorno all'opera di Meucci, l'acuta riflessione di M. S. Giannini (*Profili storici* cit., p. 239): « quest'opera, che oggi a noi appare disorganica, come tutte quelle di questo periodo, rivelava che la nostra scienza era giunta a un punto morto, perchè con i criteri che essa usava non si poteva realmente andare più oltre di dove essa era giunta, per cui era necessario un colpo di spugna, che ne permettesse un rinnovamento dal profondo, cioè dal nudo e grezzo materiale delle leggi » (riferendosi ovviamente al « rinnovamento » dell'Orlando).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

distanziano le *Instituzioni* di Meucci da i *Principii* di Orlando. Il salto generazionale, rimarchevole nell'età (Orlando è del 1860, Raneletti del 1868, Cammeo del 1872, Romano del 1875; De Gioannis è del 1821, Meucci del 1835) ma non nelle opere (si sa che i Maestri furono precocissimi), diventa un abisso quando si guarda al metodo, al sistema, alle problematiche, alla maturità culturale e allo stile.

A. I *Principii* di diritto amministrativo di Orlando, dopo le consuete riflessioni di carattere metodologico e sistematico (circa la « Scienza del diritto amministrativo » come scienza giuridica), si svolgono in otto libri, le cui tematiche sono raggruppate in tre parti.

Anzitutto vi è una ampia trattazione della « organizzazione dell'amministrazione » (libro II) distinta nella trattazione, rispettivamente de « gli uffici dell'amministrazione centrale (i cui primi capitoli, dedicati all'organizzazione in generale, contengono brevi cenni agli istituti generali della teoria dell'organizzazione: nozione di ufficio, di gerarchia, etc.); de « la teoria dei rapporti tra gli impiegati e lo Stato » (libro III) che tratta del pubblico impiego; della « amministrazione locale » (libro IV), che con le sue cento pagine è la parte più sviluppata dei *Principii*.

Due libri, il VI e il VII, sono dedicati alla *attività dell'amministrazione*, distinta nella « attività giuridica » e nella « attività sociale »: vengono descritte le principali manifestazioni di attività amministrativa raggruppate nei due distinti settori dell'attività giuridica e dell'attività sociale (e così, i poteri di polizia e l'espropriazione per pubblica utilità, sotto l'attività giuridica; l'amministrazione sanitaria, quella monetaria, quella culturale, etc., sotto l'attività sociale). La trattazione dell'uno e dell'altro settore di attività amministrativa, è preceduta da alcune pagine dedicate all'attività, rispettivamente « giuridica » e « sociale », in generale. Ma si tratta, circa la prima, di una sorta di teoria generale degli ordini; circa la seconda, di una riflessione generale (storico-politica) sulla c.d. *ingerenza* statale nella vita economica e sociale.

Il libro VII è dedicato a quella che noi chiamiamo giustizia amministrativa (« La difesa giurisdizionale contro l'azione amministrativa ») per la prima volta affrontata in modo moderno (la giurisidizione è giurisdizione, e l'aggettivo indica soltanto la « materia speciale cui la giurisdizione si applica »).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I *Principii* di Orlando sono veramente mirabili per vigore e asciuttezza di stile, per precisione nella individuazione dei concetti, per mancanza di divagazioni ed evasioni di sorta (« mi sono lasciato guidare dalla aspirazione verso la maggiore precisione e rigore di concetti che sia possibile »); e in essi, più ancora forse che nelle opere successive, si scorge quel « salto » rispetto alle trattazioni precedenti cui accennavo, e che lascia davvero stupiti (52).

B. Molto più ampia la trattazione del Romano, nei *Principii di diritto amministrativo*. Romano invero, come è noto, si pone (e in larga misura realizza) un obiettivo molto ambizioso, quello di esporre l'intero diritto amministrativo positivo (e non solo la sua *parte generale*), ordinato in nove « *Teorie* ». Le prime tre, « che, se fosse utile, potrebbero anche dirsi generali », rispettivamente dedicate ai « rapporti di diritto amministrativo », alla « organizzazione amministrativa », alla « protezione giuridica verso le pubbliche amministrazioni », che *grosso modo* ricalcano le partizioni di Orlando (salva una posposizione della organizzazione rispetto ai rapporti) (53); e le altre, contenenti « trattazione particolare dell'attività amministrativa », ordinate « prendendo di mira la natura giuridica dei rapporti cui (l'attività amministrativa) dà luogo »: e così, limitazioni amministrative all'attività privata, prestazioni agli enti amministrativi, proprietà pubblica, regime amministrativo della proprietà privata, rapporti di diritto privato degli enti pubblici.

Questo schema, com'è noto, è stato poi in larga misura seguito da tutti i « trattatisti » da Zanobini a Sandulli. Mentre la c.d. *parte generale* è rimasta successivamente incardinata nella ripartizione: organizzazione, attività (rapporti), tutela, già delineata, come s'è visto, da Orlando, e fissata nella prima parte dei *Principii* di Romano.

C. Le *Istituzioni* di Presutti (*Parte generale* del 1904), molto

---

(52) « Nel 1891... questi " Principii" furono veramente frutto di uno sforzo gigantesco: la politezza della struttura, l'armoniosità delle membrature, l'agilità delle giunture — segni questi tutti del genio giuridico — rendevano forse poco visibile al profano la grandezza dello sforzo » (M. S. GIANNINI, *Recensione* a V. E. ORLANDO *Principi di diritto amministrativo*, ediz. a cura di S. Lessona, Firenze 1950, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1953, 147).

(53) S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo* cit., p. 32 ss. Su questo punto della impostazione sistematica di Romano (che poi si ritroverà in Zanobini) v. la critica di O. RANELLETTI, recens. *cit., loco cit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diverse invero dalla edizione più nota del 1917 (che qui non si prende in considerazione) (54), dopo una lunga trattazione introduttiva (gruppo sociale, funzioni dello Stato, fonti, scienze pubblicistiche), comprende: « gli organi dello Stato » (dove l'assetto complessivo dell'organizzazione pubblica, organi ed enti pubblici, nonchè gli istituti giuridici della organizzazione, vigilanza, gerarchia, etc.; le manifestazioni di volontà e la loro validità); « i diritti subbiettivi scaturenti dal diritto pubblico obbiettivo » (situazioni soggettive ed atti giuridici); « i servizii pubblici amministrativi e l'attività giuridica necessaria al loro espletamento » (servizi pubblici, beni pubblici, limiti alla proprietà e alla libertà individuale, prestazioni dovute dai singoli, pubblici servizi di cui i cittadini usufruiscono *uti singuli*, istituti di diritto privato); « la responsabilità degli organi dello Stato »; « la giustizia amministrativa ».

Nell'opera di Presutti la trattazione della *parte generale* della disciplina è ampiamente presente anche e segnatamente per quanto concerne la disciplina stessa dell'azione amministrativa. Si nota, più ancora che in Cammeo (subito *infra*) in ordine al regime dell'invalidità e dei vizi degli atti, una certa disarticolazione tra la disciplina generale, che è enucleata sulla falsariga del codice, e i vizi tipici di cui all'art. 22 (oggi, 26), t.u. Cons. St. Nell'opera di Presutti non vi è traccia dei vizi tipici degli atti amministrativi nella trattazione generale dell'invalidità degli atti stessi (Cap. II, parg. 14); e se ne parla a proposito della competenza della IV Sezione, dove i vizi della volontà vengono richiamati come causa di eccesso di potere (55). Questo è sintomatico di una impostazione propria della dottrina di questo periodo, che in Presutti appare più accentuata che negli altri.

D. Il *Corso di diritto amministrativo* di F. Cammeo, affronta, per la prima volta in maniera pienamente consapevole nella dottrina italiana, come già s'è accennato, il problema della costruzione di una *parte generale* del diritto amministrativo. Sulla parte generale del diritto civile, com'è noto, Cammeo si era pochi anni prima ampiamente affaticato, traducendo il testo del *Crome* (56).

---

(54) E. Presutti, *Instituzioni di diritto amministrativo* I, nuova ediz., Roma 1917.

(55) *Op. ult. cit.*, p. 549 ss.

(56) C. Crome, *Parte generale del diritto privato francese moderno*, traduz. con note di A. Ascoli e F. Cammeo, Milano 1906.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il problema, come tutti i grandi e veri problemi della scienza giuridica, è di carattere eminemente pratico (e questa prospettiva pratica è sempre presente, in maniera quasi ossessiva, nelle pagine di Cammeo): dare una regola a tutta la vasta categoria di rapporti amministrativi, che nel diritto positivo trovano soltanto regole specifiche e frammentarie con le quali è pressochè impossibile operare, anche col più ampio uso dell'analogia.

E Cammeo con grande lucidità avverte: « qualunque sia la partizione che si vuole adottare (quella strettamente giuridica adottata... (dal Romano, che) studia... i singoli istituti e i tipici rapporti giuridici del diritto amministrativo » ovvero quella tratta da « nozioni di scienza dell'amministrazione » ordinata « secondo gli scopi che lo Stato si propone esponendo l'ordinamento giuridico in relazione a ciascuno scopo », (partizione questa. come s'è detto, adottata nel *Trattato* di Orlando) « occorre sempre premettere una parte generale, in cui si espongono i principi giuridici fondamentali del diritto amministrativo. Questa parte generale... è oggetto del mio *Corso* » (57). Ed indica i contenuti della parte generale « secondo il sistema seguito nel diritto privato, tenendo conto delle analogie e delle differenze ». Elenca sei temi, che poi si traducono in altrettanti titoli del *Corso*. Come è noto: *a*) delle fonti del diritto; *b*) dei rapporti giuridici e dei diritti soggettivi; *c*) dei subietti dei diritti; *d*) dell'obietto dei diritti; *e*) della nascita, estinzione e modificazione dei rapporti giuridici; *f*) dell'esercizio e delle tutela dei diritti.

3. *La costruzione della disciplina generale dei « rapporti di diritto amministrativo » e l'opera di Cammeo.*

3.1. Se si guarda al panorama della produzione dottrinaria di fine secolo, il problema della disciplina generale dell'attività amministrativa di diritto pubblico (i « rapporti di diritto amministrati-

---

Sulla questione della formazione di una « parte generale » del diritto (segnatamente, del diritto civile), v. di recente le riflessioni e i riferimenti di P. CAPPELLINI, *Systema juris*, voll. 2, Milano 1984-85; nonchè *Sulla formazione del moderno concetto di « Dottrina generale del diritto »*, in *Quaderni fiorentini*, X (1981), 323. G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, 1. vol., *Dalle origini alla scuola storica*, Torino 1968.

(57) F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 72.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vo ») non viene affrontato, almeno, in maniera approfondita e consapevole. Non solo nella produzione c.d. preorlandiana; ma anche in Orlando; con diversità di accenti, in Romano.

In Orlando manca totalmente la trattazione della disciplina generale dei rapporti amministrativi. In questo il famoso manuale non si distacca dai precedenti.

Diversamente, in Romano. Invero nella prima delle sue *Teorie*, quella dedicata, appunto, ai « rapporti di diritto amministrativo », che corrisponde *grosso modo* al titolo II (rapporti giuridici e diritto subbiettivo) e al titolo V (nascita, estinzione e modificazione dei rapporti giuridici amministrativi) del *Corso* di Cammeo (subito *infra*), Romano, pur non svolgendo (data anche la limitatezza quantitativa della trattazione: solo 10 pagine) una vera e propria, e completa, teoria generale degli atti dell'amministrazione a mò di quella di Cammeo, tuttavia non sembra differenziarsi, nel metodo e nelle soluzioni, da Cammeo. Del resto, i *Principii* di Romano costituiscono, come è noto, il più immediato punto di riferimento del *Corso* di Cammeo, come più volte quest'ultimo sottolinea.

Il pensiero di Romano, invero, è altrettanto interessato alla dogmatica privatistica. Sul punto chiave, quello concernente i principi circa la validità degli atti amministrativi, « l'applicazione analogica dei principi che si riferiscono ai negozi di diritto privato sembra (a Romano) che sia la regola, specie per quanto si riferisce ai requisiti della volontà che dà vita a tali atti ». Sui « negozi di diritto pubblico » (dichiarazioni di volontà che abbiano per effetto « la nascita, la modificazione o l'estinzione di un diritto ») nota Romano che « sono rilevanti le loro analogie con i negozi di diritto privato, dai quali tuttavia differiscono profondamente, in quanto sono manifestazioni di una volontà superiore » (58). Osserviamo tra parentesi che questa notazione almeno così evidente, in Cammeo non si trova; tuttavia, notazione similare è portata da Cammeo per escludere la figura del contratto in diritto pubblico (59).

3.2. Per Cammeo, il diritto amministrativo è la disciplina dei rapporti nei quali lo Stato, le persone giuridiche pubbliche, sono

(58) S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, cit., p. 54, 59.
(59) F. CAMMEO, *Corso*, cit., p. 526 ss.; 530 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parti, sia pure dotate di una posizione del tutto particolare, e differenziata (sopraordinata) rispetto alle altre; ma pur sempre *parti*, « *subbietti di rapporti giuridici creati o da creare* ». « Gli atti amministrativi sono gli atti giuridici posti in essere dall'Amministrazione come parte in un rapporto giuridico sorto o da sorgere ». « Gli atti legislativi e quelli giurisdizionali non sono compiuti da loro (dalle persone giuridiche pubbliche) come *subbietti di rapporti giuridici creati o da creare* » (gli atti legislativi, « posti in essere da loro come organi emanatori del diritto obiettivo, cioè per disciplinare i rapporti giuridici, non per crearli o attuarli in dipendenza e in ossequio al diritto obiettivo »; gli atti giurisdizionali, « posti in essere per accertare se altri atti preesistenti delle persone giuridiche o dei cittadini sono, o no, conformi al diritto obiettivo, cioè nell'esercizio di una funzione, che presuppone già l'attività delle persone giuridiche pubbliche come subbietti di rapporti »). Invece gli atti amministrativi « sono proprio compiuti (dalle persone giuridiche pubbliche) *come gli atti giuridici dei privati in diritto privato*, nell'ambito del diritto obiettivo e sotto il controllo della funzione giurisdizionale, quindi come espressione della loro attività di subbietti di rapporti » (60).

Cammeo è molto sensibile alla questione della distinzione tra rapporti regolati dal diritto amministrativo ovvero dal diritto privato. E il suo approccio qui ancora una volta, è eminentemente pratico. Il problema centrale è quello di stabilire se « dato un rapporto della vita sociale che deve essere regolato dal diritto, e che eventualmente risulta in parte da esso regolato, in tutto o nella parte non regolata espressamente deve essere disciplinato dal diritto pubblico o privato » (61). Ad esempio, a fronte di un rapporto di impiego, posto che alcune delle conseguenze del rapporto, ad es., nomina, stipendi, etc., sono disciplinate da norme giuridiche, ma non è regolata la durata del rapporto stesso; se lo Stato licenzia l'impiegato, si pone il problema di stabilire « se il rapporto (è) di diritto pubblico o privato per sapere se valgono i principi sulla cessazione e risoluzione del contratto di locazione d'opera e di mandato » (il rapporto può essere sciolto dal committente con un

(60) *Op. ult. cit.*, p. 10 ss.; 546 ss.
(61) *Op. ult. cit.*, p. 47, 50 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avviso e l'autorità giudiziaria può sindacare se vi è stato un inadempimento da parte dell'impiegato tale da giustificare la risoluzione del rapporto) « oppure, se per analogia si applichino altre leggi o principi generali o consuetudini esistenti per diritto pubblico, se quindi si possa determinare una diversa durata del vincolo, se i motivi che disciplinano il licenziamento siano sindacabili ». Ecco, in tali casi, « il decidere se il rapporto è pubblico o privato serve a decidere se l'uno o l'altro principio va applicato » (62).

Invero, i due diritti secondo Cammeo, ed è qui la chiave di tutta la sua impostazione, *hanno un campo comune*. « Tutto ciò che attiene al meccanismo fondamentale del diritto, come regola di condotta imposta a due subbietti subordinati dalla volontà superiore dello Stato e accompagnata da sanzione, non si presenta nei due diritti in modo radicalmente disforme. I concetti di diritto obiettivo, di sua fonte, di diritto subbiettivo, di obbligo... sono, con lievi differenze e con qualche restrizione nel campo del diritto pubblico, comuni ai due diritti. E v'ha di più. Questi istituti comuni, disciplinati in occasione del diritto privato e nelle leggi relative, sono elaborati nella dottrina di questo, perchè è il primo diritto giunto a perfezione. Tuttavia per il fatto che, in tema di diritto pubblico e in difetto di norme speciali di esso che questi istituti disciplinino, si deve andarne a ricercare l'ordinamento nel diritto privato, sarebbe errore pensare che si passi dall'uno diritto all'altro: *si utilizzano soltanto istituti comuni*, ricercandoli dove già sono regolati » (63).

Si noti come qui troviamo l'evidenziazione più chiara dei principi metodologici indicati da Orlando, e sopra ricordati.

Ma quali sono i rapporti della vita sociale rispettivamente regolati dall'uno e dell'altro diritto? La questione è analoga, avverte Cammeo, a quella che si presenta nell'ambito del diritto privato, per distinguere i rapporti regolati dal diritto civile da quelli regolati dal diritto commerciale. A questo proposito Cammeo indica due criteri. Anzitutto la volontà del legislatore, quando essa è rintracciabile. Ma molto spesso non è rintracciabile, e per ciò occorre un ulteriore

(62) *Op. ult. cit.*, p. 47.
(63) *Op. ult. cit.*, p. 49.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

criterio, occorre « cercare una nozione *obiettiva*, desunta dal carattere intrinseco del rapporto » (64).

A tale proposito, l'elemento puramente soggettivo, dato dal fatto che i rapporti pubblici « intercedono fra i singoli e lo Stato », non basta, perchè tra questi ve ne sono alcuni sicuramente di diritto privato. Occorre dunque un ulteriore criterio, che Cammeo, in una mirabile pagina, indica nei termini seguenti (65).

Il diritto privato « riflette rapporti fra singoli, cioè fra individui considerati come subbietti, che per la società hanno *valore uguale*: è il diritto dell'*eguaglianza* sociale dei subbietti e dei loro interessi ». Mentre il diritto pubblico « riflette rapporti che intercedono fra subbietti di *valore sociale* ben diverso: lo Stato e gli enti pubblici, che debbono prevalere, perchè rappresentano *l'interesse collettivo* », cui necessariamente l'interesse individuale è subordinato. Da qui, secondo Cammeo, « due conseguenze. La prima è che il diritto pubblico è il diritto comune, ordinario per i rapporti fra individuo e Stato, come quello che risponde alla natura dei subbietti e dei rapporti; il diritto privato non può apparire come regolatore di quei rapporti se non in via eccezionale, il che può formularsi così: *i rapporti fra individui e Stato debbono presumersi regolati dal diritto pubblico, se non v'è espressa o chiara ragione in contrario*. In secondo luogo questa ragione chiara non può darsi se non in quanto l'Amministrazione si presenti, in un dato rapporto di fronte al cittadino nelle stesse condizioni sociali di *eguaglianza* in cui i cittadini stanno tra loro sotto l'impero del diritto privato ». È problema di interpretazione stabilire quando ciò si verifica. Ma secondo Cammeo, « soltanto la materia patrimoniale può, anche fra Stato e cittadino, essere regolata dal diritto privato, ma nella materia patrimoniale quei soli rapporti economici che si svolgono in regime di eguaglianza, libertà e concorrenza, rispondono al concetto informatore del diritto privato e, non facendo prevalere in modo alcuno l'interesse collettivo, non escludono la necessità di applicare norme di diritto pubblico » (66).

---

(64) *Op. ult. cit.*, p. 50.
(65) *Op. ult. cit.*, p. 51.
(66) *Op. ult. cit.*, p. 52.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3.3. Tutta la materia dell'attività amministrativa è inquadrata da Cammeo nell'ambito di rapporti giuridici. « Come sono rapporti giuridici, in diritto privato, la filiazione, il matrimonio, il contratto in genere o un dato contratto, la successione..., così sono rapporti di diritto amministrativo, la cittadinanza, il pubblico ufficio elettivo, il pubblico impiego, la concessione, l'autorizzazione, etc. ».

I rapporti giuridici di diritto amministrativo, dal punto di vista dei soggetti, sono caratterizzati non solo da ciò, che uno dei soggetti è sempre lo Stato-amministrazione, ma anche dal fatto che in essi si rinvengono molteplicità di soggetti interessati (« in diritto amministrativo la molteplicità di interessati, diretti o indiretti, in un rapporto giuridico è un fenomeno infinitamente più frequente, quasi costante se non essenziale poichè la pubblica amministrazione agisce per l'interesse pubblico, e però i rapporti con essa si riflettono a numerosi individui »): che possono avere un interesse di fatto (qualora l'ordinamento giuridico non accorda loro alcuna tutela) ovvero un interesse di diritto, che può essere a sua volta diritto subbiettivo o interesse legittimo (67).

Si noti la modernità di questa impostazione, il concetto della pluralità delle parti nel procedimento, in differenziata posizione: che l'ordinamento positivo solo di recente ha definitivamente recepito, con la legge generale sul procedimento amministrativo (n. 241/90).

Sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, la trattazione di Cammeo appare assai avanzata, anche nella sua impostazione « dissacrante » (pensando a quelle posizioni dottrinali che confondono una mera contingenza del nostro ordinamento positivo, con una questione di rilevanza teorico-generale e dogmatica). Invero l'interesse legittimo non è che è un diritto in termini di teoria generale: « diritto » è per Cammeo, evidentemente, la posizione soggettiva tutelata dall'ordinamento (la dottrina della pluralità delle situazioni soggettive — da noi: Pugliatti, Nicolò — non era ancora emersa).

Nel nostro ordinamento, il diritto soggettivo deve essere distinto dall'interesse, semplicemente per il fatto contingente che ne è differenziata la tutela. Cammeo avverte e sottolinea che « se una

(67) *Op. ult. cit.*, p. 303 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pretesa e situazione giuridica viene ad essere definita *diritto subbiettivo* in generale e in teoria, non è detto perciò che sia un diritto per il nostro ordinamento positivo, ai fini ed agli effetti della legge sul cont. amm.; in altre parole occorre tenere presente che la nozione teorica del *diritto subbiettivo* è più ampia di quella accolta dalla nomencaltura del nostro ordinamento positivo che riserva il nome di diritti a quelli dei cittadini muniti di azione giudiziaria, e, pur riconoscendo altri diritti subbiettivi li designa con diversa denominazione e li tutela dinnanzi ad organi giurisdizionali diversi o con forme diverse dall'azione »: insomma, gli interessi legittimi (68).

Sulla distinzione tra le due figure, ai fini dell'applicazione della normativa sul riparto delle giurisdizioni, Cammeo teorizza, in contrappunto dialettico con la giurisprudenza, quella posizione, seguita pur con moltissime oscillazioni, dalla giurisprudenza dei primi decenni, che Giannini poi avrà a denominare « del modo della separazione » (69). In sostanza, è la posizione che disconosce, e che tuttavia non conosce, l'astrusa teoria della « degradazione », comparsa successivamente in giurisprudenza (70). E perciò il diritto, anche se imperativamente estinto o limitato, ad es., in esito a un procedimento ablatorio, rimane tutelato come diritto, ai sensi della l. cont. amm., sempre che ovviamente la violazione lamentata riguardi il mancato rispetto da parte dell'Amministrazione de « i limiti della sua attività discrezionale ». (È viceversa pacifico, secondo Cammeo, come secondo la giurisprudenza, che non possa dedursi come violazione di diritto soggettivo uno stato viziato dell'atto amministrativo ascrivibile all'ambito dell'eccesso di potere) (71).

Momento centrale dell'argomentazione di Cammeo sul punto, è la critica, dura e serrata, della distinzione fra atti di impero e atti di gestione, quale seguita ripetutamente dalla giurisprudenza, come

---

(68) *Op. ult. cit.*, p. 306 ss.

(69) M. S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1963, 522; 1964, 12, 217; part., 1963, 536 ss.; M. S. Giannini e A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, voce *Enc. Dir.*, vol. 19., Milano 1970.

(70) L'emergere in giurisprudenza di questa nozione negli anni immediatamente successivi al periodo di cui ci stiamo occupando, ho cercato di mostrare nel piccolo saggio *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, Pescara 1979.

(71) F. Cammeo, *Corso*, cit., p. 309 ss., 318 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quella intorno alla quale discriminare il riparto delle giurisdizioni: essa contrasta in maniera palese con la lettera e con tutta l'impostazione della l. cont. amm.. Cammeo sul punto è chiarissimo, e nelle sue parole si può forse leggere la più limpida evidenziazione dei principi della legge del 1865 (con tutte le ambiguità e i limiti di codesti principi): « l'art. 2 dice che l'azione è concessa quando c'è un diritto, anche se sono intervenuti *atti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa*: ora *il potere esecutivo* è l'espressione del più alto diritto di sovranità dello stato nel campo dell'amministrazione, ossia gli atti relativi sono i più tipici degli *atti di impero*, dunque è la legge stessa che testualmente accorda azione contro tali atti » (72).

E la tutela del diritto resta ferma anche a fronte delle « facoltà discrezionali » dell'Amministrazione (purchè, come accennato, si tratti della deduzione di una violazione dei limiti posti dalla legge all'esercizio delle facoltà stesse, e non dell'esercizio viziato della discrezionalità): tuttavia, con alcune distinzioni, a seconda che si tratti di atti intesi a « imporre un sacrificio al cittadino », ovvero a concedergli un vantaggio (nel secondo caso in genere non si pone questione di diritti) (73).

Quanto agli interessi legittimi, Cammeo com'è noto, distingue gli « interessi occasionalmente protetti » dagli « interessi al rispetto dei limiti delle facoltà discrezionali »: che a loro volta si distinguono dai diritti a seconda del grado di protezione che l'interesse sostanziale del soggetto ha dall'ordinamento: ad es., secondo Cammeo, l'interesse a conservare una concessione sul pubblico demanio non è un diritto, mentre tale è l'interesse del proprietario a conservare la proprietà a fronte del potere amministrativo di espropriazione (74).

3.4. Esaminiamo il titolo V del *Corso* di Cammeo (*Nascita, estinzione, e modificazione dei rapporti giuridici amministrativi*). Qui egli tenta esplicitamente una teoria generale dei rapporti giuridici di diritto amministrativo; « materia... difficile da esporsi. Manca una completa elaborazione di concetti nella teoria generale del diritto »,

(72) *Op. ult. cit.*, p. 52 ss., p. 347.
(73) *Op. ult. cit.*, p. 350 ss.
(74) *Op. ult. cit.*, p. 357 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

se ne tratta « soltanto nella parte generale del diritto privato », ma « occorre modificare non poche nozioni o applicazioni per trasportarle nel campo del diritto amministrativo »: « un tentativo, od un saggio, di costruzione giuridica, delle cui imperfezioni » egli è « il primo ad essere convinto » (75). Le sue principali (e dichiarate) fonti sono Manigk e Kormann, e in diritto italiano segnatamente Romano (76).

E infatti, tutto il titolo V è un saggio di teoria generale del diritto applicata al diritto amministrativo, esposto secondo questo metodo: di ogni istituto Cammeo mette a punto la teoria generale (espone la produzione dominante, specie in dottrina tedesca, corredata dalle sue osservazioni critiche) che è tratta dal diritto privato o dal diritto processuale; espone poi la normazione positiva civilistica (o processualistica), e infine affronta il problema della sua applicabilità ai rapporti di diritto amministrativo, dei quali sempre con grande attenzione vengono poste in rilievo le specificità.

Così ad es., l'acquisto dei diritti per regola è derivato, nella dinamica privatistica, ma in diritto amministrativo la regola è l'opposta, chè i diritti pubblici si acquistano quasi sempre a titolo originario (sia dal lato dell'Amministrazione, proprietà della cosa espropriata, proprietà del demanio, etc.; sia dal lato dei diritti dei cittadini, diritti di libertà, diritti civici, etc.). La dottrina dei fatti e degli atti giuridici che viene ampiamente esposta in teoria generale, non impedisce a Cammeo di disegnare (trattandone per la prima volta *ex professo*) il ruolo centrale che in diritto amministrativo (nella produzione degli effetti concernenti rapporti amministrativi) gioca il fatto complesso che si snoda nella nozione di procedimento amministrativo (che in Cammeo, com'è noto, trova il suo primo teorico) (77).

---

(75) *Op. ult. cit.*, p. 489.

(76) K. Korman, *System der rechtsgeschaeftlichen Staatsakte*, Berlin 1910 (Neudruck, Scientia Verlag Aalen, 1962). Nella dottrina italiana, Cammeo considera anche con attenzione l'opera di G. Pacinotti, *Saggio di studii sui negozi giuridici di diritto pubblico*, in *Arch. Giur.,* 71., 1903, 185, del resto molto vicina nell'impostazione metodologica (v. anche il cenno di M. S. Giannini, *Profili storici* cit., p. 247).

(77) F. Cammeo, *Corso*, cit., p. 499 ss., 557 ss.

Com'è noto, l'elaborazione teorica del concetto di procedimento è parecchio più tarda, dal saggio di Forti (*« Atto » e « procedimento » amministrativo*, in *Riv. Dir. Pubbl.,*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La parte centrale più caratterizzante di tutto il *Corso* (circa centro pagine del titolo V) è dedicata alla *teoria degli atti amministrativi*.

Che cos'è l'atto amministrativo per Cammeo, s'è detto. Punto fondamentale della definizione che regge tutta la successiva trattazione, è l'iscrizione dell'atto *in un rapporto giuridico sorto o da sorgere* (nel quale, appunto, l'Amministrazione è *parte*). Il concetto viene poi esattamente fissato, nei termini della c.d. teoria formale sostanziale, con importanti puntualizzazioni di aspetti molto delicati, e perplessi: e così ad es., la natura degli atti dei concessionari dei servizi pubblici, la natura dei c.d. atti materiali, etc. (78).

Gli atti amministrativi leciti, tra i quali emergono gli atti negoziali (distinti dagli atti giuridici in senso stretto) vengono analizzati in tutti gli aspetti della loro struttura, nelle loro classificazioni (qui domina l'ispirazione di Kormann), nella tipologia dei loro effetti (e proprio sulla tipologia degli effetti viene articolata la classificazione degli atti e segnatamente di quelli negoziali) (79).

Importante è la distinzione, pressochè nuova nella nostra dottrina (ma ben evidenziata da Kormann) tra atti positivi e atti negativi, e la costruzione di questa seconda categoria, ancora oggi molto oscura, alla quale Cammeo dà un apporto fondamentale: la rilevanza dell'atto negativo in sè, « come atto illecito di fronte al cittadino cui si rivolge »; la produzione di effetti impliciti da parte dell'atto negativo in sè, con acuti esempi (il diniego di licenziare un impiegato finito il periodo di prova implica rinunzia alla facoltà di licenziare); e così via (80).

La parte centrale della trattazione di Cammeo sugli atti amministrativi, qui veramente « pandettista » nel miglior senso, è quella dedicata rispettivamente, agli *elementi* strutturali degli atti, e alle loro *invalidità*.

1930, I, 349, che riconosce a Cammeo, *Corso*, loco cit., di aver tracciato della nozione, « con mano maestra lo schema di una possibile futura trattazione analitica »: *loco cit.* p. 361) a quello di Miele (*Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Fo. It.*, 1933, III, 375) sino al volume di Sandulli (*Il procedimento amministrativo*, Milano 1940).

(78) F. Cammeo, *Corso*, cit., p. 548 ss., 553 ss.

(79) *Op. ult. cit.*, p. 560 ss.

(80) *Op. ult. cit.*, part. p. 568 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Gli « elementi », avverte Cammeo in apertura, costituiscono « gli estremi della validità degli atti amministrativi »: capacità giuridica; capacità d'agire (per le persone giuridiche si evidenzia il fenomeno della « rappresentanza legale » in capo ai « loro organi » cioè « alle persone fisiche designate a formare e dichiarare la loro volontà ») (qui la trattazione è decisamente superata); volontà, la cui formazione essendo in diritto amministrativo « costituita da un procedimento importa anche la pubblicità della formazione stessa, e ne conseguono diversi effetti specifici (influenza dei motivi, eccesso di potere, etc.) » (81).

I vizi della volontà sono trattati secondo lo schema del codice: la violenza, il dolo e l'errore. Di ogni figura Cammeo adatta l'applicazione al diritto amministrativo. E così ad es., l'errore invalidante in diritto privato ha una sfera limitata ed « esclude sempre l'errore c.d. sui motivi, ossia su quei motivi che non risultano dal contenuto del negozio ». Invece, in diritto amministrativo, « ogni errore può essere influente, anche quello sui motivi perchè questi sono apprendibili: basta appunto che essi possono desumersi dall'atto o dal procedimento della sua formazione ». Mentre il dolo, che in diritto privato, « dove il campo del vizio d'errore è limitato », opera più estesamente, in diritto amministrativo « è per lo più irrilevante: l'errore vizia l'atto (anche l'errore sui motivi) sia o no il prodotto di un artifizio ». Sulla causa (rispondenza dell'atto all'interesse pubblico specifico: causa tipica) la trattazione è più ripiegata all'interno del diritto amministrativo. La causa è l'elemento centrale degli atti discrezionali, e alla sua mancanza o falsità o illiceità vengono ricondotte le più ricorrenti ipotesi di eccesso di potere (subito *infra*).

Sugli elementi accidentali (condizioni, termini, modi) la trattazione di Cammeo torna ad essere contrappuntata tra il diritto privato e il diritto amministrativo: in diritto privato le autolimitazioni della volontà sono per regola ammissibili (salvi gli *actus legitimi*), in diritto pubblico « sembra imperare il principio inverso:... ammissibili per eccezione, quando vengano consentiti espressamente dalla natura dell'atto »; e quelle inammissibili producono

(81) *Op. ult. cit.*, p. 570 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sull'atto conseguenze invalidanti o meno secondo l'applicazione analogica delle regole di diritto privato (82).

L'efficacia è affrontata più sommariamente: chiarissimo il concetto di *perfezione* (gli elementi essenziali dell'atto sono venuti ad esistenza) a fronte di quello di *validità* (che « dipende, oltre che dalla esistenza di tutti gli atti, dichiarazioni e fatti necessari (nel procedimento), anche dalla rispondenza di ciascuno di essi alla legge ») (83).

L'invalidità degli atti amministrativi è trattata da Cammeo anzitutto sotto il profilo della teoria generale. Qui è da sottolineare la critica ferma dell'autore alla dominante tendenza ad estendere l'invalidità (c.d. virtuale; quella c.d. testuale è « caso... raro in diritto amministrativo ») ad ogni violazione di legge. Sul punto, nonostante la lettera di alcuni celebri testi di legge (art. 5, l. cont. amm.; art. 22, oggi 26, t.u. Cons. St.), « per considerazioni razionali », secondo Cammeo, « deve ritenersi fermo che la invalidità virtuale non può aversi se la legge non sia violata in relazione ad elementi essenziali dell'atto », da intendersi a loro volta « con qualche rigore limitativo ». Altrimenti, si sarebbe costretti « a ravvisare l'invalidità in un numero eccessivo di casi con danno privato e pubblico » (84).

Poi tratta della invalidità, come egli stesso afferma, « secondo la legge », cioè attraverso l'esame delle categorie contemplate dalla norma positiva fondamentale in materia (art. 22, oggi art. 26, t. u. Cons. St.). Qui si nota quella discrasia, tipica di tutta la nostra prima dottrina, e che abbiamo notato accentuatamente in Presutti, tra l'esame dei « vizi della volontà » secondo la disciplina del codice (la cui presenza in diritto amministrativo dà luogo ad ipotesi di eccesso di potere) e l'esame dei vizi tipici di cui all'art. 22 (26) t.u. Cons. St.

L'eccesso di potere è per Cammeo, come si sa, « il vizio degli atti amministrativi che consiste nell'errore essenziale o nel difetto, falsità e illeicità della causa degli atti stessi per mancanza di qualunque pubblico interesse che sorregga l'atto ». Un tale vizio (segnatamente per ciò che attiene all'« errore nei motivi di un atto discrezionale » e al « difetto di causa per difetto di pubblico interesse ») implica entro certi limiti, secondo Cammeo, « un sindacato di

(82) *Op. ult. cit.*, p. 586 ss.
(83) *Op. ult. cit.*, p. 588.
(84) *Op. ult. cit.*, p. 597.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

merito: nel senso che non si può arrivare alle conclusioni che l'errore è essenziale o che l'atto non risponde al pubblico interesse, se non attraverso un'indagine sommaria delle considerazioni che in tali casi avrebbero dovuto determinare un buon amministratore ». E per ciò, il sindacato di eccesso di potere è precluso all'autorità giudiziaria (85).

Circa le specie di invalidità lo schema proprio del « diritto privato e procedurale », dal quale ciò non di meno Cammeo, come di consueto, ritiene che « bisogna prendere le mosse », « non si adatta alle invalidità di diritto amministrativo, anche per l'influenza di molti elementi procedurali sul modo di far valere le invalidità stesse ». E in conseguenza, viene posto attentamente accento sulle differenziazioni, segnatamente dal punto di vista procedurale. Le invalidità « sono tutte opponibili da entrambe le parti (amministrazione e cittadini) » nell'ambito di un determinato rapporto, « senza riguardo a ricercare se esse sono di interesse dell'una o dell'altra. In questo senso si assomigliano tutte alle nullità assolute » (86).

Sul versante del cittadino, l'unico mezzo per far valere l'invalidità è quello dell'azione o ricorso (principale; salvi i rari casi in cui si può opporre resistenza passiva). Sul versante dell'Amministrazione, operano gli strumenti che poi si sono denominati di « autotutela decisoria » (la tematica era ancora ad uno stadio rudimentale di elaborazione); Cammeo ne tratta diffusamente nel titolo VI del *Corso*.

3.5. Con la trattazione dell'invalidità, Cammeo esaurisce la tematica degli atti *leciti* e passa a trattare degli atti *illeciti*, e quindi della responsabilità dell'Amministrazione (« per i fatti illeciti dei suoi funzionari »). La trattazione della responsabilita (alla quale vengono premesse alcune pagine sulla c.d. responsabilità per fatti leciti, tema evidentemente connesso, « poichè se esiste responsabilità per fatti leciti, *a fortiori* deve esistere per gli illeciti ») (87) è una

(85) *Op. ult. cit.*, p. 603.

(86) *Op. ult. cit.*, p. 608.

(87) La posizione di Cammeo sulla responsabilità, molto simile a quella di Romano (*Principii* cit., p. 61 ss.), si contrappone a quella delle dottrine negatrici, il cui più limpido esponente è G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, vol. 1., Firenze 1880.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle parti più interessanti del *Corso*, e assai significativa del metodo di Cammeo inteso a costruire il sistema del diritto amministrativo, come sistema differenziato rispetto al diritto comune, limitatamente agli istituti nei quali la differenziazione risulta necessaria. Ecco, la responsabilità è proprio uno di quegli istituti nei quali la differenziazione non trova alcun fondamento: essa è invero istituto di diritto comune.

La responsabilità dell'Amministrazione per fatti illeciti è infatti ricondotta da Cammeo, senza esitazione, al diritto comune, nonostante la gran parte della giurisprudenza contraria, e una serie di dottrine già affermatesi sia da noi che negli ordinamenti vicini, intese a negare una responsabilità dello Stato per i fatti illeciti dei suoi funzionari (si pensi del resto, all'*arret Blanco*, considerato il capostipite del diritto amministrativo francese, che negava appunto, com'è noto, la responsabilità dello Stato per un fatto sicuramente dannoso prodotto dal funzionario) (88).

A tal fine Cammeo confuta le due dottrine allora correnti, intese in sostanza a teorizzare l'irresponsabilità dell'Amministrazione per fatti illeciti. Segnatamente l'indagine di Cammeo è intesa a combattere la teoria (allora, ma ancora per molto tempo, com'è noto, prevalentemente seguita in giurisprudlenza) della irresponsabilità dell'Amministrazione per danni prodotti a seguito dell'emanazione di atti c.d. di impero. Essa è inammissibile secondo Cammeo, « perchè non si possono distinguere gli atti illeciti in atti di gestione e di impero », nè può essere sostenuta l'idea di una irresponsabilità dell'Amministrazione « nei rapporti di diritto pubblico », a differenza che in quelli di diritto privato. È ben vero, che per questi ultimi, cui si applica la disciplina codicistica, « vi sono norme espresse che stabiliscono la responsabilità, mentre in diritto pubblico non vi sono; ma esistono principi generali sufficienti ». Quali? Sul punto, il ragionamento di Cammeo, qui veramente giurista liberale che guarda ai principi primi dello Stato giuridico, si intesse di un argomento deduttivo (anche nei rapporti di diritto pubblico, « l'Amministrazione è persona giuridica... (e perciò) deve essere subbietto di doveri coercibili in caso di violazione, ancorchè questa

(88) Le limitazioni alla responsabilità amministrativa caratterizzano il c.d. régime administratif (per tutti, M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 7. ed., Paris 1911).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

produce danni irreparabili specificamente... e i cittadini sono subbietti di diritto... (e debbono) ottenere in ogni caso la rimozione delle lesioni che siano loro inferte »); e da una serie di argomenti induttivi: « dalla realtà dei fatti e delle esigenze sociali », nonchè da fondamentali disposizioni del nostro diritto positivo, che impediscono di considerare gli atti illeciti siccome imputabili, ai fini della responsabilità per danni, ai soli funzionari agenti (89).

Il principio generale è quello del codice, quello del *neminem laedere* « con le sole modificazioni richieste necessariamente dal pubblico interesse e da altri principi di diritto pubblico ». E qui, un'affermazione tipica di Cammeo: « La responsabilità è un istituto generale del diritto: non è più propria di quello privato che di quello pubblico; è un modo di sanzione necessario dovunque ci sono norme di diritto obiettivo, diritto subiettivo, conseguenze irreparabili di una lesione. Perciò può trasportarsi, senza scrupolo, dal campo privato, dove essa è formulata perchè il diritto privato è più evoluto, nel campo pubblico, quando al diritto relativo si vuol dare compiuto svolgimento e piena sanzione, siccome è richiesto dalle odierne esigenze pratiche e dottrinali » (90).

Resta soltanto l'esigenza di adattare i principi in tema di responsabilità alle particolarità dei rapporti di diritto pubblico, ciò che si evidenzia a proposito dei requisiti della illegittimità e della colpa. Su questi requisiti occorre soffermarsi brevemente (ma la trattazione di Cammeo, sul punto particolarmente estesa, affronta tutta la tematica della responsabilità, nei suoi requisiti oggettivi e soggettivi).

Circa l'illegittimità del fatto dannoso, l'accertamento della stessa, da risolversi caso per caso con riferimento a determinate norme giuridiche e alla loro violazione, quando si tratti di atti amministrativi segue le regole della competenza giurisdizionale; e perciò, se c'è violazione di interessi legittimi, essa deve essere accertata dal giudice amministrativo: qui Cammeo è piuttosto evasivo ma sembra si riferisca ai casi di violazione di interessi legittimi che trovano il loro presupposto in un diritto soggettivo (così ad es.,

(89) F. Cammeo, *Op. ult. cit.*, p. 622.
(90) *Op. ult. cit.*, p. 623.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la proprietà violata da un provvedimento espropriativo illegittimo) (91).

Ma al di là dell'illegittimità del fatto, nella sua obiettività, occorre l'imputabilità dello stesso a un soggetto, per regola generale: il requisito soggettivo della responsabilità. Il fatto illegittimo, come « causa obiettiva di danno deve essere volontario ». Sul punto le regole del diritto privato circa l'imputabilità non vengono in questione in diritto amministrativo, sempre che il funzionario agisca come organo dell'ente. E così anche per quanto concerne il requisito della colpa, il cui accertamento in concreto in molti casi « implicherebbe un giudizio sull'opportunità o equità dell'atto », sull'« aver bene o male amministrato »: e perciò « un giudizio di discrezionalità tecnica; e questo è del tutto interdetto all'autorità giudiziaria » (92). Di qui, per Cammeo, data l'inammissibilità della soluzione opposta (pur seguita in giurisprudenza) che porterebbe alla irresponsabilità dell'Amministrazione per atti di impero, la conseguenza che la responsabilità stessa vada collegata esclusivamente alla illegittimità dell'atto « *indipendentemente da ogni ricerca ulteriore* se un buon amministratore lo avrebbe o no compiuto ». E perciò, la responsabilità dell'Amministrazione, « che viene ad essere ristretta rispetto a quella di diritto civile, in grazia dei larghi poteri discrezionali ed insindacabili di cui gli enti pubblici sono dotati, viene d'altro canto ad essere lievemente ampliata, sempre in confronto del diritto civile, perchè l'amministrazione risponde del fatto suo (cioè del suo funzionario), illegittimo ancorchè non colposo ». In sostanza la colpa non rileva (93).

3.6. I brevi richiami che precedono si sono concentrati sulla parte del *Corso* di Cammeo, concernente la costruzione della teoria generale degli atti e dei rapporti amministrativi. Le altre parti del *Corso*, tutte di estremo interesse (come del resto è ben noto) si situano nelle relative vicende di elaborazione concettuale con minore originalità, anche (e segnatamente) rispetto alla stessa produzione monografica di Cammeo. E così, la parte dedicata ai beni (Tit.

(91) *Op. ult. cit.*, p. 633.
(92) *Op. ult. cit.*, p. 639.
(93) *Op. ult. cit.*, ibidem.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

IV, *Gli oggetti dei rapporti giuridici*, Libro II, *Le cose*), che si segnala anch'essa per la collocazione della teoria dei beni pubblici nell'ambito della teoria generale delle cose e dei beni giuridici, trova il suo immediato riscontro nella fondamentale voce dello stesso Cammeo, del 1897 (94). La parte dedicata alla giustizia amministrativa (Tit. VI, *Esercizio, violazione e tutela dei diritti*, che comprende la trattazione della c.d. autotutela, Libro II, Cap. II) si situa nella vastissima (e notissima) produzione di Cammeo, nella quale, accanto al *Commentario*, spiccano le numerose e fondamentali « Note ». E così via.

E rispetto agli altri manuali e corsi, anteriori e posteriori a Cammeo, queste parti del *Corso* si evidenziano con minore peculiarità.

4. *Conclusioni.*

Infine, due notazioni.

Perché Cammeo non abbia mai stampato il *Corso*, lasciandolo nella originaria edizione litografata, dimessa e anche di difficile lettura, resta un mistero. In molte parti, si scorge invero una forma non definita, « provvisoria », in certi punti troppo « tagliata », in altri troppo prolissa; a volte uno squilibrio nelle annotazioni; ma si tratta di difetti che Cammeo avrebbe potuto sanare con un lavoro di pochi giorni. D'altra parte, il *Corso* fu un'opera molto diffusa, da tutti considerata e citata, sulla quale si prepararono generazioni di studenti, di professionisti, ecc. E allora, perché non stamparla?

Forse, Cammeo non amava troppo fare libri! Amava rincorrere l'esperienza, nella sua molteplice varietà, nelle sue novità, dare ad esse sistemazione e nitore. Lo stesso *Commentario* restò incompiuto. (Giannini dirà poi che la causa sarebbe stato ... Chiovenda, a fronte delle cui teorie Cammeo non sarebbe riuscito a spiegare la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi!) (95).

La ragione è semplicemente da imputarsi al carattere di Cammeo, ai suoi gusti di operatore e di studioso?

Seconda notazione. Nella successiva produzione trattatistica,

---

(94) F. Cammeo, *Demanio*, voce *Dig. it.*, IX, I, Torino 1887-1898.

(95) M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, I, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che influenza ha avuto il *Corso* di Cammeo, in quanto a metodologia e a sistematica?

Su questo punto la risposta è molto delicata; e richiederebbe un ulteriore studio sulle trattazioni di diritto amministrativo, successive a Cammeo, sino ai nostri giorni.

Si direbbe che l'impostazione del *Corso*, la si trova poco nella produzione successiva. Ma la più importante e diffusa sistemazione trattatistica del diritto amministrativo italiano, nel periodo intermedio, quella di Zanobini, riecheggia molto Cammeo, e in fondo ne segue l'impostazione, pur con accenti assai diversi (96). Lo schema di Zanobini, nel suo primo volume dedicato alla « parte generale », è ancora quello di Cammeo, quello della tradizione pandentistica. E così ancora, quella dei limpidi *Principi* di Miele, purtroppo rimasti incompiuti (97).

Tuttavia le trattazioni della dottrina successiva, intese alla ricerca, che appare invero un po' forzata ed esagerata, di uno statuto proprio dell'azione amministrativa di diritto pubblico, del tutto differenziato dagli schemi del diritto comune, ad essi in qualche modo estraneo, certamente sono molto lontane dall'impostazione di Cammeo.

Ma lasciano insoddisfatto il giurista del momento attuale, che sta assistendo a un recupero consistente della dimensione « di diritto comune » dell'azione amministrativa; sia per l'estendersi del c.d. amministrare per accordi (Giannini), come modulo alternativo all'amministrare per provvedimenti, secondo il diritto pubblico; sia perché molti elementi della stessa azione amministrativa provvedimentale restano privi di spiegazione o privi di disciplina, se non rapportati alla teoria generale degli atti giuridici. Si pensi al riemergere recente della categoria della nullità degli atti amministrativi (98) che sembrava abbandonata; all'abbandono delle costruzioni dell'efficacia degli atti amministrativi in termini di « imperatività » e al

---

(96) G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Parte generale, 3ª ed., Milano 1942.

(97) G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, 1ª ed., Pisa 1945.

(98) Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 5.3.1992 n. 5; 29.2.1992 n. 1, 2, in *Foro it.*, 1992, III, 435.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

recupero della dimensione dell'efficacia giuridica come categoria generale (99). E così via.

Insomma la ricerca di uno statuto giuridico dell'azione amministrativa costruito sulla teoria generale degli atti giuridici (nel che si è ritenuto di identificare il *proprium* dell'opera di Cammeo) sembra tornare in primo piano nelle attenzioni della giurisprudenza e della dottrina. E perciò la vecchia impostazione di Cammeo, tornare alla moda.

(99) V. per tutti G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano 1969.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

DUCCIO M. TRAINA

LA COLLABORAZIONE ULTRAQUARANTENNALE ALLA GIURISPRUDENZA ITALIANA

1. La collaborazione di Cammeo alla *Giurisprudenza Italiana* costituisce un esempio, se non irripetibile, senz'altro raro e significativo di fedeltà « editoriale », intesa questa non solo nel senso di duraturo sodalizio con la stessa rivista torinese, ma anche di coerenza e continuità scientifica, che condussero l'Autore ad esaminare, con impegno davvero inesauribile, uno spaccato molto ampio del dibattito giuridico, non solo giuspubblicistico, di quasi mezzo secolo. E ciò senza mai scendere al livello del mero cronista-annotatore di casi pratici o dell'asfittico segnalatore di novità giurisprudenziali, ma anzi portando sovente i suoi studi « al di là dello steccato delle esigenze tecniche e professionali » (1) che costituiscono usualmente il terreno elettivo delle riviste destinate ai « pratici » o, come oggi si usa dire con orribile terminologia, agli « operatori del diritto ».

I dati quantitativi di questa collaborazione sono stati giustamente definiti « impressionanti » (2): alle 173 note a sentenza, pub-

---

(1) Riprendo la formula usata interrogativamente da P. Grossi, *Chiarimenti preliminari*, in *« La 'cultura' delle riviste giuridiche italiane », Per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 13, Milano 1984, 13, con riferimento alla impostazione editoriale delle riviste italiane di diritto positivo.

Occorre peraltro ricordare che a cavallo del secolo il numero dei libri di diritto pubblico che si pubblicavano era scarso (una media di tre all'anno fra il 1880 e il 1910), e che i grandi maestri scrivevano moltissimo sulle riviste: v. M.S. Giannini, *Introduzione ai lavori*, in *La 'cultura' delle riviste giuridiche italiane*, cit., 22.

(2) B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano 1986, 381 nt. 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blicate in un arco di tempo che va dal 1892 al 1938 (3), e alle quali è dedicato il presente lavoro, vanno aggiunti 11 articoli di ampio respiro, vere piccole monografie (4) comparse in parte IV fra il 1895 e il 1922. Delle note a sentenza, 38 sono sottoscritte con le sole iniziali, ma non tutte hanno carattere di mero inquadramento o di richiamo; non meno di 16, invece, raggiungono la dignità di veri articoli. Delle altre, nessuna può dirsi insignificante, anche se avente ad oggetto questioni particolarissime come ad es. (cito spigolando qua e là) l'iscrizione all'albo dei procuratori dei vice cancellieri di Tribunale (5), o i diritti di usciere per l'esecuzione di sentenze concernenti le contravvenzioni ai regolamenti comunali (6).

Per tale ampiezza di contributi la *Giurisprudenza Italiana* è stata esattamente definita la « prima cattedra » (7) dalla quale l'Autore (milanese per natali, ma per cultura e residenza) toscano ha potuto incessantemente seguire con « zelo infaticabile » lo sviluppo della giurisprudenza, « scegliendo le decisioni, formulando le massime e le note di confronti e richiami » e così trovando i « germi » e tracciando i « primi sviluppi » dei suoi più approfonditi « studi dottrinali » (8).

Ed infatti nella rivista torinese si trovano rispecchiate tutte le tappe della carriera accademica di Cammeo: delle note a sentenza, 8 sono dedicate a temi di procedura civile, 4 a questioni oggi definibili di diritto tributario; 4 a problematiche di diritto civile; 2 ad argomenti di diritto ecclesiastico, 3 a temi di diritto costituzionale o di diritto pubblico generale; 76 a questioni di diritto amministrativo

---

(3) Le note a sentenza sono state pubblicate, rispettivamente, 22 in parte I, 2 in parte II, 148 in parte III e 1, essendo giunta tardivamente in redazione, in parte IV.

Un loro elenco, peraltro incompleto, sino al gennaio 1931 è stato pubblicato in occasione del « quarantennio di collaborazione », in *Giur. it*. 1932, 35 segg..

(4) Secondo U. Forti, *Federico Cammeo (compiendosi il trentennio del suo insegnamento)*, in *Riv. dir. pubbl*, 1933, 304, « basterebbero due o tre scritti minori per mole (quello, ad es., già ricordato sull'azione del cittadino, o quello sull'interpretazione autentica o quello sulla prescrizione in diritto amministrativo) per assicurar la fama ad uno scrittore ».

(5) *Giur. it.*, 1896, I, 1, 171.

(6) *Giur. it.* 1910, I, 2, 57.

(7) L. Mortara, *In onore del Prof. Federico Cammeo - un quarantennio di collaborazione*, in *Giur. it*. 1932, IV, 33.

(8) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sostanziale; altrettante a tematiche di giustizia amministrativa (le più di diritto amministrativo processuale).

Gli articoli in parte IV affrontano, da parte loro, temi di diritto costituzionale e pubblico generale, di diritto amministrativo sostanziale, comparato e processuale.

2. Dinanzi a una letteratura per sua natura così occasionale, frammentaria ed episodica qual'è quella delle note a sentenza e degli articoli di commento, è difficile trovare una trama unitaria o anche solo i punti di riferimento del percorso intellettuale compiuto dall'Autore che riescano ad andare oltre il parallelo svilupparsi con gli impegni didattici e gli studi di più ampio respiro. Ma ciò vale solo per i *contenuti*, in ordine ai quali la straordinaria variegatezza della produzione minore di Cammeo non consente di rintracciare un più marcato filo conduttore.

Una caratteristica costante può essere invece certamente individuata nella *coerenza di metodo*, consistente nel trattare ogni argomento inquadrandolo in un consapevole scenario di fondo, saldamente definito, come ricorda il suo allievo Lessona, considerando « il microcampo di indagine (...) in funzione dell'unità fondamentale del fenomeno giuridico » (9).

Infatti, se un elemento unificante può enuclearsi dai lavori pubblicati sulla *Giurisprudenza Italiana*, esso è dato proprio dalla consapevolezza dell'esistenza di continui canali di collegamento e di interscambio tra i vari istituti, e dalla evidenziazione di elementi di similitudine tra i diversi rami del diritto positivo e della scienza giuridica, che consentono di mutuare concetti, travasare esperienze, utilizzare la secolare riflessione giuridica dei pandettisti senza perdere il senso della novità e dell'autonomia del diritto amministrativo.

Questa impostazione culturale, che potremmo definire interdisciplinare ed eclettica più che sincretica (10), è presente soprattutto

---

(9) S. Lessona, *L'opera di Federico Cammeo*, in *Cammeo, Società commerciale ed ente pubblico*, Firenze 1947, VII.

(10) L'interdisciplinarietà della cultura giuridica di Cammeo e la ricerca di schemi teorici comuni omnicomprensivi alla luce di una « sostanziale unità del giuridico » (così B. Sordi, *Il ritorno di un vecchio amico*, in *Quaderni fiorentini*, 1992, 685)sono riconosciuti da tutti gli autori: oltre a B. Sordi, appena citato, v. P. Grossi, *Stile fiorentino*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nei contributi di diritto amministrativo sostanziale e processuale, nei quali la frequente utilizzazione del lessico e dello strumentario privatistico e civil-processualistico per capire e inquadrare il « nuovo » che si manifesta nel diritto amministrativo appare in chiara controtendenza rispetto agli autori della scuola siciliana, i cui sforzi, negli stessi anni, sono invece tutti protesi a fondare l'originalità e la piena autonomia del diritto pubblico.

Così, ad esempio, a soli sei anni dall'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato l'Autore già scriveva che « nei casi (...) dove le norme speciali difettino o richiedano un'interpretazione è necessario e legittimo ricorrere ai principi analoghi del procedimento civile*, che dal più al meno contengono i principi scientifici della materia* » (11). Questa affermazione può sembrare scontata al giurista contemporaneo, per il quale è consueto ricorrere al codice di procedura civile per risolvere i problemi di interpretazione e colmare le lacune del rito amministrativo, ma non lo è affatto in relazione al tempo in cui fu formulata, nel quale la natura giurisdizionale della IV Sezione del Consiglio di Stato era tutt'altro che pacifica, ed anzi generalmente negata (12).

Più significative, per la loro attualità e comunque per l'influenza che hanno avuto sui successivi sviluppi della giurisprudenza, appaiono le pagine in cui Cammeo cerca di coniugare il paradigma dell'unilateralità e dell'autoritarietà del provvedimento amministrativo con il modello contrattuale, ricostruendo taluni atti amministrativi secondo lo schema del negozio giuridico (13). Ad es., nello stesso

---

Milano 1986, spec. 133 segg., F. CARNELUTTI, *Federico Cammeo nella storia della scienza italiana del diritto*, Firenze 1961, 5, partic. 16; S. LESSONA, *op. cit., passim*.

(11) *Dei vizi di notificazione del ricorso alla IV Sezione e della loro sanabilità*, in *Giur. It*. 1895, III, 375 segg. (il corsivo è mio).

(12) V. G. REBUFFA, *Trasformazioni delle funzioni dell'amministrazione e cultura dei giuristi*, in *L'Amministrazione nella storia moderna*, I.S.A.P. Milano 1985, vol. II, 118 segg.. Ad es. negavano ancora la natura giurisdizionale della IV Sezione A. CODACCI PISANELLI, *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento*, Città di Castello 1900, 205-347; V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, Milano 1907, 1057 segg..

(13) V. ad es. *I vizi di errore, dolo e violenza negli atti amministrativi*, in *Giur. it*. 1913, III, 113 segg.; concordano sul punto anche le osservazioni, puntualmente sostenute da citazioni, di B. SORDI, *Giustizia e amministrazione...*, cit., 397.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

periodo in cui dalle medesime pagine della *Giurisprudenza Italiana* (14) Ranelletti iniziava la critica all'impostazione contrattualistica della dottrina e soprattutto della giurisprudenza in tema di concessioni amministrative di pubblici servizi ed elaborava la sua teoria dell'atto autoritativo, revocabile *ad nutum* e senza indennizzo, Cammeo, pur aderendo anch'egli alla tesi dell'atto unilaterale espressivo « di una funzione d'impero », non perdeva di vista« i diritti pubblici soggettivi dei concessionari cui non mancherebbe la piena tutela giudiziaria e amministrativa secondo le leggi vigenti » (15); e di lì a pochi anni, dopo aver compiutamente ricostruito l'istituto nella sua opera sui *Monopoli Comunali* pubblicata in vari spezzoni tra il 1895 e il 1896 sull'*Archivio giuridico Serafini* (16), in una nota del 1903 (17) sulla controversa questione delle concessioni per l'illuminazione pubblica affermava che « la concessione è il *negozio giuridico* con cui la pubblica amministrazione conferisce a privati diritti subbiettivi pubblici, o puramente o sotto determinate condizioni o modi, che alla loro volta possono dar luogo a contropretese dell'amministrazione verso il concessionario ». Inoltre, nel ritenere che la concessione « non può dar luogo a diritti assoluti ed irrevocabili al pari di quelli che nascono dai contratti; bensì a diritti, i quali per loro natura e fin dall'origine portano insita tacitamente la riserva, che varranno se e finché siano compatibili col pubblico interesse », donde « la revocabilità delle concessioni non *ad nutum*, ma per ragionevoli ed equi motivi di pubblica utilità da apprezzarsi in giudizio » e 1'indennizzabilità « tutte le volte che, essendo la risoluzione indipendente da ogni responsabilità del concessionario, questo venga a subire una perdita il cui ammontare vada ad arric-

---

(14) O. Ranelletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1984, IV, 11. La sua impostazione fu poi compiutamente sviluppata nei due articoli *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative* e *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, pubblicati in *Riv. it. sc. giur.*, nel 1894, vol. 17, e nel 1896, vol. 22.

(15) *Le concessioni comunali per l'illuminazione*, in *Giur. it*. 1894, I, 2, 505.

(16) Per una completa ricostruzione delle posizioni di Ranelletti e di Cammeo in *subjecta materia* non si può non rinviare all'opera di M. D'alberti, *Le concessioni amministrative - aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli 1981, 89 segg..

(17) *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, in *Giur. it.*, 1903, I, 1, 471.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chire l'amministrazione », forse per primo tracciava le basi della figura della c.d. concessione-contratto, che si sarebbe poi affermata nella giurisprudenza a partire dal secondo decennio del secolo (18).

Degne di nota sono anche le pagine in cui si estendono ai vizi dei provvedimenti amministrativi, « nel limite del possibile, i criteri che valgono per i negozi giuridici di diritto privato » (19); o si afferma, in un periodo in cui non erano ancora completamente superate le tesi di chi escludeva la responsabilità dello Stato nei rapporti di diritto pubblico (20), la piena responsabilità della pubblica amministrazione come conseguenza dell'illegittimità dell'atto (21) comprensiva anche dell'obbligo del *risarcimento dei danni* a favore del cittadino interessato (22). Ed ancora possono ricordarsi i passi in cui, come naturale sviluppo della sua impostazione (che in termini moderni potremmo definire) « garantista », afferma l'estensione al « diritto disciplinare » valevole per i pubblici dipendenti del principio penalistico di irretroattività delle norme più severe (23), o quelle in cui, pur affermando la tesi, che sarà poi prevalente in giurisprudenza (24), che il rapporto

---

(18) V., M. D'Alberti, *op. cit.*, 112 nt. 136; 175 segg. La locuzione « concessione-contratto » era già diffusa nel linguaggio giuridico di fine secolo tra i giuristi italiani e francesi, ma essa corrispondeva a una nozione diversa da quella tracciata da Cammeo in quanto, contrapponendosi alla c.d. concessione-licenza, risultava completamente attratta nel sistema del diritto privato, dando luogo al risarcimento dei danni in caso di violazione dei patti da parte dell'amministrazione: v., con riferimento alla dottrina italiana e francese, F. Cammeo, *Il servizio degli omnibus come monopolio pubblico comunale*, in *Giur. it*. 1894, III, 279, spec. 283 segg..

(19) *L'errore nella dichiarazione di volontà come vizio degli atti amministrativi e in particolare dei decreti su ricorso gerarchico*, in *Giur. it*. 1907, III, 105 segg., 116.

(20) V. ad es. gli scritti di A. Bonasi, *La responsabilità dello Stato per gli atti dei suoi funzionari*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1886, I, 3, 178; nonché *Responsabilità penale e civile dei ministri*, Bologna 1874, 445; G. Saredo, in *Legge*, 1882, 494; G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, vol. V, 357 segg.; C. F. Gabba, in *Foro it.*, XXIII, 1898, I, 81.

(21) « La responsabilità è una conseguenza della illegittimità di un atto; allorché sia provato che un atto è illegittimo secondo la legge che lo regola, sia essa di diritto privato o pubblico, è giuocoforza indurre la responsabilità di chi ha posto in essere l'atto stesso, senza di che il diritto sarebbe privo di sanzione e cesserebbe di essere diritto » (in *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, cit., 474).

(22) *L'errore nella dichiarazione di volontà* .... cit., 120.

(23) *Norme disciplinari e retroattività*, in *Giur. it.*,1911, III, 155.

(24) V. ad es. Cass. 23 aprile 1940 (*Foro Amm.* 1940, II, 91); Id., 16 maggio 1942 (*Foro it., Rep.* 1942, p. 656, n. 56).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di pubblico impiego trae origine dalla legge e dall'atto amministrativo e cioè dalla volontà unilaterale della P.A., ritiene applicabile — quanto ai casi di inadempienza dell'amministrazione — la stessa disciplina dei contratti *iure privatorum* (e il conseguente diritto al risarcimento del danno ad es. nel caso di licenziamento illegittimo del dipendente) (25).

Come è possibile dedurre già da questi pochi esempi l'impostazione di Cammeo è ben lontana dal gettare un mantello di foggia privatistica su ogni settore della vita sociale e su ogni branca dell'organizzazione pubblica. La sua opera è piuttosto caratterizzata dalla paziente tessitura, sotto il profilo metodologico, di una trama atta a collegare i diversi istituti senza teorizzare l'esistenza di un diritto comune e senza sovrapporre gli uni agli altri: nel senso cioè che i modelli privatistici, più che svolgere una funzione normativa nei confronti degli istituti di diritto pubblico, sono tenuti presenti in quanto costituiscono schemi teorici collaudati da adattare, nei limiti del possibile, al nascente diritto amministrativo, estendendo come Lui stesso affermava « da ramo a ramo del diritto i principii giuridici » (26), senza operare trapianti o innesti di corpi estranei.

3. Tutti gli studiosi dell'opera di Cammeo hanno posto in rilievo, oltre alla varietà e alla straordinaria ampiezza della sua cultura giuridica, l'unione del teorico e del pratico che lui realizzava, e il saper fondere, da profondo conoscitore del dinamismo del fenomeno giuridico, la naturale dispersività del commentatore con un solido impianto epistemologico (27) onde comprendere il diritto in tutti i suoi momenti di connessione e di aggregazione anche senza arrivare sino alla costruzione di un vero e proprio « sistema ».

Non deve sorprendere che una simile impostazione, tanto aperta alle continue sollecitazioni della realtà, anche quelle di taglio pratico e più particolari, quanto rispettosa delle esigenze di inquadramento teorico, sia stata capace di mostrare il meglio di sé nelle note a sentenza e nei piccoli articoli di commento (28). Se infatti la

---

(25) *Osservazioni in tema di competenza esclusiva del Consiglio di Stato in materia di pubblico impiego*, in *Giur. it*. 1928, III, 1 segg., 7.

(26) *L'errore nella dichiarazione di volontà*, cit., 118.

(27) V. F. Carnelutti, *op. cit.*, 12.

(28) Secondo P. Calamandrei, *Federico Cammeo* (*nel decennale della sua morte*),

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

funzione del giurista, quale emerge dall'insegnamento di Cammeo, è quella di creare ordini concettuali sulla base dell'esame rigoroso della realtà, di raccogliere, organizzare ed ordinare le nozioni induttivamente ricavate dall'esperienza giuridica, di dare « sistemazione teorica agli elementi offerti dall'ordinamento » (29), partendo da questi ultimi e non dalle costruzioni di teorie astratte da sottoporre a successiva verifica, la ricostruzione « dal basso » appare la via metodologicamente più corretta e il caso giudiziario l'oggetto di indagine per eccellenza.

Ma l'Autore toscano non è stato, per riconoscimento unanime, un piatto ed asfittico glossatore, né un mero osservatore ossequioso della volontà del legislatore e acquiescente alle decisioni del giudici. Troppo ricco è infatti « l'arsenale pandettistico » (30) di cui dispone per non orientarsi alla sistemazione dommatica di tutto quel materiale ricavato da « una legislazione così poco coordinata ed esatta quale è la nostra in tema di diritto amministrativo » (31); così come è talmente profonda la conoscenza del diritto e radicata la consapevolezza dei valori che esso sottende o dovrebbe sottendere, per non opporsi, anche con decisione, a talune soluzioni accolte dalla giurisprudenza e a certe scelte legislative.

Come ricorda Calamandrei (32), l'essere uomo rispettoso dell'ordine costituito non gli impediva il dissenso, e sotto tal profilo risulta sintomatico che nella maggior parte delle note a sentenza Cammeo assuma posizioni discordanti rispetto a quelle che hanno prevalso nel giudizio, o che di fronte a norme di legge che non si inquadrano

---

in *Riv. it. sc. giur.* 1949, 388, negli articoli più brevi e nelle note a sentenza « è disperso il meglio della sua produzione scientifica » (ivi, 390).

(29) Così B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., 381. Concorde anche M. D'ALBERTI, *op. cit.*, 111, che — relativamente al suo campo d'indagine (le concessioni amministrative) — pone in rilievo come « alla metodologia di Ranelletti assai rigorosa, ma catturata dai ' problemi astratti ' fino a scontare un eccessivo distacco dalla realtà, si contrappone l'elaborazione di Cammeo, in cui il discorso tecnico è il risultato di un'analisi profonda non solo dei concetti e delle norme di diritto amministrativo e civile, ma anche delle consuetudini amministrative, delle singole clausole inserite nelle concessioni, delle condizioni di fatto economiche, sociali e politiche ».

(30) V. P. GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., 131.

(31) *Ricorso gerarchico e ricorso contenzioso*, in *Giur. it.* 1894, III, 316.

(32) V. P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 394.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel sistema da lui coerentemente ricostruito, mancando all'epoca la possibilità di svolgere un sindacato costituzionale sulla ragionevolezza della legge, non esiti a sostenere come estrema *ratio* « la teoria *dell'errore di diritto* nella formazione della volontà legislativa e (a) negare efficacia a quelle norme che da tale errore sieno viziate » (33).

Solo nelle rare note di mera segnalazione lo scopo è quello di sottoporre all'attenzione del lettore il *leading case* (34), o di introdurre la novità o la curiosità giurisprudenziale (35), o di accompagnare con brevi chiose la soluzione di *querelles* di vario rilievo (36). Negli altri casi — e sono la maggior parte — l'Autore prende spunto dalle sentenze annotate per costruire le *sue tesi*, componendo in tal modo, con materiali solo apparentemente casuali, disparati e eterogenei, un mosaico coerente in cui emergono accanto ai temi preferiti, più volte ricorrenti, anche i valori costituzionali e metagiuridici da Lui perseguiti, e in cui si manifesta l'esigenza di saldare la scienza giuridica alla coscienza, la legalità formale alla giustizia sostanziale.

4. Ma prima di esaminare i contenuti dell'opera di Cammeo è opportuno dar conto di come la sua impostazione culturale si sia tradotta in un preciso modello stilistico.

Non si intende con ciò richiamarsi alla singolare capacità di sintesi, alla chiarezza espositiva, alla ricchezza di vocabolario e alla cura linguistica con cui sono confezionate le note a sentenza. Certo è che ogni argomento — anche il più modesto — è esposto con precisione e completezza per cui nulla appare approssimativo, ed è valorizzato da una prosa stringente e essenziale, capace di catturare l'attenzione del lettore anche nelle pagine più tecniche ed ostiche (37).

---

(33) Così in *Il potere disciplinare sui medici condotti nella recente legislazione sanitaria*, in *Giur. it.*, 1909, III, 31.

(34) V. ad es. *Provvedimento incidentale di sospensione alla IV Sezione ed eccezioni pregiudiziali*, in *Giur. it.*, 1897, III, 123.

(35) V. ad es. *Ricorso contenzioso contro l'autorizzazione ad accettare lasciti e doni*, in *Giur. it.*, 1897, II, 231.

(36) V. ad es. *La continuazione ultra trentennale delle spese comunali per scopo di culto*, in *Giur. it.*, 1895, III, 135.

(37) La non comune sobrietà e la limpidezza dello stile è particolarmente sottolineata anche da U. Forti, *op. cit.*, 301, e da S. Lessona, *op. cit.*, III.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si vuole piuttosto riferirsi al modello « platonico » da lui perfettamente applicato, con l'esposizione dialettica delle tesi contrapposte presentate secondo 1'« ordine logico, come una dimostrazione algebrica: a, b, c..... e poi a 1, a 2, a 3 » (38), con l'elencazione degli argomenti che intende contestare e quindi con la loro confutazione mediante una « spietata dissezione logica » (39) che non sfugge dal dispiegare ogni tecnica argomentativa utile per sostenere la propria tesi.

Colpisce, in modo particolare, la molteplicità e l'uso strumentale dei moduli interpretativi, proprio — soprattutto quest'ultimo — del professionista forense, che ha una tesi aprioristica da sostenere, più che dell'accademico puro, che invece è legato nell'attività ermeneutica ad una più rigida impostazione metodologica ed epistemologica.

Non è un caso che Cammeo si considerasse (perlomeno così ci è stato tramandato) (40) un « tecnico delle leggi », perché in effetti tutta la sua produzione evidenzia una capacità non comune di rintracciare la disposizione da applicare alla fattispecie, di inquadrare la norma nel contesto storico e sistematico, e soprattutto di estrarne il significato sulla base, di volta in volta, delle più diverse tecniche ermeneutiche. Tutti gli argomenti interpretativi sono cioè strumentali alla conoscenza della norma giuridica, senza che sia dettata alcuna propedeuticità nella loro adozione, se non in modo contingente per giustificare una tesi e confutare le altre. E così, troviamo affermata l'opportunità ora dell'interpretazione letterale, ora dell'interpretazione razionale, ora dell'interpretazione teleologica, a seconda di ciò che più convenga per dimostrare la bontà della sua tesi. Ad es., per sostenere, contro la decisione della Cassazione di Roma 21 giugno 1890, la delegabilità ai conciliatori del potere di convocazione della prima adunanza dei consigli di famiglia e di tutela, l'insigne Autore non esita a evocare, contro la formulazione testuale, « lo spirito della legge », consistente nel « diminuire il cumulo delle attribuzioni pretoriali, decentrare la giustizia, (....) rendere più facile ai cittadini l'invocare la protezione

(38) Così P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 391.
(39) *Ibidem*.
(40) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e l'ottenere l'assistenza del magistrato » (41). Per contestare la revocabilità *ad nutum* della patente di vettore per l'emigrazione si sposta sul piano assiologico, assumendo quale criterio ermeneutico principale il *favor libertatis* (nel senso della libertà d'impresa: « perché la libertà economica rimane sempre per ora il caposaldo del nostro ordinamento sociale e giuridico »), e individuando il seguente « canone fondamentale sia per la formazione *de iure condendo*, sia per la interpretazione *de iure condito* delle così dette leggi sociali: che quanto più l'intervento dello Stato è intenso ed ampio, tanto più precisi, determinati e rigorosi devono essere i limiti giuridici, che l'azione dello Stato incontra rispetto alla attività dei cittadini: che tanto meno estesi sono i diritti di libertà di questi, tanto più esatta deve essere la loro determinazione e più efficace la loro difesa » (42). Per sostenere le tesi esposte in tema di concessione di condutture del gas o di legittimazione di autorità pubbliche ad impugnare atti di altre amministrazioni ricorre alla dottrina e alla giurisprudenza straniera (non solo francese e tedesca, ordinariamente conosciuta dagli autori dell'epoca, ma anche inglese e statunitense) (43). Per affermare la competenza della Cassazione di Roma a conoscere dei conflitti positivi e negativi anche fra giurisdizioni speciali, non esita ad invocare l'argomento apagogico, giacché « devesi, secondo le buone regole d'ermeneutica, preferire l'interpretazione sensata a quella assurda » (44). Per ricostruire la *voluntas legis* ricorre frequentemente al lavori preparatori; ma quando essi nuociono alla tesi che vuol sostenere, non si perita a negarne la « decisiva importanza » (45) e ad affermare che « non offrono che un sussidio secondario di interpretazione, indi-

(41) *Competenza del conciliatore in tema di Consigli di famiglia*, in *Giur. it.*, 1893, I, 1, 1047; v. anche *Licenziamento di medico condotto e eccesso di potere, ivi* 1894, III, 57.

(42) *La patente di vettore di emigranti*, in *Giur. it.*, 1903, III, 473.

(43) *Le concessioni comunali per l'illuminazione*, cit.; *Ricorsi gerarchici contro i decreti prefettizi in tema di vigilanza sulle opere pie*, in *Giur. It.*, 1897, III, 240. V. anche, tra le tante, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici, ivi* 1902, III, 275.

(44) *Il regolamento dei conflitti fra giurisdizioni speciali*, in *Giur. it.*, 1906, III, 373.

(45) *La competenza delle giurisdizioni amministrative in materia di consorzi*, in *Giur. it.*, 1903, III,25.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cando soltanto *l'occasio legis* » (46) sino a sottolinearne la « fallacia » (47).

5. L'uso strumentale delle tecniche ermeneutiche, la constatazione della natura sempre « tendenziosa » e non puramente neutrale o euristica delle interpretazioni, consentono di svolgere un'ulteriore osservazione. E cioè che per il nostro Autore la questione esaminata costituisce non solo l'occasione per estrarre e analizzare la norma e per inquadrarla — da raffinato giurista — in un ordine concettuale, ma anche lo strumento per svelare che cosa vi stia dietro, quale realtà economica sociale e quale assetto di interessi l'abbiano espressa, onde indagare il rapporto che scaturisce da essa e, per quanto possibile, orientare l'interprete verso la soluzione ritenuta, più che « *esatta* », « *giusta* ».

Infatti, per poco che abbia concesso alle digressioni extragiuridiche, raramente è accaduto che Cammeo si sia rifugiato nel mondo dei concetti e delle pure disquisizioni logiche: la realtà effettuale in cui vive la norma è da Lui sempre tenuta presente, sì che l'esame giuridico della questione non è mai disgiunto dal punto di vista pratico.

Il fatto è che dietro il tecnicismo giuridico, sotto la copertura della apparente neutralità delle questioni affrontate non v'è il giurista disimpegnato o l'asettico e distaccato osservatore della realtà, ma l'uomo di cultura (di grande cultura e non solo giuridica) ben saldamente a contatto con la vita di tutti i giorni, e ben pronto ad usare anche il « modesto scalpello di commentatore di leggi e di annotatore di casi pratici » (48) per sostenere la sua scelta di valori.

Sino dai primi lavori Cammeo è ben attento alle « ragioni sociali » di certe scelte interpretative: contro la tesi accolta dalla Cassazione di Palermo della impignorabilità dei salari dei domestici oppone « dal punto di vista economico sociale » (ma non senza far seguire anche le ragioni giuridiche della sua critica) che in tal modo si impedisce « a questi salariati di ricorrere a quel poco di credito di cui ancora possono usufruire », si « lascia senza garanzie quelli che

(46) *Le donne e gli impieghi pubblici*, in *Giur. it.*, 1921, III, 77.

(47) *Il trasferimento dei professori universitari e la legge 12 giugno 1904*, in *Giur. it.*, 1906, III, 337.

(48) Secondo l'efficace espressione di P. GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., 134.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

abbiano fatto loro il meschino credito, e si danneggiano quindi altre persone che da queste scarse somministrazioni di alimenti, di alloggio o di simili cose utili ritraggano i loro piccoli guadagni » (49).

Nel già citato scritto, di poco successivo, sulle concessioni comunali per l'illuminazione l'Autore si scaglia letteralmente contro la giurisprudenza che ritiene illegittima la concessione del suolo pubblico per l'installazione di trasmissioni elettriche nel caso in cui l'Amministrazione abbia già accordato ad altra impresa il diritto esclusivo di porre nel sottosuolo i condotti per l'illuminazione a gas. E a tal fine non si perita di uscire dai temi dei diritto per illustrare i notevoli vantaggi economici che hanno conseguito le imprese concessionarie dell'illuminazione e l'ingiusta tutela ad esse accordata contro lo stesso interesse pubblico (50). Di lì a poco, prendendo in esame i monopoli di fatto, conferma l'importanza attribuita agli argomenti di carattere socio-economico enumerando, in piena antitesi rispetto al conclamato liberismo economico, le ragioni economiche che giustificano la concessione ad una sola impresa del diritto esclusivo di esercitare l'industria degli omnibus (51). Ed ancora, in una nota del 1897 critica aspramente l'interpretazione estensiva data dal Consiglio di Stato all'art. 106 della legge del 13 novembre 1859 che consentiva la rimozione dell'insegnante che con l'insegnamento o con gli scritti avesse « impugnato le verità sulle quali riposa l'ordine religioso e morale, o tentato di scalzare i principi o le guarentigie, che sono poste a fondamento della costituzione civile dello Stato », dichiarando a chiare lettere che « la colpa, che si nasconde sotto gli eufemismi e le circonlocuzioni di cui la decisione si abbellisce » era solo quella di professare idee socialiste (lui che certo socialista non era) (52).

---

(49) *Pignorabilità dei salari dei domestici*, in *Giur. it.*, 1894, I, 1, 59.

(50) Anche secondo M. D'Alberti, *op. cit.*, 117, nella costruzione di Cammeo dell'istituto della concessione amministrativa, « più dei fondamenti tecnici pesarono sulla scelta unilateralista le considerazioni — frequentemente svolte — sui profitti esorbitanti dei concessionari di servizi comunali in Italia, profitti che non venivano minimamente scalfiti, anzi erano incoraggiati, dalla costruzione contrattuale-paritaria dei rapporti concessori ».

(51) *Il servizio degli omnibus come monopolio comunale*, cit..

(52) *Licenziamento di maestri elementari per ragioni politiche*, in *Giur. it.*, 1897, III, 89.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Solo nella fase discendente della parabola della sua vita professionale e accademica si assiste, insieme al diradarsi dei contributi sulla *Giurisprudenza Italiana*, ad un ripiegamento sugli aspetti eminentemente tecnico-giuridici , accompagnato da un *self-restraint* per quanto riguarda le implicazioni socio-economiche delle questioni trattate.

Così, se in passato non aveva esitato a polemizzare con il legislatore (« poco importa nella vita politica italiana che le leggi siano fatte non per sopire le questioni, ma per farle sorgere ») (53), e ancora nel 1925 mostrava una certa sensibilità per le tematiche economiche, ponendo a fondamento della esclusiva competenza governativa, a scapito di quella comunale, in materia di distribuzione dell'energia elettrica, la « decisiva importanza per l'economia nazionale, la bilancia commerciale, i cambi, l'indipendenza dai paesi esteri produttori di carbon fossile, l'autonomia industriale in caso di guerra ... ecc. » (54), nell'ultimo decennio i suoi lavori rifuggono dall'affrontare tematiche politiche, economiche, istituzionali; sino ad arrivare, nel 1938, a dichiarare di non voler approfondire la questione dell'efficacia normativa di alcuni pareri emessi da autorità corporative e del Partito nazionale fascista in quanto tratterebbesi di « controversia *sub judice* » (55).

Ma le ragioni di un simile atteggiamento sono così evidenti, e si legano così strettamente alla piega drammatica che aveva preso il corso della storia (della storia d'Italia e della storia personale di Cammeo), da rendere superflua qualsiasi spiegazione.

6. Le tematiche affrontate nelle pagine della *Giurisprudenza Italiana* toccano, per la eccezionale durata della collaborazione di Cammeo, un arco molto ampio della vita civile del paese, così che in esse vi è l'eco di molte delle grandi questioni che alimentarono il dibattito economico, politico, giuridico e istituzionale dell'epoca.

---

(53) *Il Commissario prefettizio come amministratore temporaneo dei Comuni*, in *Giur. it.*, 1908, III, 391.

(54) *Autorizzazione alla trasmissione e distribuzione di energia elettrica*, in *Giur. it.*, 1925, III, 209.

(55) *Licenziamento dei dipendenti privati coprenti cariche sindacali*, in *Giur. it.*, 1938, III, 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non v'è dubbio però che il terreno prediletto dall'Autore, quello su cui si incentra la gran parte del suoi contributi, è rappresentato dalla costruzione del sistema di giustizia nei confronti della pubblica amministrazione: con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato appena avvenuta quando inizia la produzione di Cammeo, e la grande stagione di assestamento culminata nel 1907, quando era nel pieno della sua carriera, nella creazione della V Sezione. Nel periodo compreso fra il 1894 e il 1924, in cui si concentra la gran parte dei suoi lavori, non v'è questione di un qualche rilievo pratico e/o dottrinario su cui non intervenga con una nota, un commento, un articolo di più ampia portata; e l'analisi delle questioni processuali costituisce talvolta l'occasione, o il filtro, attraverso cui l'Autore può indagare il più generale tema dell'assetto dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione.

L'esordio, dopo una serie di note di scarso rilievo su temi di diritto civile e processuale civile in cui però il giovane Cammeo comincia a rodare le sue potenzialità; e dopo il commento di ottima fattura sulle concessioni comunali per l'illuminazione coevo alle più ampie riflessioni svolte nelle pagine dell'*Archivio Serafini*, è dedicato alla nozione di « atti emanati nell'esercizio del potere politico », giustamente considerata di « vitale importanza per la Sezione IV del Consiglio di Stato » (56). Si tratta di una breve nota a carattere meramente espositivo, in cui Cammeo è ben lontano dal fornire un contributo originale, ma che merita di essere menzionata perché relativa a un tema cruciale per lo Studioso toscano, in quanto caratterizzante i confini della tutela ammessa nei confronti della P.A.. La questione sarà emblematicamente ripresa nel suo penultimo lavoro (la già citata nota del 1938 sul licenziamento dei dipendenti privati ricoprenti cariche sindacali nelle corporazioni fasciste): la posizione espressa da Cammeo presenta tutti i limiti della dottrina precostituzionale (57), ma si qualifica per la tendenza ad ampliare sino ai massimi limiti di tenuta di un ordinamento prima liberale-monoclasse e poi autoritario la sfera delle posizioni giustiziabili nei confronti del potere costituito.

---

(56) *Nozione degli atti di potere politico*, in *Giur. it.*, 1894, III, 71.

(57) V. P. Barile, *Atto di governo* (*e atto politico*), in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, 220 partic. 223.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Numerosi contributi (58) sono dedicati all'inquadramento dei ricorsi amministrativi e del ricorso straordinario al Re, di cui Cammeo già nel 1894 ipotizzava il carattere recessivo, « preferendosi da tutti le garanzie maggiori che offre il giudizio dinanzi alla IV Sezione » (59). Il loro rapporto con il ricorso « contenzioso » al Consiglio di Stato è approfondito non solo sotto il profilo delle connessioni procedurali (la definitività dell'atto quale presupposto per l'accesso alla tutela giurisdizionale; l'alternatività fra quest'ultima e il ricorso straordinario), ma anche per la finalità comune alle tre forme di tutela, di salvaguardia delle posizioni giuridiche attive del cittadino nei confronti dell'amministrazione. È tuttavia ben chiara sin dall'inizio la diversa natura della IV Sezione, di cui, come si è già avuto modo di rilevare, Cammeo colse subito l'essenza giurisdizionale: « esse (le nuove giurisdizioni amministrative italiane: n.d.r.) non sono un foro speciale, privilegiato per lo Stato; sono, se così si può dire, un foro eccezionale e privilegiato in difesa della libertà del cittadini e delle persone giuridiche pubbliche e private; sono nuovi istituti giurisdizionali a tutela di interessi giuridicamente degni di protezioni, e, per difetto delle nostre leggi fondamentali o della giurisprudenza su di esse formatasi, non protetti od *insufficientemente* protetti dal foro dei giudici ordinari. Esse sono costituite in modo e ordinate con tale procedura da assicurare (almeno secondo l'intendimento del legislatore) un giudizio egualmente imparziale di quello dei giudici ordinari, ma inoltre più competente, più intimo ed intenso in ragione della materia, più spedito in ragione della procedura, più economico in ragione degli ordinamenti fiscali » (60).

Al ruolo storicamente fondamentale assegnato ai giudici amministrativi si accompagnano le note dedicate al potenziamento dei poteri istruttori, caratterizzate dalla piena consapevolezza delle peculiarità del rito amministrativo rispetto al processo civile ma volte a superare i limiti del sistema probatorio mediante l'affermazione

---

(58) Nel 1894 (III, 307 e 319); nel 1895 (III, 356); nel 1900 (III, 67); nel 1909 (III, 277); nel 1913 (III, 385), nel 1935 (III, 1).

(59) *Ricorso gerarchico e ricorso contenzioso*, in *Giur. it.*, 1894, III, 307.

(60) *Della competenza sui reclami contro le ordinanze degli intendenti di finanza pel riparto delle spese di mantenimento degli inabili al lavoro*, in *Giur. it.*, 1900, III, 21.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'onere del (solo) *principio di prova* a carico del privato (secondo quanto riconosciuto ancor oggi dalla giurisprudenza) e il recupero, attraverso lo strumento delle verificazioni, dei mezzi di prova non ammessi quali le testimonianze, le perizie, gli accessi, le ispezioni oculari (61). Del pari orientati nella direzione di ampliamento della tutela giurisdizionale, per citare solo gli argomenti di maggior interesse e che rivestono una qualche attualità, il contributo concernente i poteri di cognizione del giudice amministrativo nei confronti degli atti discrezionali della pubblica amministrazione (e dunque la netta dilatazione dei confini della legittimità, sindacabile, rispetto al merito, insindacabile) (62); i lavori relativi alla competenza del giudice amministrativo a conoscere degli atti dei concessionari di pubblici servizi (63); le note sulle modalità — ancor oggi seguite dalla giurisprudenza — di impugnazione di atti conseguenti al rifiuto di registrazione da parte della Corte dei Conti (64); l'articolo sulla giurisdizione esclusiva in materia di pubblico impiego (65); le pagine dedicate al criterio di riparto della giurisdizione (66) e all'esecuzione delle decisioni dei giudici amministrativi (67).

Accanto a questi lavori, di taglio più spiccatamente dommatico, vanno ricordate le note sulle questioni eminentemente pratiche, anch'esse importanti, tuttavia, perché aiutano a verificare il grado di

---

(61) *La produzione dei documenti nei ricorsi alla IV e V Sezione e alla G.P.A.*, in *Giur. it.*, 1912, III, 93; *Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa*, *ivi* 1916, III, 101.

(62) *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili con criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, 275.

(63) *La competenza giudiziaria sui rapporti fra concessionari di pubblici servizi e loro impiegati*, in *Giur. it.*, 1909, III, 408.

(64) *Il ricorso alla IV sezione contro i provvedimenti conseguenti ad un rifiuto di registrazione da parte della Corte dei Conti*, in *Giur. it.*, 1915, III, 79; nota a Cons. St. IV 13 marzo 1914, in *Giur. it.*, 1914, III, 172.

(65) *Osservazioni in tema di competenza esclusiva del Consiglio di Stato in materia di pubbico impiego*, in *Giur. it.*, 1928, III, 1.

(66) *Criterio di separazione della competenza tra l'autorità giudiziaria e il Consiglio di Stato in sede di legittimità*, in *Giur. it.*, 1909, III, 161; *Ancora sul criterio distintivo della competenza del Consiglio di Stato* (*nella giurisdizione non esclusiva*) *e dell'autorità giudiziaria, ivi*, 1929, III, 135.

(67) *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato e della G.P.A.*, in *Giur. it.*, 1937, III, 65.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

effettività della giustizia nei confronti dell'amministrazione. Da menzionare, ad es., quelle in tema di onere di deposito del provvedimento impugnato (in quanto « in materia di procedura, più che in ogni altra, occorre precisione di norme e uniformità della loro interpretazione ») (68), o di modalità di sottoscrizione del ricorso (e ciò costituisce l'occasione per scagliarsi più volte contro l'eccessivo formalismo della giurisprudenza) (69).

Altro settore di cui Cammeo è attento osservatore è quello dell'azione sociale dello Stato, la quale determina, a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso, notevoli mutamenti nell'organizzazione dei pubblici poteri influendo fortemente anche sulla dommatica dell'atto amministrativo (in particolare sulla concessione e sull'autorizzazione).

Il costante ampliamento degli interessi rimessi alla cura pubblica, la moltiplicazione dei soggetti pubblici (*in primis* le istituzioni di assistenza e beneficenza, tutte erette al rango di enti pubblici dalla legge Crispi del 1890), i processi di statalizzazione delle ferrovie e di municipalizzazione di molti servizi pubblici e più in generale l'assunzione di attività economiche da parte di soggetti amministrativi e il controllo sulla produzione e distribuzione delle fonti di energia (70), offrono alla dottrina un vasto campo di studio, nel quale Cammeo occupa, anche se più per i contributi di maggior respiro (71) che per le note sulla *Giurisprudenza Italiana*, una posizione importante.

Non è perciò un caso, e testimonia il continuo interesse dell'Autore per questi temi, che la prima nota di contenuto amministrativo abbia proprio ad oggetto le concessioni comunali per l'illuminazione, e che l'ultimo lavoro, comparso nel 1938, concerna la natura giuridica dell'A.G.I.P. (72). Nel mezzo, disseminati qua e là, troviamo interventi sul monopolio comunale del servizio degli om-

---

(68) *La notifica e il deposito del provvedimento impugnato dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1924, III, 149.

(69) Nota a Cons. St., V , 4 luglio 1908, in *Giur. it.*, 1908, III, 422; *Del mandato a ricorrere al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale*, in *Giur. it.*, 1911, III, 93.

(70) V. per tutti le considerazioni di G. REBUFFA, *op. cit.*, 1134 segg.

(71) Ci si riferisce in particolare al saggio su *I monopoli municipali*, cit.

(72) Nota a Cons. St., IV, 19 gennaio 1938, in *Giur. it.*, 1938, III, 109.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nibus, sul potere comunale di imposizione del calmiere, di nuovo sulle concessioni per l'illuminazione, sulla privativa postale all'interno del Comune, sul licenziamento degli agenti ferroviari di società concessionarie, sulla competenza ad autorizzare la trasmissione di energia elettrica (73) .... ecc..

Le scelte di Cammeo nei casi concreti, più che sul piano della formulazione dei principi, sono tendenzialmente nel senso di legittimare la posizione di forza delle pubbliche autorità: del governo centrale nei confronti degli enti locali (ad es. in tema di autorizzazione degli elettrodotti), di questi ultimi nei confronti degli imprenditori (ad es: in tema di calmieri) e dei contribuenti. È sintomatica al riguardo, una nota del 1908 sui « limiti dell'imposizione dei dazi di consumo » (74). Il principio affermato in astratto è che « le leggi d'imposta vanno interpretate tenendo conto non meno del rispetto delle economie private che delle esigenze delle finanze pubbliche ». L'applicazione in concreto, contro la decisione del Consiglio di Stato ivi annotata, è nel senso che l'art. 12 della legge 23 gennaio 1902, che inibiva ai Comuni di aumentare i dazi propri, già esistenti, od imporne di nuovi a meno che gli aggravi di tariffe non corrispondessero alla diminuzione o soppressione dei dazi sui generi di prima necessità, andava interpretata restrittivamente, sì da consentire l'introduzione *ex novo* del dazio consumo sul gas e sulla luce elettrica senza ridurre altri dazi sui generi di prima necessità, non essendo il gas e la luce elettrica beni di ... « prima necessità ».

Tuttavia la posizione di Cammeo non è mai aprioristica, ma il frutto di una costante *comparazione di interessi* nella quale la primazia dell'amministrazione si giustifica per la necessità di assicurare il bene comune e si accompagna al riconoscimento di posizioni dei privati meritevoli di protezione: non solo nel senso di ricevere tutela in sede giudiziaria ove il potere sia esercitato illegittimamente, fuori dai casi consentiti o per finalità diverse da quelle per cui è conferito; ma anche nel senso di condurre a soluzioni equitative sul piano sostanziale, come nel caso emblematico della revoca delle concessioni del gas o del servizio di omnibus, in cui a fronte del conclamato

---

(73) Rispettivamente in *Giur. it.*, 1894, III, 279 (cit.); 1899, III, 177; 1903, I, 1, 471 (cit.); 1910, II, 65; 1923, III, 257; 1925, III, 209.

(74) In *Giur. it.*, 1908, III, 455.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potere dell'amministrazione di porre fine unilateralmente al rapporto per validi motivi, l'Autore ritiene il diritto del concessionario ad essere indennizzato per il sacrificio impostogli.

Infine, non possono trascurarsi, tra i temi ricorrenti, le pagine, ormai superate nell'impostazione generale ma di notevole dignità scientifica, dedicate al potere regolamentare (75); i contributi — essi ancora attuali — relativi alle circolari amministrative (76); l'accorata e reiterata difesa dei meccanismi concorsuali e dunque « meritocratici » di scelta dei professori universitari (77); le note dedicate alla individuazione degli atti amministrativi soggetti a motivazione necessaria, nelle quali l'esclusione di un obbligo generale di motivazione non diminuisce la tutela del cittadino in quanto il sindacato giurisdizionale può spingersi sino a rilevare *aliunde*, cioè al di fuori del provvedimento, i sintomi dell'eccesso di potere (78). Ed ancora gli interventi su varie problematiche inerenti gli enti locali, in ordine a cui già nel 1908 segnalava la necessità « di una legislazione che distingua i comuni in classi, che eventualmente li disciplini in modo diverso nelle diverse regioni, che gradui secondo le contingenze la misura della loro autarchia » (79); le pagine dedicate alla individuazione dei vizi dell'atto amministrativo, valorizzate dai continui collegamenti con l'analoga tematica della patologia del negozio giuridico, dalle quali ha attinto anche la giurisprudenza ad es. al fine di far rientrare nella figura dell'eccesso di potere i vizi della volontà determinati da errore, violenza, dolo (80); i numerosi contributi sul rapporto di pubblico impiego (81); la piccola monografia sull'esecu-

---

(75) In *Giur. it.*, 1900, III, 273; 1914, III, 329; 1936, III, 129.

(76) In *Giur. it.*, 1912, III, 107; 1920, III, 1.

(77) In *Giur. it.*, 1904, III, 193; 1906, III, 337; 1909, III, 299.

(78) In *Giur. it*. 1908, II, 253; 1921, III, 21.

(79) *Il commissario prefettizio come amministratore temporaneo dei Comuni*, in *Giur. it*., 1908, III, 391.

(80) *L'errore nella dichiarazione di volontà come vizio degli atti amministrativi*, cit., 105; *I vizi d'errore, dolo e violenza negli atti amministrativi*, cit., 113; *Osservazione sull'errore come vizio degli atti amministrativi,* in *Giur. it.*, 1918, III, 285; *Sui caratteri dell'errore essenziale come vizio degli atti amministrativi, ivi*, 1923, III, 243.

(81) Le note su tale argomento sono numerosissime. Per ricordare solo quelle che hanno dignità di articoli, v. *Il potere disciplinare sui medici condotti nella recente legislazione sanitaria*, in *Giur. it.*, 1909, III, 23; *Il licenziamento per fine di periodo di*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

torietà degli atti amministrativi con particolare riferimento ai regolamenti comunali (82).

7. È senz'altro per questa grande varietà di studi e per la serietà con cui affrontava anche gli argomenti di rilievo minore, oltre che per le opere di uso prevalentemente didattico come il *Corso*, nato nell'università e destinato agli studenti, che Cammeo è stato tra i contemporanei — come osserva Forti (83) — autore « popolare », letto ed apprezzato da tutti i giuristi italiani, e non solo da quelli di estrazione giuspubblicistica.

Ma Cammeo è stato autore « popolare » anche sotto un altro profilo. Così come, nelle parole di Calamandrei (84), egli aveva quale avvocato « una clientela, numerosissima e fedelissima, fatta di maestri, di segretari comunali, di vigili urbani, di spazzini . ... », anche molte delle sue pagine dottrinali sono dedicate alla difesa dei medici condotti (85) e degli insegnanti elementari vittime di ingiusti licenziamenti (86); alla tutela della stabilità del posto dei segretari comunali nei confronti di maggioranze estemporanee, non raggiungenti il *quorum* dei consiglieri comunali previsto dalla legge (87), o di provvedimenti artatamente fondati su ragioni di carattere organizzativo (88); al riconoscimento dell'irrevocabilità del diritto alla pensione dei dipendenti comunali, trattandosi di stipendio differito (fu uno dei primi ad affermarlo) (89); allo studio del potere disciplinare sui

---

prova degli impiegati comunali stabili, ivi, 1912, III, 343; *Il licenziamento degli impiegati degli enti locali in corso di periodo di prova, ivi*, 1923, III, 257; *Gli impiegati degli enti pubblici e le norme sull'impiego privato, ivi*, 1927, III, 1.

(82) In *Giur. it*. 1929, III, 1.

(83) U. Forti, *op. cit.*, 301.

(84) P. Calamandrei, *op. cit.*, 393.

(85) *Licenziamento di medico condotto ed eccesso di potere*, in *Giur. It.*, 1894, III, 57.

(86) *Illegittimità del licenziamento di maestri elementari ...*, cit.

(87) *Forma della deliberazione di licenziamento di segretario comunale*, in *Giur. it.*, 1895, III, 123.

(88) *Licenziamento di segretario comunale in occasione della costituzione di un consorzio* in *Giur. it.*, 1899, III, 301.

(89) *Natura del diritto a pensione*, in *Giur. it.*, 1897, *ivi,* 101.

La sua tesi fu poi ripresa da U. Borsi, *Natura giuridica dei regolamenti dei comuni sulle pensioni degli impiegati* (in *Studi senesi*, XXI, 1904, 3); da G. Pacinotti, *L'impiego*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

medici condotti (90); all'esame dei mezzi di tutela nei confronti degli atti di determinazione dello stipendio (ancora) dei medici condotti (91); alla individuazione dei meccanismi di promozione degli ufficiali reduci dalla prigionia di guerra (questione da lui stesso definita di « grande importanza morale ») (92).

Si tratta, è vero, di contributi di tono minore: ma anche l'insieme dei « piccoli » lavori di Cammeo è importante, perché contribuisce, al pari delle monografie, ad evidenziare la fusione del « teorico e del pratico », nonché il costante impegno nella difesa dei valori di fondo a cui l'Autore è rimasto fedele.

8. Il profilo che emerge dalle pagine della *Giurisprudenza Italiana* è dunque quello di uno studioso poliedrico, attento osservatore del diritto giurisprudenziale ma anche capace di incuriosirsi, ad es., intorno alle istituzioni ecclesiastiche nella ormai morta legislazione leopoldina (93); moderato politicamente ma appassionato nella difesa della libertà di espressione e di insegnamento; infaticabile e coerente nel trattare, con pari rigore, temi di notevole complessità scientifica e questioni di umile livello pratico.

In Lui è ben delineata la figura dell'uomo d'ordine, ligio al potere costituito, favorevole alla supremazia dello Stato sui privati e sulle minori comunità pubbliche e all'estendersi della potestà d'imperio della pubblica amministrazione ai vari settori della vita civile: da ciò, ad es., il riconoscimento della esecutorietà come caratteristica *generale* dell'azione amministrativa.

Ma il potere statale non costituisce un postulato, non si autogiustifica né risponde a esigenze puramente organizzative. Esso trova

---

nelle pubbliche amministrazioni, 383 segg.; da L. RAVA, *La pensione nello stato e nelle amministrazioni locali*, Bologna 1915, 49 segg.: v. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. III: *L'organizzazione amministrativa*, 3ª ed., Milano 1946, 90, nota 167.

(90) V. *Il potere disciplinare dei Comuni sui medici condotti*, in *Giur. it.*, 1900, III, 331, e l'articolo *Il potere disciplinare sui medici ...,* cit.

(91) *Il ricorso del medico condotto contro le deliberazioni della G.P.A. concernenti la determinazione dello stipendio*, in *Giur. it.*, 1923, III, 385.

(92) *Collocamento a riposo di ufficiali dell'esercito che non abbiano raggiunto i limiti di età prescritti*, in *Giur. it.*, 1920, III, 9.

(93) *I patrimoni ecclesiastici in Toscana secondo la legislazione di Leopoldo I*, in *Giur. it.*, 1914, I, 1, 371.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

titolo nella necessità di perseguire l'utile collettivo, di salvaguardare i cittadini anche nei confronti del potere economico.

È sintomatico al riguardo il substrato su cui si regge l'affermazione della natura autoritativa delle concessioni amministrative: contro le teorie privatistiche ad oltranza, che mascheravano « il danno di lasciare le amministrazioni indissolubilmente legate a società che sfruttano autorità e cittadini senza freno e senza riguardo » (94), Cammeo afferma senza mezzi termini la supremazia dell'amministrazione *in quanto esponente della collettività e garante del bene comune*, sino a ritenere che « la violazione dei patti per parte dell'amministrazione può essere legittima se motivata su considerazioni di utilità generale » (95).

La *puissance publique*, quindi, non può essere illimitata: il bene pubblico non può giustificare l'arbitrio e la soppressione della sfera di libertà dei cittadini. Consapevole dei pericoli che un'incontrastata affermazione dello statalismo provocherebbe, molto prima che il fascismo lo costringesse a tollerare, muto, la progressiva riduzione dei diritti civili e politici, al diritto pubblico assegna il « compito precipuo di costituire intorno all'individuo una sfera *inviolabile* di diritti subiettivi da quelli di libertà a quelli per cui si esige dagli enti pubblici una determinata prestazione » (96). Di conseguenza, così come guarda con favore all'azione sociale dello Stato, al contributo perequativo che l'amministrazione può dare per il bene della collettività e per elevare le classi meno agiate, ritiene altresì che il potere deve essere incanalato e controllato: « Nell'odierna fase economica, che sembra essere un periodo di transizione tra un'epoca di individualismo e di libertà ed un'epoca di azione organizzata e collettiva e di regolamentazione (della quale per anco non si vedono tuttavia ben determinate le linee generali) l'intervento dello Stato pare opportuno, specialmente se in via di esperimento, quando sia limitato, preciso, ristretto a casi determinati con effetti preveduti e prevedibili. Una legislazione sociale che conferisse all'amministrazione poteri sconfinati, imprecisi, assoluti, sarebbe eminentemente pericolosa, perché tirannica, e potrebbe perfino divenire inutile a

(94) Traggo questa frase da *I monopoli comunali*, in *Arch. Giur.*, 1894, 590.
(95) *Le concessioni comunali per l'illuminazione*, cit., 513 segg.
(96) *Il servizio degli omnibus come monopolio comunale*, cit., 285.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quegli stessi scopi di utilità collettiva che il legislatore persegue » (97).

Da queste considerazioni che si saldano alla tradizione liberale, in Lui ben viva, derivano gli elementi che più caratterizzano la sua opera: il « garantismo », la propensione per la piena giustiziabilità dei rapporti con la pubblica amministrazione, l'affermazione di spazi molto ampi ai poteri di cognizione dell'autorità giudiziaria.

E dall'incontro tra garantismo e finalità sociali dello Stato scaturisce, in ultima analisi, il suo interesse per la giustizia amministrativa: non solo perché, nello Stato di diritto, il giudizio rappresenta il momento di suprema e finale verifica della secolare dialettica fra autorità dell'amministrazione e libertà del cittadino, ma anche perché l'efficacia dei rimedi contro le illegittimità perpetrate dalla pubblica amministrazione contribuisce a migliorare l'azione e a rafforzare l'autorità di questa.

(97) *La patente di vettore di emigranti*, cit., 477.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

NICOLETTA MARZONA

CAMMEO GIURISTA 'PURO' E GIURISTA 'PRATICO' NEI COMMENTI ALLA GIURISPRUDENZA

1. Leggere oggi Cammeo. — 2. Il disegno di uno Stato giuridico fondato sulle libertà. — 3. La prevalenza della prospettiva di diritto positivo.

1. *Leggere oggi Cammeo.*

È stato di recente posto in luce (1) che l'interesse dello studioso di oggi per l'opera di Cammeo non potrebbe essere altro che di ordine strettamente filologico-culturale, con esclusione di ogni impiego sul piano didattico o di utilizzazioni nell'ambito delle odierne riflessioni sul sistema del diritto amministrativo. Tuttavia va anche riconosciuta all'opera di questo Autore, almento in certi limiti, una propria, intrinseca ed autonoma attualità, connessa alla possibilità o ammissibilità di una lettura che, almeno in parte, prescinda da collocazioni di ordine (soltanto) storico, e dai legami con le correnti

(1) B. Sordi, *Il ritorno di un 'vecchio amico'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del penserio giuridico moderno*, 21, 1992, 681 ss., e, più ampiamente, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo* (Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 20), 379 ss.; di recente, su Cammeo amministrativista e processualista, rispettivamente, M.S. Giannini, *Prefazione*, a F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, rist. anastatica, Padova 1992 e F. Cipriani, *Prefazione* a F. Cammeo, *Corso di diritto processuale civile*, rist. anastatica, Padova 1992. Nei contributi dottrinali concernenti la figura di questo studioso vi è una costante: si mette in luce come un pregio o una qualità e ad un tempo come oggetto di riserve la duplice attitudine di studioso o scienziato e di artigiano o pratico; v., tra gli altri, U. Forti, *Federico Cammeo (compiendosi il trentennio del suo insegnamento)*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1933, I, ss.; F. Carnelutti, in *Riv. dir. proc.*, 1946, I, 62; P. Calamandrei, *Federico Cammeo (nel decennale della sua morte)*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1949, 388 ss.; P. Grossi, *Stile fiorentino* (Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno), 23, 129 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dottrinali dell'epoca. Più che il Cammeo padre fondatore del diritto amministrativo (2), viene allora in rilievo il Cammeo giurista appassionato, costante e attento osservatore del divenire e delle trasformazioni fenomeniche del diritto, dalle quali peraltro lo studioso non si lascia mai condurre; al contrario, egli è sempre in grado di ancorare la specificità o il contingente delle singole norme (e dei casi concreti a cui le stesse si applicano) ad un principio, a propria volta espressione di una organicità o sistematicità del quadro normativo che non è mai scontata, ma che va sovente ricostruita e posta in luce mediante l'interpretazione.

Protagonista di queste brevi note è dunque il Cammeo se si vuole « minore », che ha espresso con singolare continuità la propria riflessione sopratutto attraverso le annotazioni alle pronunce giurisprudenziali (pubblicate, come è noto, sulla Giurisprudenza italiana a partire dal 1892 sino al 1938). Non vi è comunque soluzione di continuità con le opere maggiori: anzi, nelle note a sentenza quasi si sperimenta la tenuta dei fondamenti, delle componenti basilari dell'ordinamento di uno Stato giuridico e costituzionale, come inteso dall'Autore.

Cammeo trova inoltre sempre il modo di trasfondere o di riflettere nei commenti giurisprudenziali l'ampiezza delle proprie conoscenze, estese non solo alla scienza giuridica, ma anche all'economia, alla filosofia, alla storia e, sul terreno giuridico, comprensive della sistematica costituzionalistica, civilistica, penalistica e, ovviamente, del diritto processuale (3). Viene poi dato riscontro di quelle che si possono definire come alcune delle linee o dei percorsi di

---

(2) GIANNINI, *Prefazione*, cit., VII.

(3) V., ad es., le tematiche costituzionalistiche illustrate in *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, in *Giur. it.* 1898, IV, 369 ss.; *Le tasse e la loro costituzionalità*, in *Giur. it.* 1899, IV, 193 ss.; *Sull'abrogazione dei regolamenti per effetto di leggi posteriori*, nota a Cons. St., *Giur. it.* 1914, III, 329; *I poteri legislativi dei commissari civili nelle nuove provincie durante l'occupazione bellica*, nota a Cons. St., *Giur. it.* 1921, III, 229 ss.; *Questioni in materia di tassa di famiglia*, nota a Cons. St., *Giur. it.* 1992, III, 251 ss. Non vi è ovviamente bisogno di citazioni per gli aspetti e profili di diritto civile o di diritto processuale, presenti in gran parte dei commenti giurisprudenziali dell'Autore. Si possono poi citare studi che affrontano temi di teoria generale: ad es., *L'interpretazione autentica*, in *Giur. it.* 1907, IV, 305 ss.; *La prescrizione nel diritto amministrativo* , in *Giur. it.* 1922, IV, 1 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ricerca originali preferiti dal Cammeo, affascinato e interessato, come già posto in luce, da tutto ciò che di nuovo si offriva alla osservazione del giurista: ad esempio, il diritto degli Stati europei e dell'America, o anche le forme e i contenuti degli interventi pubblici di carattere sociale ed economico (4).

Ancora da sottolineare, nella prospettiva del raccordo o dei collegamenti con gli esiti generali dell'itinerario culturale dell'Autore, come le note a sentenza, che allora ci appaiono veramente parte di un tutto unitario e omogeneo, siano costantemente caratterizzate per la chiarezza e la correttezza del metodo. Gli ingredienti sono sempre i medesimi: illustrazione esauriente dei fatti; esposizione completa dei riferimenti legislativi necessari ad inquadrare il caso di specie, sovente con estensione ai lavori parlamentari delle discipline da interpretare; analisi dei precedenti giurisprudenziali; considerazione delle opinioni dottrinali. Non vi è però alcuna rigidità o alcuno schematismo nei percorsi seguiti dall'Autore, ché anzi la misura della utilizzazione dei singoli ingredienti cambia in relazione al tipo di problemi sollevati, di volta in volta, dal caso pratico, così che la dimostrazione finale del teorema giuridico, corrispondente (ma spesso non coincidente nelle argomentazioni e nelle conclusioni) alla decisione del giudice, appare congegnata nel modo più brillante ed efficace possibile.

2. *Il disegno di uno Stato giuridico fondato sulle libertà.*

Un'acuta curiosità culturale e pratica, accompagnata dal rigore del metodo, contraddistinguono dunque la personalità di Cammeo come studioso, e ad un tempo rappresentano o riflettono la parte

(4) GIANNINI, *Prefazione*, cit., XIV. Tra gli scritti che comprovano l'interesse per il nuovo, v., ad es., *Il diritto amministrativo degli Stati Uniti d'America*, in *Giur. it.* 1895, IV, 81 ss.; per gli interventi pubblici di carattere sociale ed economico, inquadrati anche alla luce dei concetti della scienza economica e approfonditi attraverso il confronto con le legislazioni e le esperienze straniere, v., ad es., *I monopoli comunali*, studio pubblicato a puntate a partire dal 1895 nell'*Archivio giuridico* (581 ss.); *L'illuminazione a gas e la luce elettrica. Studio economico-giuridico*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, VIII, 1, Milano 1897, estratto; *Sulla estensione dei poteri del comune nella imposizione del calmiere*, nota a Cons. St., *Giur. it.* 1899, III, 177 ss.; *La privativa della neve nel Comune di Napoli*, in *Giur. it.* 1906, IV, 246 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

meno caduca della sua riflessione. Tali aspetti o componenti operano invero anche quali fattori di relativizzazione, se non di ridimensionamento, del più generale disegno sistematico-dogmatico tracciato nei lavori maggiori (il Commentario e il Corso): disegno, questo sì superato o forse travolto dalle trasformazioni che, in misura più consistente, hanno colpito proprio la scienza giuridico-pubblicistica, riportandola o riproducendo per essa una condizione simile a quella che possiamo ritenere abbia contrassegnato l'epoca pre-orlandiana, quando l'edificio del diritto pubblico era ancora da progettare.

Così, in Cammeo non può mancare l'ossequio verso la legge scritta, la fiducia nel legislatore, principale realizzatore e primo custode di quello Stato costituzionale in cui l'idea liberale riesce per la prima volta a tradursi e a rispecchiarsi, conformandolo, in un progetto politico. Coerenti con questa prospettiva sono affermazioni che ritroviamo di frequente nelle note e che, in contrasto con la occasionalità delle questioni o dei problemi, dimostrano lo stabile rilievo nella meditazione dell'Autore di un motivo ispiratore di fondo, secondo cui il primato del diritto nello Stato costituzionale si connette inscindibilmente all'obiettivo di una piena realizzazione delle libertà individuali, che allora vengono però intese soltanto come diritti del cittadino nei confronti dello Stato e quindi come vincolo all'azione dei poteri pubblici.

Trasferita sul piano dell'amministrazione, questa concezione delle libertà individuali prende corpo nel principio di legalità, il quale « implica... una determinazione dei confini rispettivi dell'attività amministrativa e di quella individuale; determina un vincolo dell'amministrazione rispetto ai cittadini; consacra la loro libertà al di là della cerchia così designata » (5). L'altra faccia del vincolo all'amministrazione è la creazione, nel cittadino interessato, di una legittima pretesa all'osservanza del precetto normativo: ecco allora che diviene possibile cogliere il significato nel nostro ordinamento della presenza del giudice amministrativo e della funzione ad esso affidata. Le « nuove giurisdizioni amministrative italiane » non sono state create « muovendo dall'antico concetto... di sottoporre le

(5) *La patente di vettore di emigranti*, nota a Cons. St., *Giur. it.* 1903, III, 473 ss., spec. 475.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

controversie interessanti lo Stato ad un foro privilegiato, a giudici meno imparziali e più inclinati a favorire l'interesse statuale ». Esse sono invece, « se così si può dire, un foro eccezionale e privilegiato in difesa della libertà dei cittadini e delle persone giuridiche pubbliche e private: sono nuovi istituti giurisdizionali a tutela di interessi giuridicamente degni di protezione, e... non protetti od insufficientemente protetti dal foro dei giudici ordinari » (6). Completano questa visione l'affermazione del pieno carattere giurisdizionale del giudice amministrativo (7) e l'ampia configurazione della sfera della cognizione e dei poteri dello stesso: « bisogna evitare l'errore che essa (la giurisdizione di legittimità, n.d.r.) conosca soltanto dell'atto amministrativo in sé, e non del rapporto giuridico cui esso si riferisce, cioè che la sua pronuncia cada sull'atto... Un tale sistema toglierebbe alla giurisdizione di legittimità ogni pratica efficacia... Inoltre, non si deve credere che la giurisdizione di legittimità conosca, come potrebbe esser suggerito dal nome, soltanto del diritto, cioè della interpretazione ed applicazione delle norme e non anche dei fatti concreti del controverso rapporto ». Sicché vi è una sostanziale analogia, specie quanto ai poteri di cognizione, tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione ordinaria civile (8).

Grazie a questa salda concezione o ispirazione liberale, la razionalità del giurista positivo, volta anche a rinvenire rimedio, attraverso l'interpretazione, alle incertezze e alle oscurità delle leg-

---

(6) *Della competenza sui reclami contro le ordinanze degli intendenti di finanza pel riparto delle spese di mantenimento degli inabili al lavoro*, nota a Cons. St., *Giur. it.* 1900, III, 21 ss., spec. 25.

(7) V., ad es., *La competenza della IV sezione sugli atti amministrativi delle autorità non amministrative e la posizione costituzionale della Corte dei conti*, in *Giur. it.* 1903, IV, 177 ss., spec. nota 5 (185), ove la affermazione della « innegabile funzione giurisdizionale » della IV sezione viene preceduta da riferimenti o richiami di opinioni diverse, che invece sostenevano l'appartenenza della sezione di nuova istituzione alla gerarchia amministrativa; *Sulla efficacia di cosa giudicata delle pronuncie della IV sezione emesse in sede di legittimità ed in sede di ricorso straordinario*, nota a Cons. St., *Giur. it,*, 1905, III, 100 ss., ove anche un confronto tra le contrapposte tesi di Orlando e Mortara sulla natura, giurisdizionale o meno, delle pronunce della IV Sezione.

(8) *Il ricorso alla IV sezione contro le decisioni delle giunte provinciali amministrative. Casi in cui deve pronunciarsi il rinvio dopo la riforma del 1907*, in *Giur. it.* 1911, IV, 177 ss., spec. 183-184, 185-186.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gi (9), trova modo di incontrarsi con un disegno ideale nel quale le libertà del singolo, sia pur sotto la forma dei diritti pubblici soggettivi, da un lato hanno una posizione centrale; dall'altro, si riflettono e si completano in una serie di principi comuni al diritto privato e al diritto pubblico (10).

Su di un diverso versante, l'idea liberale, combinandosi con la concezione positivista, è destinata peraltro a dare spazio a visioni autoritarie del rapporto Stato-cittadino. Vi sono vicende, quali l'ampliarsi delle funzioni dello Stato o l'accrescersi dell'intervento pubblico nell'economia, di cui il giurista non può non prendere atto e che di per se stesse testimoniano la progressiva perdita di terreno da parte delle libertà nei confronti dello Stato. In una prospettiva meno descrittiva, deve poi riconoscersi come sia lo stesso diritto a piegarsi di fronte alle esigenze dell'interesse collettivo, interpretato dal potere pubblico, e quindi a farsi strumento dello Stato. Al lato opposto dello Stato legalitario o dell'area della legalità, si delinea allora l'area del « non diritto », come è in fondo quella coincidente con l'ambito della discrezionalità amministrativa, ove gli atti di impero « non dànno luogo a competenza dei tribunali perché non violano il diritto subiettivo di alcuno, ma un mero interesse »; né dànno luogo a responsabilità « perché la responsabilità presuppone l'iniuria » (11).

Sembra così di cogliere anche negli scritti di Cammeo, specie in quelli del periodo grosso modo centrale della sua produzione scientifica, l'eco dello Stato amministrativo e delle relative figure caratterizzanti, quali la libertà della volontà dell'amministrazione, l'unilateralità del rapporto amministrativo (12), sino a giungere ad una

---

(9) V., ad es., *Il ricorso alla IV sezione contro le decisioni delle giunte provinciali amministrative. Casi in cui deve pronunciarsi il rinvio*, in *Giur. it.* 1897, IV, 241 ss.

(10) Si pensi, ad es., al principio di responsabilità (tra le altre: *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, nota a Cass. Firenze, *Giur. it.* 1903, I, 471 ss.) o all'equità (tra le altre: *Giurisdizione amministrativa e responsabilità personali dei funzionari*, nota a Cons. St., *Giur. it.* 1899, III, 361 ss.).

(11) *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, cit., 475.

(12) V., ad es., rispettivamente, *Gli atti amministrativi e la loro motivazione*, nota a Cons. St., *Giur. it.* 1908, III, 253 ss.; *L'errore nella dichiarazione di volontà come vizio degli atti amministrativi ed in particolare dei decreti su ricorso gerarchico*, nota a Cons. St., *Giur. it.* 1908, III, 105 ss., spec. 119.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

configurazione tradizionale del « pubblico » o della « pubblicità », identificata o fatta coincidere con lo « statuale » o con la « statualità », in un'ottica di netta separazione con il privato (13).

In realtà, i noti contenuti e le inevitabili contraddizioni del disegno basato sul contrapporsi delle due sfere della libertà e dell'autorità si riproducono solo parzialmente nella riflessione di Cammeo, dalla quale per esempio è significativo che non emerga alcuna precostituita superiorità del pubblico sul privato; il diritto privato anzi non solo è idoneo a reggere compiutamente le manifestazioni dell'amministrazione che si svolgono nell'area del commercio e della patrimonialità, ma fornisce anche i principi cui il giurista deve attingere ogniqualvolta la legge pubblicistica sia lacunosa od oscura (14).

3. *La prevalenza della prospettiva di diritto positivo.*

Vi è da osservare piuttosto che il progetto culturale, ma anche politico (15), dell'Autore tiene sintantoché le concessioni allo Stato amministrativo o a un diritto pubblico fondato sulla specialità e sulla supremazia del potere statuale si contengono entro i margini di una, probabilmente giustificabile, partecipazione a generali tendenze di

---

(13) V., ad es., *Gli impiegati degli enti pubblici e le norme sull'impiego privato*, nota a Cons. St., *Giur. it.* 1927, III, 1 ss., spec. 4 ss., ove, tra l'altro, si discute circa i criteri distintivi dell'ente pubblico e dell'ente parastatale.

(14) V., ad es., rispettivamente, *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, cit., 474 (con riferimento alla distinzione, criticata dall'Autore, tra atti di impero e atti di gestione); *La esecuzione delle sentenze contro l'amministrazione pubblica e i poteri della V sezione*, nota a Cons. St., *Giur. it.* 1911, III, 87 ss. (con riguardo alla relatività della separazione diritto pubblico-diritto privato); *L'assunzione per parte di enti pubblici dell'imposta di ricchezza mobile sugli stipendi degli impiegati*, nota a Cons. St., *Giur. it.*, 1907, III, 93 ss. (ove un richiamo alla *fraus legis* nel diritto privato); *Diritti di credito e diritti reali (in tema di titoli del debito pubblico)*, nota a Cons. St., *Giur. it.* 1908, III, 215 ss.; *L'errore nelle dichiarazioni di volontà*, cit. 116; *I vizi di errore, dolo e violenza negli atti amministrativi*, nota a Cons. St., *Giur. it.* 1913, III, 113 ss.

(15) Grossi, *Stile fiorentino*, cit., secondo cui l'opera del Cammeo, vista nel complesso, è « sorretta da una costante "filosofia politica" tutta protesa in un progetto coraggioso » (133), che ha il proprio momento qualificante nella « difesa più accanita e agguerrita delle libertà del cittadino contro gli arbitrii della pubblica amministrazione » (135).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costruzione sistematica della dottrina pubblicistica dell'epoca, senza intaccare il nucleo del progetto medesimo, basato sulla affermazione della libertà del singolo, intesa come forza idonea ad arginare, se non addirittura ad essere vincente sulle manifestazioni imperative dello Stato. Ma quando questo nucleo essenziale comincia a risentire della vicenda di progressiva degenerazione autoritaria delle istituzioni e degli apparati pubblici, il disegno si appanna, o meglio viene un po' alla volta, ma decisamente, messo da parte.

Il passaggio, pur fondamentale, è quasi impercettibile. La sfiducia, che il Cammeo sente crescere, nello Stato liberale, dimostratosi capace di generare un figlio liberticida, è difficile da cogliere perché, non solo, non viene proclamata, ma rimane anzi quasi nascosta o celata dietro una superficie in apparenza sempre uguale ed uniforme, ove risalta la consueta padronanza nell'uso degli strumenti e dei concetti giuridici, vuoi pubblicistici, vuoi privatistici o di diritto processuale.

Anche da questo punto di vista, le note a sentenza, più che le opere maggiori (16), rispecchiano da vicino, con fedeltà e continuità la parabola complessiva del pensiero di Cammeo, caratterizzata da forti, pur se poco visibili, legami tra la riflessione dello studioso e le tragiche vicende della sua vita di uomo e di cittadino. Proprio attraverso la lettura dei commenti giurisprudenziali, si comprende come tra la scomparsa dalla scena, quantomeno nella veste di protagonista, dello Stato giuridico-costituzionale e la crescente propensione per analisi limitate all'osservazione dei dati e dei problemi di diritto positivo, vi sia una precisa interconnessione. Se il giurista si ripiega sulla ricerca di soluzioni operative, tendendo a non oltrepassare i confini dell'ordinamento positivo e anzi quasi a subirlo, con corrispondente riduzione dello spazio riservato alle affermazioni di principio, la spiegazione va cercata non tanto nella direzione di una perdita di forza e di convinzione del pensiero dell'Autore, accompagnata da un adeguamento rassegnato alle cor-

(16) SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., ove si mette in luce (v. spec. 383) come nelle opere di maggior organicità, e sopratutto nel Corso, Cammeo abbia, almeno in parte, ridimensionato la propria sistematica, che aveva al centro il diritto civile, così da poter accogliere se pur parzialmente, gli esiti della dottrina (ROMANO, RANELLETTI), che si imperniava invece sullo Stato amministrativo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

renti dottrinali vincenti, quanto in un mutato atteggiamento dello spirito. La vita effettiva delle istituzioni del tempo del fascismo trascina la riflessione scientifica e la impoverisce (è un po' quel che sta accadendo, mutatis mutandis, in questi anni): ecco che è forse preferibile proporsi delle mete più modeste e accessibili, in confronto alla realizzazione dello Stato delle libertà. Il giurista « pratico » ha la meglio allora sul giurista « puro » (17), proprio perché il primo più che il secondo, al cospetto di una vita politica come quella italiana, ove le leggi son fatte « non per sopire le questioni, ma per farle sorgere » (18), ha forse maggiori possibilità di stare al passo e di essere ascoltato. Debole è dunque l'autonomia scientifica del giurista; fatuo e inutile il suo ergersi a difensore di un ordine ispirato alle libertà. In un paese come questo, la sopravvivenza del giurista è consegnata al suo mestiere più che alla forza del suo pensiero. È questo il monito che alla fine sembra di trarre dall'opera del Cammeo e sul quale anche il giurista di oggi val forse la pena che rifletta.

---

(17) Si guarda con simpatia al « giurista pratico » più che al « giurista puro » nella nota a Cons. St. pubblicata in *Giur. it.* 1935, III, 285 ss., spec. 288. Le note a sentenza degli ultimi anni della collaborazione alla Giurisprudenza italiana testimoniano la tendenza di Cammeo a preferire prospettive problematiche di diritto positivo; tra le tante, v., ad. es., *Diritti patrimoniali ed esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Giunta provinciale amministrativa*, nota a Cons. St., *Giur. it.* 1932, III, 41 ss.; *La scelta della nomina dei sanitari condotti*, nota a Cons. St., *Giur. it.* 1933, III, 192 ss.

(18) *Il commissario prefettizio come amministratore temporaneo dei comuni*, nota a Cons. St., commissione speciale, *Giur. it.* 1908, III, 391 ss., spec. 408.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ALESSANDRO PIZZORUSSO

IL POTERE REGOLAMENTARE IN FEDERICO CAMMEO

Il pensiero di Cammeo sui problemi del potere regolamentare fu compiutamente espresso per la prima volta nell'ampia monografia intitolata « Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo » (1) inclusa nel terzo volume del « Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano » curato da Vittorio Emanuele Orlando, la quale si apre con un'affermazione di grande respiro, secondo la quale « chi si fermi ad osservare il modo di essere e di agire dello Stato libero, ed in particolare dello Stato costituzionale italiano, di fronte ai cittadini, e dei cittadini tra loro, rileva il fatto, che esso nel suo complesso è ugualmente e contemporaneamente regolato da due specie di norme. Le une sono emanate dal Re col consenso del Parlamento; le altre o dal Re soltanto, assistito dai suoi ministri, o da altre autorità amministrative (ministri, capi servizio centrali o locali, province o comuni) nella cerchia delle loro attribuzioni. [...] In generale ogni legge, concerna essa l'attività giuridica o l'attività sociale dello Stato, o si limiti a definire i rapporti dei cittadini fra loro, sia essa cioè di diritto pubblico o di diritto privato, è susseguita da uno o da più regolamenti. [...] Se si guarda poi al modo con cui i vari organi dello Stato esercitano le loro funzioni, si vede che essi egualmente si conformano, di regola, così alle leggi come ai regolamenti. I funzionari amministrativi vi prestano incondizionatamente uguale ossequio. I tribunali ordinari civili o penali sono chiamati ad interpretare e ad applicare ugualmente le une e gli altri, salvo casi eccezionali. Il ricorso in Cassazione si dà così per violazione di legge, come per violazione di regolamento. E le due violazioni costituiscono entrambe vizio di illegitti-

(1) L'opera reca come sottotitolo: « Legge ed ordinanza (decreti e regolamenti) ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mità, che dà adito al ricorso dinanzi ai tribunali amministrativi. [...]) Questi fatti, [...] rivelandoci, che la condotta dei cittadini, degli organi dello Stato, dello Stato stesso come persona giuridica pubblica e privata è regolata così dalle leggi come dai regolamenti, rendono lecita, *prima facie*, la supposizione, che le due forme siano entrambe fonti di diritto obiettivo » (2).

Venendo più oltre a trattare specificamente del regolamento, egli ne dà la seguente definizione: « L'attività legislativa dell'amministrazione è detta facoltà regolamentare. Il regolamento è perciò quel comando generale ed astratto emanato da un organo amministrativo, e per il quale quindi non concorre il consenso degli organi legislativi. Il regolamento pertanto è legge materiale e atto amministrativo formale » (3).

L'analisi che segue è preceduta da una breve trattazione storico-comparatistica della quale sembrano da segnalare soprattutto: l'accostamento della moderna potestà regolamentare allo *ius honorarium* del romani (4); il riconoscimento che nel diritto inglese un potere regolamentare è configurabile soltanto in quanto sia previsto dal diritto vigente (*statute law* o *common law* che sia) (5); l'affermazione che l'assolutismo cancellò ogni distinzione fra legge e regolamento (6) e che tale distinzione fu avversata anche dal pensiero della rivoluzione francese (7); l'analisi della riapparizione del potere regolamentare nelle costituzioni della Restaurazione (8) e della sua pre-

---

(2) F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO (cur.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, SEL, 1901, pp. 3-4.

(3) *Ibid.*, p. 110; l'enunciazione è ripresa a p. 138, ove si conferma che legge e regolamento hanno in comune la qualità di fonti del diritto ed il secondo si distingue « per la sua forma, emanando esso da un'autorità amministrativa ». Cammeo si riferisce spesso, nel corso della trattazione, alla subordinazione del regolamento alla legge, inerente alla sua qualità di fonte secondaria, ma non sembra ritenerla così rilevante da dover essere menzionata nella definizione dell'istituto.

(4) *Ibid.*, p. 113.

(5) *Ibid.*, p. 117, 121-122. L'affermazione secondo la quale poteri regolamentari potrebbero essere previsti da norme di *common law* appare peraltro poco chiara.

(6) *Ibid.*, p. 118.

(7) *Ibid.*, p. 120.

(8) *Ibid.*, p. 120-121.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

senza, più o meno discussa, negli ordinamenti del suo tempo (9); la critica della distinzione, elaborata dalla dottrina tedesca, fra *Rechtsverordnungen* e *Verwaltungsverordnungen* (10).

Passando ad analizzare la natura della potestà regolamentare e la sua « giustificazione logica » Cammeo osserva che « è nella natura dell'uomo che nessuna personalità, e quindi nessun organo dello Stato [..] si possa pensare senza una iniziativa non già sconfinata, ma libera entro certi confini, ed una corrispondente attività discrezionale. Non è possibile supporre una qualunque personalità soggetta ad una volontà estranea per tal modo, che essa non sia altro che una semplice esecutrice [...] Come è contro la realtà che una persona fisica sia completamente determinata nelle sue azioni da una volontà estranea, così è anche più difficile che la vita reale dello Stato sia *a priori* senza eccezioni governata dalla legge. La legge è una regola astratta che non può possedere la flessibilità necessaria per adattarsi a tutte le varie esigenze della vita sociale » (11). Richiamata la famosa formula di Gneist secondo la quale « ciò che l'autorità può comandare e vietare in ogni singolo caso, può comandarlo o vietarlo in generale per tutti i casi simili dell'avvenire », Cammeo vi apporta talune rettifiche, affermando che tale regola non è applicabile nei casi di potestà puramente esecutive o nei casi in cui la legge esplicitamente o implicitamente prescrive di agire caso per caso; a suo giudizio, pertanto, la portata della regola va limitata ai casi in cui sussista « una facoltà di provvedimento singolo *discrezionale* », in senso tecnico (12). Con queste limitazioni, « non vi può essere dubbio, che ogni qualvolta l'amministrazione ha una facoltà discrezionale, e soltanto quando ha una tale facoltà, può emanare in via generale ed astratta le regole che intende seguire nell'esercizio delle medesime. Anzi ciò non solo è possibile, ma ben anco desiderabile » (13). Ed a conclusione di una stringata analisi conclude: « tutto sommato i vantaggi superano i danni e l'esercizio della facoltà

(9) *Ibid.*, p. 121-126.
(10) *Ibid.*, p. 125, 130-131, 138.
(11) *Ibid.*, p. 126-127.
(12) *Ibid.*, p. 128-129.
(13) *Ibid.*, p. 129. Nel senso « che la divisione del lavoro nell'emanazione di norme fra Parlamento e Governo è necessaria ed utile », *ibid.*, p. 172.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

regolamentare accompagnato dall'obbligo giuridico di rispettare la regola in ogni caso singolo, salvo ove sia d'uopo, modificarla in via generale con la stessa garanzia e solennità di forme con cui fu emanata, segna una limitazione alla libertà del Governo, non mai a quella dei cittadini » (14).

Esaminata la distinzione fra regolamenti e circolari (15), Cammeo passa ad analizzare in dettaglio i limiti della potestà regolamentare, correttamente muovendo dalla collocazione dell'istituto nella forma di governo vigente al suo tempo che identifica con appassionate parole nel governo parlamentare: « La costituzione italiana fu *octroyée* dal Re di Sardegna ai suoi sudditi: ma essa è nel suo testo la fedele riproduzione della Carta francese del 1830; essa fu interpretata nello stesso senso liberalissimo, che la costituzione belga: essa è stata accettata nella massima parte d'Italia coi plebisciti e riposa quindi sulla volontà popolare e non sulla volontà regia: essa ha dato luogo ad un Governo parlamentare, nel quale, tolta di mezzo ogni finzione, la volontà del Parlamento e nel Parlamento la volontà della Camera ha un'importanza preponderante, decisiva. Questa è la verità storica: questa la consuetudine: questa la *communis opinio*: nessun fatto storico anteriore, per quanto esatto, nessuna analogia con pretesi esempi stranieri valgono a mutarla » (16).

« In sostanza la questione se, dato un ordine di rapporti non regolato dalla legge, possa validamente il Governo emanare un regolamento, si riduce a determinare se nel silenzio della legge debba presumersi la potestà sovrana dell'amministrazione o la libertà dei cittadini. Negli Stati liberi in Italia in particolare non è possibile esitare fra le due opinioni: la seconda si impone » (17). Non esiste perciò, secondo Cammeo, un potere regolamentare libero (che egli qualifica *praeter legem*), ma esiste un potere regolamentare (che egli qualifica *secundum* o *intra legem*) laddove vi sia potestà discrezionale dell'amministrazione (e non vi sia un ostacolo legislativo): « il potere regolamentare », egli conclude, « non esiste, che laddove sia positivamente accordato. Ma questa autorizzazione non ha

(14) *Ibid.*, p. 130.
(15) *Ibid.*, p. 136-138.
(16) *Ibid.*, p. 141-142.
(17) *Ibid.*, p. 143.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d'uopo di essere espressa e speciale e di derivare da una legge. Può essere tacita e generale: può fondarsi direttamente sulla costituzione o sulla consuetudine » (18). Donde la determinazione dei limiti del potere regolamentare, deducibili in primo luogo dalla regola per cui « un regolamento non può mutare la legge », che egli desume dall'art. 6 dello Statuto albertino e dall'art. 5 delle disposizioni preliminari al codice civile del 1865 (19).

« Tutti i regolamenti hanno per base una facoltà discrezionale riconosciuta dal diritto vigente: tutti i regolamenti hanno per contenuto norme giuridiche: quindi tra essi vi è identità di origine ed identità di sostanza. Ma il limite sopra indicato può essere più o meno ampio [...]. La distinzione fondamentale in proposito deve quindi farsi fra i regolamenti di pura esecuzione, che direttamente si riannodano ad una legge per procurarne l'attuazione, ed i regolamenti che in base a clausole costituzionali, a consuetudini, a leggi ordinarie espresse regolano un dato ordine di rapporti, per i quali legge non esiste » (20). A seguito di un'ampia analisi, la sua classificazione dei regolamenti risulta quindi così delineata: « Dalle considerazioni di questo capitolo chiara emerge una volta di più l'identità sostanziale di tutti i regolamenti: tuttavia in ordine allo speciale funzionamento dei limiti abbiamo distinto i regolamenti di esecuzione da quelli che non hanno questo carattere. In questi ultimi in ordine alla loro origine storica ed al loro fondamento giuriudico si possono suddistinguere quelli che riposano direttamente sopra disposizioni costituzionali e si riannodano alle prerogative e che sono i resti della antica potestà legislativa regia (21), da quelli che si fondano sopra una autorizzazione espressa in una legge ordinaria. Per comodo della trattazione, seguendo una partizione adottata da

(18) *Ibid.*, p.147. Vedi però anche più oltre, p. 174, ove Cammeo ammette anche una potestà regolamentare *praeter legem* (ma forse si tratta soltanto di un difetto di coordinamento dei due passi). Questa terminologia si stabilizzerà successivamente nel *Corso di diritto amministrativo* (citato *infra*, nota 26), ove egli dirà che « la facoltà regolamentare non è né *praeter* né *secundum legem*: è *intra legem* » (p. 112).

(19) *Della manifestazione della volontà dello Stato*, cit., p. 147.

(20) *Ibid.*, p.147-148.

(21) È da segnalare che Cammeo aveva poco sopra energicamente rivendicato la possibilità che il controllo parlamentare venisse esercitato anche nei confronti degli atti di prerogativa regia (*ibid.*, p. 146, nota 1).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

altri scrittori, distingueremo quindi i regolamenti: *a*) indipendenti, che derivano direttamente dal diritto costituzionale (22); *b*) delegati, che si fondano sopra un'autorizzazione legislativa, senza essere di mera esecuzione; *c*) di esecuzione, che stabiliscono le norme secondarie per l'attuazione immediata di una legge » (23).

Dopo una dettagliata analisi dei vari tipi di regolamenti, la trattazione di Cammeo si conclude con i capitoli dedicati rispettivamente alle « forme della facoltà regolamentare » (24) ed alle garanzie della legittimità dei regolamenti » (25). Nel primo di essi, egli passa in rassegna le regole di procedura, a cominciare da quelle di competenza, il cui esame lo conduce tra l'altro a discutere del problema dell'inderogabilità dei regolamenti da parte degli atti amministrativi particolari, dell'ammissibilità della controversa categoria dei regolamenti ministeriali e del regime pubblicitario di questo tipo di atti normativi. Nel secondo, analizza il regime dei controlli, muovendo dalla fondamentale disposizione dell'art. 5 dell'allegato *E* alla legge 20 marzo 1865, n. 2248.

Nel « Corso di diritto amministrativo », pubblicato in veste litografica negli anni 1911-14 (26), la trattazione del tema del potere regolamentare occupa ampio spazio (27), ma non contiene innovazioni di rilievo rispetto a quella ad esso dedicata nella monografia del 1901.

Oltre a qualche assestamento terminologico o classificatorio, qualche novità si può cogliere in un accenno alla possibilità che il campo di azione del potere regolamentare sia limitato per effetto dell'istituzione di « riserve di legge » (pur in regime di costituzione flessibile, qual'era quella in vigore a quel tempo) o per effetto dell'avvenuta emanazione di una legge nella materia stessa (cioè,

---

(22) In questa categoria egli inserisce i regolamenti di organizzazione, che secondo la sua sistematica costituiscono una sotto categoria all'interno di questa: *ibid.*, p. 157 ss.

(23) *Ibid.*, p. 156.

(24) *Ibid.*, p. 203 ss.

(25) *Ibid.*, p. 215 ss.

(26) Ristampato nel 1960, a cura di Giovanni Miele (alla cui edizione si riferiscono le citazioni che seguono), e quindi riprodotto in edizione anastatica nel 1992, sempre a cura della Cedam.

(27) F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1960, pp. 99-139.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come diremmo oggi, per effetto del principio di « preferenza di legge ») (28), ma nel complesso la trattazione consiste soprattutto in un riassunto dell'opera precedente.

L'impostazione data da Cammeo al problema della potestà regolamentare ed accolta quasi senza dibattito dalla dottrina italiana dell'epoca (29) fu come è noto rimessa in discussione da Guido Zanobini in un saggio del 1922 ove egli osservò come il potere discrezionale che consente all'amministrazione di compiere atti amministrativi privi dei caratteri propri degli atti normativi non possa giustificare l'emanazione di atti dotati di questi ultimi caratteri quali sono invece i regolamenti. A partire da questo momento il fondamento del potere regolamentare fu ravvisato dalla prevalente dottrina (30) in una specifica abilitazione legislativa, anche dopo che la nuova Costituzione ebbe sostanzialmente modificato i termini della questione (nonostante il silenzio quasi completo osservato sul tema specifico), per effetto dell'assunzione del principio di gerarchia a criterio ordinatore del sistema delle fonti. Una riapertura del dibattito, preparata dagli importanti lavori della Carlassare (31), di Cheli (32) e di Sandulli (33), si ebbe praticamente soltanto dopo che la legge 23 agosto 1988, n. 400, all'art. 17, ebbe riscritto la tipologia dei regolamenti e da allora in poi esso si è sviluppato in una lunga serie di interventi (34).

Una rilettura di Cammeo alla luce di queste vicende consente di chiarire in primo luogo come l'ispirazione che sta alla base della sua

---

(28) *Ibid.*, p. 108-109.

(29) S. Trentin, *Sulla potestà regolamentare delle Camere di commercio*, in *Dir. comm.*, 1910, p. 119, cit. da G. Zanobini, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare* (1922), in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 145, nota 1.

(30) Cfr. i riferimenti nell'asterisco posto al termine del saggio di Zanobini, cit., in *Scritti vari*, pp. 162-163.

(31) L. Carlassare, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, Cedam, 1966.

(32) E. Cheli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967.

(33) A.M. Sandulli, *L'attività normativa della Pubblica amministrazione (origini, funzione, caratteri)*, Napoli, Jovene, 1970.

(34) Cfr., da ultimo, F. Cerrone, *La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti. La tipologia dei regolamenti governativi nella L. n. 400 del 1988*, Torino, Giappichelli, 1991, cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

impostazione appaia di gran lunga più democratica e più liberale di quelle che l'hanno seguita, essendo chiaramente rivolta alla delimitazione dei poteri dell'amministrazione ed alla tutela dei diritti dei cittadini, laddove la tesi zanobiniana, pur se tecnicamente apprezzabile, finisce per ridursi ad un richiamo assai formalistico all'autorità della legge.

L'esperienza successiva, maturata in regime di costituzione rigida ed in presenza di una fitta schiera di riserve di legge, ha dimostrato tutta l'importanza dell'intuizione di Cammeo, laddove egli segnalò l'insopprimibile esigenza di disporre di un'attività normativa la quale raccordi le norme legislative ai comandi concreti contenuti negli atti di esecuzione, tanto che tale esigenza si è resa avvertibile e spesso si è imposta, apparentemente contro ogni logica, persino in materie coperte da riserva assoluta di legge (e la conseguenza della percezione di questa esigenza è stata la tendenza a configurare come relative quasi tutte le riserve stabilite dalla Costituzione, fino a svuotare di gran parte del suo significato l'istituto stesso della riserva di legge).

In realtà la ragione che giustifica la configurazione di un potere regolamentare a carattere tendenzialmente generale (sia esso previsto o meno da una specifica norma abilitativa a carattere costituzionale) sta nel riconoscimento sempre più diffuso del ruolo anche « creativo » delle attività di interpretazione giuridica e della funzione che queste attività assumono specialmente in un ordinamento dotato di un sistema delle fonti ispirato al principio di gerarchia (anche se variamente combinato col principio di competenza). In questa situazione, anticipare l'attività di interpretazione che è inevitabilmente inclusa anche in ogni atto di esecuzione del diritto (sia esso costituito da un atto pubblico o privato, da un atto amministrativo o giurisdizionale) ad un momento anteriore in cui essa possa svilupparsi con i caratteri propri dell'attività normativa (ed in questa veste, tra l'altro, essere assoggettata a controlli, piuttosto che riservare questi ultimi alla sola fase dell'impugnazione degli atti esecutivi) presenta degli evidenti vantaggi pratici, ai fini della protezione dei diritti dei cittadini non meno che in vista di una migliore efficienza dell'amministrazione.

Sotto altro profilo una concezione del regolamento come complesso di norme costruite in via induttiva, partendo dall'esperienza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dei casi singoli, anziché ricavate deduttivamente dai principi e dalle regole legislativamente stabilite, si presenta come un'importante esempio di come sia possibile abbattere le barriere fra il modo di intendere il diritto che è proprio dei giuristi di *civil law* e quello dei giuristi di *common law*, che le dottrine giuridiche affermatesi sul continente nel corso del XIX secolo avevano creato, rinnegando — contro ogni logica e contro ogni opportunità — l'idea del diritto europeo come diritto comune.

Si può dunque concludere dicendo che Cammeo aveva probabilmente sbagliato nell'individuare nella discrezionalità amministrativa il fondamento del potere regolamentare, ma aveva visto giusto laddove aveva avvertito l'opportunità di una migliore articolazione del processo di produzione normativa che non sovraccaricasse gli atti esecutivi di tutti i passaggi necessari per tradurre, attraverso gli strumenti dell'interpretazione, i testi legislativi in atti amministrativi. Ma non dobbiamo dimenticare che quando Cammeo scriveva l'opera di Kelsen non era ancora intervenuta a porre il problema nella sua giusta luce e soprattutto che non esistevano ancora — o non erano ancora sufficientemente conosciuti — quegli ordinamenti, a costituzione rigida e dotati di un sistema delle fonti a struttura gerarchica, che hanno posto le condizioni per una migliore comprensione di questo problema.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

FABIO MERUSI

L'EQUITÀ NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO SECONDO CAMMEO: ALLA RICERCA DEI FONDAMENTI PRIMI DELLA LEGALITA SOSTANZIALE

1. Equità e merito amministrativo nelle lezioni degli anni 1911-14. — 2. Equità, eccesso di potere e il fondamento della legalità sostanziale nella prolusione bolognese del 1924.

1. Ha osservato di recente uno studioso che ha ripercorso l'iter culturale della dottrina amministrativistica europea nella sua problematica di fondo, la ricerca del fondamento e della compiuta fenomenologia della legalità sostanziale, che l'equità « è una particolare virtù umana, che, trasferita nel Diritto Amministrativo, è stata storicamente inquadrata assai più nella sfera del merito che in quella della legittimità ». Finendo per concludere che « la diffidenza della dottrina ad approfondire la portata amministrativa della nozione di equità e a fondare su questa il vizio di eccesso di potere, è una diretta conseguenza della diffidenza della medesima ad estendere il sindacato di fatto a favore del Giudice Amministrativo » (1).

È un continuo oscillare nel tentativo di afferrare una legalità sostanziale della Pubblica Amministrazione che si ritrova già in toto nell'opera di Cammeo, il cui pensiero sul tema può considerarsi il punto di riferimento al quale si è sempre rapportata, in vario modo, la dottrina amministrativistica italiana fino ad oggi.

Il tema dell'equità della Pubblica Amministrazione è affrontato da Cammeo due volte, nel corso di Diritto Amministrativo, la cui

(1) Cfr. S. Cognetti, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità, Milano, 1993, 286 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

redazione risale agli anni 1911-14 (2) e, in maniera espressa nella prolusione tenuta all'università di Bologna nel 1924 (3), ed è verosimilmente suggerita, oltre che da esigenze intrinseche al Diritto Amministrativo, dal dibattito che, contemporaneamente, si veniva svolgendo nella dottrina civilistica: l'insorgere di nuovi problemi sociali fra la fine del secolo XIX e i primi due decenni del novecento, specialmente in materia di lavoro, aveva infatti reso evidente l'inadeguatezza della normativa contenuta nel codice civile del 1865 e delle impostazioni dommatiche che su di essa si erano formate, tanto da generare una « forte tensione » dottrinale e, in non pochi casi, giurisprudenziale, fra « legge ed equità », fra « stretto diritto ed esigenze di giustizia » (4).

Premesso che nel diritto amministrativo l'equità non poteva essere *contra legem*, ma soltanto *praeter legem*, Cammeo la riteneva ammissibile « per regolare l'esercizio delle facoltà discrezionali dall'amministrazione ». Tratto differenziale dell'equità nel diritto amministrativo rispetto all'equità nel diritto privato consisteva nel fatto che « in diritto privato l'equità muove dal concetto dell'eguaglianza, in diritto pubblico, dalla prevalenza dell'interesse statuale. La formula in cui tale criterio si riassume è la legge del minimo mezzo, raggiungere il massimo utile dell'amministrazione col minimo sacrificio dei cittadini ».

Come è facile constatare, la formula di Cammeo altro non è che la traduzione in termini moderni di una delle « basi direttrici » alle quali secondo Romagnosi (5) doveva attenersi la Pubblica Amministrazione in mancanza di norme legislative: la ragione pubblica naturale, equivalente, per il diritto pubblico, della « naturale equità » alla quale doveva attenersi il giudice « in mancanza di leggi positive ».

La ragione naturale veniva poi definita da Romagnosi secondo il

---

(2) Ora ristampato con note di aggiornamento a cura di GIOVANNI MIELE, Padova, 1960.

(3) Dal titolo: *L'equità nel diritto amministrativo*, in *Annuario della Regia Università di Bologna*, 1924, 16 e ss.

(4) Per ampie indicazioni sul fenomeno si rinvia a G. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, 53 e ss.

(5) *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, 3ª ed., Prato, 1835, 14 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

seguente procedimento logico: « come il principio fondamentale direttivo della ragion civile si è pareggiar fra i privati l'utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà » (tradotto da Cammeo come il « concetto di eguaglianza » che informerebbe l'equità privata). Così nella ragione amministrativa il principio fondamentale si è « ottenere la maggiore prosperità e sicurezza pubblica interna ed esterna, salvo l'inviolato esercizio della privata proprietà e libertà ». Questa regola è invariabile per l'esercizio della Pubblica Amministrazione quand'anche comporti il sacrificio della privata proprietà e libertà; avvenga che il sacrificio non è che apparente, ed il suo risultato porta un ampio compenso alla proprietà e libertà, la quale non si sviluppa, non si estende, non apporta tutto il suo bene, che mediante la società e le funzioni pubbliche della società. Da ciò ne viene la seconda regola pratica direttrice dell'amministrazione pubblica nel caso del conflitto degli interessi del privato con quelli del pubblico. La regola direttrice dell'amministrazione in questo conflitto si è « far prevalere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità ». Lo che è sinonimo di « far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà » (6).

Una volta affermato che l'equità amministrativa coincideva con la regola del minimo mezzo, già identificata da Romagnosi, Cammeo ne traeva la conseguenza che: « gli istituti giuridici, che assicurano l'osservanza di questa speciale forma di equità sono i cosiddetti controlli di merito, i quali, appunto, consistono nell'esaminare se una data attività dell'amministrazione risponde alla legge suesposta. Specialmente vi servono i ricorsi gerarchici ... e la giurisdizione di merito della G.P.A., del Consiglio di Stato, sopra determinate materie, tassativamente enunciate; le quali giurisdizioni di merito, in forma contenziosa fanno, tra l'altro, anche l'indicata indagine. Abbiamo pertanto in Italia nel campo del diritto Amministrativo delle giurisdizioni di equità, come in passato ve ne furono per il diritto privato, in diversi ordinamenti giuridici (il pretore romano, le corti d'equità inglesi, ecc.) (7).

Questo era l'ambito operativo dell'equità per la pubblica Am-

(6) *Op. cit.*, 15.
(7) *Corso*, cit., 164.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ministrazione identificato nel corso del 1911-14. Era una nozione di equità visibilmente piuttosto ristretta — almeno rispetto a quelle che, contemporaneamente, venivano elaborate dalla dottrina civilistica — ma che aveva, indubbiamente, il pregio di essere notevolmente rigorosa dal punto di vista logico e di presentare tratti caratteristici esclusivi.

2. Nella prolusione del 1924 Cammeo in primo luogo analizza il fondamento filosofico dell'equità, ispirandosi, in larga misura, al pensiero di Benedetto Croce e riafferma, infine, per il diritto Amministrativo la validità dell'impostazione del Romagnosi già richiamata nel Corso (« il diritto amministrativo è dominato per intiero da un suo principio fondamentale di giustizia, coerente al sistema dei principi comuni suaccennati, che si può indicare con la formula suggerita dal Romagnosi: i rapporti fra cittadini e stato debbono disciplinarsi in guisa di raggiungere il massimo utile pubblico col massimo vantaggio o il minimo sacrificio privato. È un principio generalissimo che esige per trarne gli opportuni corollari e le concrete applicazioni, una serie di determinazioni ulteriori circa ciò che sono l'utile pubblico ed il vantaggio o sacrificio privato. Ma è un principio la cui fruttuosità è confermata dalla quotidiana esperienza, ed anche un'interessante analogia. Esso, congrua congruis corrisponde al postulato edonistico dell'agire individuale in modo da raggiungere la massima soddisfazione dei bisogni col minimo sacrificio. Ora, come partendo da quel postulato si può dedurre, tutta la scienza economica, così è evidente che, partendo da quel principio, si possono dedurne tutte le direttive dell'ordinamento amministrativo. Con questa differenza però, che quello è un postulato cioè una premessa logica assunta indipendentemente dal vedere se risponda per intiero alla realtà, ed una premessa, inoltre, che tiene conto soltanto dell'interesse individuale, rimanendo privo di ogni contenuto etico: e la formula del Romagnosi è una norma dell'agire, gravida insieme di contenuto utilitario e di contenuto morale, perché coordina ed infrena l'attività amministrativa e quella individuale per una superiore veduta di bene »). Su queste premesse l'autore riespone poi diffusamente quanto già affermato nel Corso, ma vi aggiunge poi una decisiva novità che porta l'oscillazione del pendolo dell'equità dal merito della legittimità. Oltre ai casi in cui l'equità ha

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

effetto sull'agire della Pubblica Amministrazione, e perciò sul merito, l'equità giuoca un ruolo anche sulla legittimità dell'atto amministrativo attraverso un vizio tipico dell'atto affidato alla giurisdizione della IV Sezione del Consiglio di Stato dalla legge del 1889. L'effetto generale della potestà equitative si ha, dice Cammeo, « in qualsiasi atto amministrativo nel ricorso ordinario di legittimità alla IV Sezione del Consiglio di Stato. Esso, con formula adottata fin dal 1889, è aperto per i tre motivi di incompetenza, di violazione di legge e di eccesso di potere. Che si intendesse con quest'ultima espressione non è dato apprendere positivamente dai lavori parlamentari: ma risulta certo da essi che, se mai, si aveva il proposito di escludere qualsiasi sindacato intrinseco. La giurisprudenza francese, però, in base ad analoga formula, aveva ammesso un esame di abuso del diritto, sotto il nome di detournement de pouvoir. La nostra IV Sezione, sotto il nome corrispondente di « sviamento di potere » ha sviluppato, su quel modello, la seguente dottrina. Ogni atto amministrativo, deve avere causa in un pubblico interesse. Se la legge tace, basta un interesse pubblico di qualsiasi specie: se la legge indica il tipo dell'interesse da soddisfare, come: la sicurezza pubblica, l'igiene, la finanza, la attitudine ad un servizio, ecc. l'atto deve aver causa in quel tipo d'interesse. Se l'interesse generico o tipico sussiste in misura ben che minima, il più o il meno di esso, la maggiore idoneità del contenuto dell'atto a soddisfarlo non sono sindacabili, e l'atto è valido; ma se ne risulta che l'interesse pubblico manca affatto, o manca quello del tipo prescritto, l'atto è nullo.

Si può procedere ad espropriazione per qualsiasi pubblico vantaggio di viabilità, di igiene, di estetica, di ricreazione: ma l'espropriazione di un immobile per un allargamento di strada, inutile alla viabilità, e diretto soltanto ad aumentare il valore della prospiciente casa del sindaco, come priva di ogni causa di interesse pubblico, è nulla. Il segretario comunale serve per un quadriennio di prova e poi acquista la stabilità se non è licenziato: può disdettarsi alla fine del quadriennio per qualunque, anche lievissimo, motivo di insufficienza all'ufficio: ma se risulta licenziato al solo scopo di non fargli acquistare la stabilità e di non vincolare indefinitamente il comune, l'atto non vale. Il Prefetto può non approvare i contratti comunali anche regolari nella forma, per la tutela della moralità se vi è una grave regione di sospettare che siano effetto di corruzione o di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

collusione alle aste: ma se nega l'approvazione soltanto per un interesse economico del comune, come la presentazione di un'offerta migliore, successiva alla conclusione del contratto, questo non costituisce l'interesse tipico per cui la facoltà di diniego è concesso, e il diniego si ha per non avvenuto.

In tutti questi esempi, in sostanza, l'amministrazione contravviene al principio di equità, che non devesi abusare del diritto a danno d'altri. Dicono gli autori francesi che è offesa la moralità amministrativa.

Si noti che qui l'abuso del diritto è colpito indipendentemente da qualsiasi intenzione dolosa di produrre l'altrui danno; anzi sembra, se non da queste, da altre decisioni che neppure occorra una colpa: basta la obiettiva non corrispondenza fra l'atto e l'interesse pubblico. Così la dottrina amministrativa dell'abuso ha sorpassata non solo quella civilistica nostra, ma anche le nostre aspirazioni di riforma in materia civile che non vanno oltre la repressione dell'abuso doloso, ha sorpassato il sistema del Codice civile germanico che esige il dolo ed è giunta senz'altro al principio massimo formulato nell'art. 2 del Codice Civile Svizzero, che appunto considera abuso qualunque esercizio di diritto senza utilità propria e danno altrui, indipendentemente dall'intenzione. Più completo trionfo di giustizia, sia pure in un ambito limitato, e salve le imperfezioni nelle applicazioni, non può immaginarsi » (8).

Particolarmente notevole nella riflessione di Cammeo è l'accostamento, mutuato dalla contemporanea dottrina francese, dell'eccesso di potere all'abuso del diritto, veicoli entrambi, nel diritto pubblico e nel diritto privato, di integrazione del diritto scritto. Un accostamento ed una problematica che riemergeranno, nella dottrina italiana, solo molti decenni dopo con gli scritti di Natoli e di Rescigno (9).

---

(8) Cfr. *L'equità nel diritto amministrativo*, cit., 33.

(9) La ripresa della problematica dell'abuso del diritto è dovuta, a dire il vero, ad U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Studi Messineo*, vol. IV, Milano, 1959, 267, ove si distingue l'ipotesi funzionale dell'abuso che comporta un giudizio logico di congruità del tutto simile alla sintomatologia dello sviamento di potere amministrativo da quella in cui l'esercizio del diritto avviene *ex fide bona*, cioè con l'addizione di un principio generale del diritto. A

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma per il diritto amministrativo il profilo più interessante è quello recentemente richiamato nella ricerca di Cognetti citata all'inizio. In che senso il vizio di eccesso di potere può essere considerato la porta di accesso dell'equità nel diritto amministrativo e quindi di un passaggio dalla legalità « legislativa » alla legalità sostanziale? Non certo nel senso di trasformare il giudice Amministrativo in un conoscitore del fatto e perciò in un giudice di merito che si trasformerebbe in un amministratore di secondo grado, bensì nel senso di un giudice che integra la legalità formale con principi generali del diritto, che impone all'amministrazione come principi aggiuntivi di legalità sostanziale. In questo senso il diritto amministrativo è diventato, in parte, un diritto giurisprudenziale e in questo senso si può affermare che il giudice amministrativo è un giudice di equità (10). Integrando il diritto scritto, il giudice amministrativo non diventa, o non è diventato nel nostro ordinamento, un conoscitore del fatto e perciò non ha esteso il suo sindacato al merito. L'equità si è fermata, attraverso l'eccesso di potere, alla produzione della norma senza incidere sul potere del giudice per quanto attiene ad un possibile sindacato sul fatto amministrativo. Il pendolo dell'equità nel diritto amministrativo si è arrestato alla fonte di produzione della norma che è il limite, oltre il quale, cesserebbe la divisione dei poteri e inizierebbe il governo dei giudici. Un fenomeno che, esorcizzato nella giurisdizione amministrativa attraverso la formula dell'eccesso di potere, si sta invece manifestando in un giudice che pretende di conoscere del fatto amministrativo come presupposto di reato (11), il giudice penale, con tutte le conseguenze che Montesquieu aveva già preconizzato.

RESCIGNO va riferito un efficace quadro, anche di diritto comparato, della problematica dell'abuso del diritto, per cui cfr.: G. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 278 ss.

Per indicazioni sulla vicenda dottrinale francese, alla quale si riferiva Cammeo, v. L. BULOUIS, *La théorie de l'abus de droit ed la jurisprudence administrative*, Paris, 1962.

(10) Amplius sul tema cfr. F. MERUSI, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1974, 359 ss. Cui adde ora per una riflessione più generale S. COGNETTI, *Profili sostanziali*, cit., 286 ss.

(11) Dove si finisce mostruosamente per sindacare persino il mancato storno di bilancio per finanziare servizi pubblici giudicati soggettivamente dal giudice più opportuni di quelli attivati dalla P.A.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Problema diverso, e che Cammeo non poteva ancora intuire, è se l'articolata fenomenologia giurisprudenziale prodotta dal vizio di eccesso di potere sia interamente rapportabile ad un giudizio di equità, cioè ad un giudizio produttivo di norme integrative (12). Tema non affrontabile in questa sede, se non altro perché astorico rispetto al pensiero di Cammeo.

(12) Per la tesi negativa cfr. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 211 ss. Per la tesi positiva F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 22 ss., almeno come conseguenza della tesi ivi sostenuta.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ERMINIO FERRARI

L'INTERESSE LEGITTIMO SECONDO FEDERICO CAMMEO TRA AMMINISTRAZIONE E GIURISDIZIONE

1. *Una presenza inquieta.*

Non è priva di contraddizioni l'attenzione degli studiosi di diritto amministrativo nei confronti di Federico Cammeo.

La figura e l'opera dello studioso di inizio secolo, soprattutto negli ultimi decenni (1), ispirano simpatia e suscitano interesse. Egli è pacificamente annoverato tra i fondatori della moderna scienza del diritto amministrativo (2), e comunque tra i « nostri maggiori giuristi » (3), particolarmente in tema di giustizia amministrativa (4). Spesso tuttavia risulta insicura la chiave di lettura con la quale avvicinarsi ai suoi scritti, alla sua opera complessiva. Come sovente succede, gli studi dei giuristi non si preoccupano granchè di una valutazione globale del lavoro di uno scrittore, e preferiscono invece cogliere le risposte particolari ai singoli problemi, e sotto questo profilo l'opera di Cammeo è veramente una miniera ricchissima. Quando però si passa ad una considerazione d'insieme, più incerta appare la riflessione sulle scelte di fondo e la possibile proposizione

---

(1) M. S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, 1940 (poi anche in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 2, 1973, 179), p. 73 si limitava a ricordare Cammeo tra i seguaci della tendenza che viene denominata pandettistica. In effetti sono mancate nei confronti di Cammeo le commemorazioni, gli scritti biografici e bibliografici che si sono avuti per altri studiosi.

(2) Per tutti v. ora B. Sordi, *Diritto amministrativo (evoluzione dal XIX secolo)*, in *Dig. disc. pubbl.* , vol. V, Torino 1990, 182 ss. .

(3) Così da ultimo E. Cannada Bartoli, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VII, Torino 1991, 539.

(4) Per tutti cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, 3ª ed. Bologna, 1983, 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di concreti indirizzi di ricerca. Ci si trova sospesi tra l'ammirazione di un disegno affascinante, ma ormai sbiadito dal tempo, e l'individuazione di spunti tuttora preziosi.

Così, per esempio, già nel corso degli anni sessanta la riflessione sui problemi del processo amministrativo portava ad individuare nell'« impostazione » di Cammeo la miglior ipotesi ricostruttiva dello stesso. Ma, secondo la medesima opinione (5), quell'ipotesi non avrebbe potuto non scontrarsi irrimediabilmente con la « fine struttura giuridica dell'interesse legittimo », così anzi dal dissuadere l'Autore stesso dalla svolgere quella seconda parte del *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa* che avrebbe dovuto analizzare appunto il giudizio amministrativo. È un'opinione che evidentemente corrisponde ad una valutazione fondamentalmente negativa della figura dell'interesse legittimo, ed in definitiva del sistema stesso di giustizia amministrativa esistente nell'ordinamento italiano: sorti da una legislazione altamente imperfetta, essi porrebbero problemi che non possono essere risolti se non in sede legislativa.

Ma a questo punto l'interprete lascia il campo al legislatore.

In anni a noi più vicini il richiamo a Cammeo si è fatto anche più diffuso. La persistente insoddisfazione circa lo stato degli studi di diritto amministrativo ha indotto a ripercorrere le vicende del periodo formativo del suo impianto concettuale. I consistenti dubbi circa l'adeguatezza degli esistenti strumenti di analisi di fronte ai problemi del funzionamento, e del non funzionamento, dell'amministrazione pubblica offrono ragioni per il ripensamento di dimenticati, o talvolta trascurati, percorsi di ricerca. Così, proprio in occasione della riflessione sull'esperienza del sistema di giustizia amministrativa conseguente all'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali, si è proposto di riprendere proprio da Cammeo lo schema del « rapporto giuridico », al quale il nostro autore dedicava pagine importanti nel *Corso di diritto amministrativo* (6) ed all'interno del quale anche la posizione giuridica del cittadino di

(5) Cfr. M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa,* in *Riv. dir. proc.* 1963, 533; 1964, 12 e 217 (per il punto che qui interessa cfr. 1964, 16-19).

(6) Cfr. M. NIGRO, *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza,* in *Foro it.* CVIII (1985), V, 121.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fronte alla pubblica amministrazione potrebbe e dovrebbe assumere nuovo rilievo.

Ma a quasi dieci anni di distanza, occorre dare atto che quel suggerimento non ha avuto seguito. Forse quella figura non è veramente adeguata a costituire la chiave di volta di una ricostruzione del diritto amministrativo. Forse non era così centrale neppure nella visione di Cammeo. In ogni caso, oggi la ricerca di un nuovo assetto della reciproca posizione di cittadino ed amministrazione segue piuttosto la strada della disciplina, e dell'analisi, del procedimento amministrativo.

Anche la più attenta e completa tra le analisi delle origini della nozione dell'interesse legittimo ha individuato nella posizione di Cammeo una sorta di rassegnato compromesso. Stretto tra l'affermazione « teorica » secondo la quale l'interesse legittimo sarebbe un vero e proprio diritto, e precisamente il diritto alla legalità degli atti amministrativi, ed i concreti orientamenti giurisprudenziali che di volta in volta riconoscono sussistente il diritto soggettivo ovvero l'interesse legittimo, Cammeo avrebbe scelto la soluzione di concepire quest'ultimo come un diritto sì, ma « speciale »: speciale perchè rimesso ad una ricognizione caso per caso; speciale perchè affidato ai meandri dell'ordinamento amministrativo (7).

In questa lettura si sente chiaramente un'eco della prima lettura che abbiamo richiamato sopra e che viene d'altra parte puntualmente citata: le caratteristiche del processo amministrativo sono tali da non offrire spazio alcuno alla costruzione di un diritto soggettivo come situazione che dal processo amministrativo stesso riceva protezione. Alla mancanza di tutela corrisponde l'assenza di una posizione tutelata. La prospettiva sembra dover essere necessariamente la costruzione di un processo del tutto simile a quello in cui si tutelano diritti soggettivi; o meglio: non appare possibile alcuna deviazione rispetto alla falsariga del processo « comune » nel quale si assicura la tutela dei diritti soggettivi.

Questa posizione fa sorgere però grosse perplessità.

Dal punto di vista del giudizio sul processo amministrativo che sembra presupposto in quelle pagine non ci si può non chiedere

---

(7) Cfr. B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione dell'interesse legittimo,* Milano 1985, p. 426-427.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quanto esso corrisponda all'effettiva situazione di fatto e di diritto dello stesso. Per il primo profilo, se fosse vero che nel giudizio amministrativo non è dato alcuno spazio alla tutela del ricorrente rimarrebbe da spiegare perchè gli interessati vi facciano così spesso ricorso. Sotto il profilo normativo poi, anche se si volesse concedere che in realtà l'interesse legittimo è poca cosa e pur prescindendo da altri dati legislativi, occorrerebbe chiedersi che cosa esso deve essere alla stregua della norma costituzionale che ne prescrive la tutela (art. 24, 113 Cost.).

Dal punto di vista poi della valutazione del pensiero di Cammeo in tema di processo amministrativo ed in particolare di interesse legittimo, risulta piuttosto singolare affermare che la sua concezione dello stesso risultò soccombente rispetto al altre, ed anzi fu pressochè abbandonata dalla stesso Cammeo con la rinuncia a trattare del relativo processo, perchè non calibrata, vuoi anche in quanto più avanzata, rispetto al diritto positivo. Le innumerevoli pagine e le preziose analisi dedicate alla nostra materia sarebbero in realtà divergenti rispetto al dato normativo dal quale prendevano spunto.

Da ultimo poi questa chiave di lettura è stata estesa, al di là del problema dell'interesse legittimo, a tutta l'opera di Federico Cammeo. Essa sarebbe caratterizzata da un generoso ed acuto tentativo di introdurre nel campo del diritto pubblico gli strumenti concettuali elaborati dalla pandettistica, ciò che — passando dal piano del metodo a quello dei contenuti — corrisponderebbe allo sforzo di stabilire un equilibrio tra pubblico e privato. Ma quello sforzo non riesce e rimane comunque legato ad un passato che ci è ormai lontano (8). Sembra quasi emergerne l'immagine di uno studioso che, armato degli strumenti concettuali elaborati soprattutto nel campo del diritto privato avrebbe fatto quanto possibile per « civilizzare » il diritto amministrativo, ma si sarebbe visto costretto ad arrestarsi laddove il proposito era risultato veramente impossibile, come appunto davanti alla figura dell'interesse legittimo.

Ma tutto ciò appare abbastanza improbabile. Per un verso non si può certo dire che Cammeo si volgesse all'analisi delle vicende

---

(8) In questo senso cfr. B. SORDI, *Il ritorno di « un vecchio amico » (a proposito di F. Cammeo, Corso di diritto amministrativo),* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXI, Milano 1992, 681-687.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle istituzioni amministrative esclusivamente sulla base ed alla stregua delle nozioni e degli istituti del diritto privato. Certo Egli conosceva assai bene quel settore del diritto, ma il suo atteggiamento pare essere stato piuttosto quello di chi scandaglia un territorio nuovo, pronto a collegarvi coordinate conosciute, ma altrettanto pronto, ed anzi ben vigile, ad identificare la necessità di nuovi strumento di orientamento e lettura. Per altro verso poi Cammeo non ci appare affatto convinto che la pubblica amministrazione fosse un soggetto uguale a tutti gli altri soggetti dell'ordinamento. Al contrario la sua opera si orienta all'idea che proprio per costruire un corretto rapporto tra cittadino ed amministrazione è necessario identificare con precisione le caratteristiche di questa, ciò che non comporta certamente recuperarne una posizione di « specialità », quanto interrogarsi sulla « differenza specifica » (9) che ne definisce la figura.

2. *Teoria e storia in tema di interesse legittimo.*

All'interesse legittimo Federico Cammeo non ha dedicato un apposito lavoro monografico, ciò che, soprattutto in rapporto all'ampiezza ed alla profondità della sua produzione, potrebbe far pensare ad un'attenzione minore per il nostro tema. Ma questa prima impressione deve essere sottoposta a riscontro.

Vengono così all'attenzione innazitutto le note a sentenza, vero laboratorio nel quale Cammeo veniva analizzando i più diversi settori dell'ordinamento, e non di rado della stessa vita sociale, per saggiare il funzionamento degli istituti positivi e sperimentare l'operatività delle nozioni giuridiche. Qui si potrebbe dire che numerossisime ed al tempo stesso assai scarse sono le note che si occupano dell'interesse legittimo: in effetti il tema è tale che non può non venir coinvolto in fondo da qualunque controversia giudiziale con la pubblica amministrazione. Così per esempio succede a proposito delle decisioni in tema di licenziamento (10), o nelle questioni un

(9) L'espressione trovasi in F. Cammeo, *Criterio di separazione della competenza tra l'autorità giudiziaria e il Consiglio di Stato in sede di legittimità,* in *Giur. it.* LXI (1909), III, 161.

(10) Cfr. F. Cammeo, *Licenziamento del medico-condotto effettuato allo scopo che*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tempo ben più sentite di adesso, attinenti al controllo pubblico sulle istituzioni benefiche (11). Evidentemente nel primo caso si discuteva della posizione giuridica del dipendente di fronte all'amministrazione quando nel processo amministrativo ancora non aveva fatto ingresso il diritto soggettivo degli impiegati, nel secondo di quella dell'istituzione nei confronti del controllore.

Non mancano poi i casi nei quali il tema dell'interesse legittimo è messo immediatamente in relazione ai problemi del riparto della giurisdizione, e ciò vuoi quando il dibattito era ancora assai aperto (12), vuoi quando andava ormai consolidandosi il criterio della *causa petendi* (13).

Nella ricchezza di questo materiale è necessario fornirsi di strumenti di orientamento per cercare di individuare un filo conduttore che spesso la nota a sentenza non rivela immediatamente: a questo scopo è giocoforza ricorrere al *Commentario* ed al *Corso*. In materia di interesse legittimo i due testi esprimono fondamentalmente la stessa posizione ed anzi affrontano il tema seguendo per così dire un doppio binario che è presente in ambedue (14). Ci si

---

non acquisti la stabilità, in *Giur. it.* XLVI (1894), III, 58; *Licenziamento di segretario comunale. Forma della deliberazione,* in *Giur. it.* XLVII (1895), III, 123; *Illegalità del licenziamento di maestri elementari per semplice professione di idee socialistiche,* in *Giur. it.* CLVIX (1897), III, 90; *Licenziamento del segretario comunale in occasione della costituzione di un consorzio,* in *Giur. it.* LI (1899), III, 302; *Competenza giudiziaria e amministrativa in tema di licenziamento di impiegati locali,* in *Giur. it.* LIV (1902), III, 305; *Il licenziamento per fine periodo di prova degli impiegati comunali stabili,* in *Giur. it.* LXIV (1912), III, 343; *La motivazione del licenziamento dei segretari comunali per fine del periodo di prova,* in *Giur. it.* LXXIII (1921), III, 21; *Il licenziamento degli impiegati degli enti locali in corso del periodo di prova,* in *Giur. it.* LXXV (1923), III, 257.

(11) Cfr. F. Cammeo, *Impugnabilità dei decreti prefettizi di annullamento di deliberazioni di opere pie davanti al ministro che provvede con semplice decreto,* in *Giur. it.* XLIX (1897), III, 240; *Considerazioni sul ricorso alla IV sezione del Consiglio di Stato contro provvedimenti negativi in tema di concentramento o trasformazione di opere pie,* in *Giur. it.* L (1898), III, 39; *Sul termine per impugnare decreti di concentramento e simili, relativi delle opere pie,* in *Giur. it.* LII (1900), III, 169.

(12) Cfr. F. Cammeo, *Criterio di separazione della competenza...,* cit. sopra alla n. 9.

(13) Cfr. F. Cammeo, *Ancora sul criterio distintivo della competenza del Consiglio di Stato (nella giurisdizione non esclusiva) e dell'autorità giudiziaria,* in *Giur. it.* LXXXI (1929), III, 135.

(14) B. Sordi, *op. cit.* sopra alla n. 7 svolge invece una lettura imperniata sulla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riferisce al fatto che nell'una e nell'altra opera l'interesse legittimo viene esaminato in due sedi diverse e staccate tra di loro.

Nel *Commentario* di interesse legittimo, della sua definizione e dei criteri per distinguerlo dal diritto soggettivo si parla innazitutto (pp. 101 e ss.) nel Capito IV, intitolato « Diritto pubblico subiettivo e interesse collettivo e individuale », della prima Parte, dedicata ai « Principi generali ». L'opera prosegue poi con la Parte seconda, nella quale viene esaminata « La giurisdizione amministrativa nel diritto italiano », denominazione sotto la quale — in maniera abbastanza differente rispetto a quanto si è poi usato fare in seguito — vengono esaminati i ricorsi gerarchici e la giurisdizione del giudice ordinario. Qui la figura del diritto e quella dell'interesse sono esaminate dapprima, in chiave storica, lungo il percorso ed i dibattiti che dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo portano all'istituzione della Quarta sezione del Consiglio di Stato (pp. 428 e ss.). In secondo luogo, all'interno del Capitolo dedicato all'« Azione giudiziaria », la sezione terza esamina « Diritti e interessi » sulla base della giurisprudenza e delle norme allora, così come oggi vigenti (pp. 722 e ss.). Già questi schematici cenni lasciano intendere le diversità dell'analisi svolta nelle due diverse sedi richiamate: ad una riflessione ed un'argomentazione di ordine prevalentemente teorico succede poi un'esposizione ed un'analisi ricchissima di dati parlamentari, legislativi e giurisprudenziali.

Un'analoga dicotomia emerge poi dalle pagine del *Corso* (15). Qui la materia che ci interessa è trattata in un lungo capo, il secondo, del titolo dedicato a « Rapporti giuridici e diritto subiettivo ». In

---

contrapposizione tra le due opere. A sostegno dell'impostazione qui preferita si possono addurre due considerazioni. In primo luogo va osservato che l'adesione alla concezione della tutela occasionale o indiretta proposta da Ranelletti ed accolta dalla giurisprudenza, che caratterizzerebbe il passaggio dal *Commentario* al *Corso*, è invece già netta nel primo lavoro (cfr. *Commentario* ... cit., p. 108 ed in particolare alla n. 1, p. 794 pure alla n. 1). In secondo luogo occorre sottolineare come a quella ricostruzione dell'interesse legittimo Cammeo concorra con una visione del ruolo della volontà individuale che costituisce una caratteristica del suo pensiero e che, dalle pagine del *Commentario*, risale ad uno dei suoi primi lavori monografici (*La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico. Contratti di diritto pubblico,* in *Giur. it.* LII (1900), IV, 1).

(15) Qui ed in seguito le citazioni del *Corso di diritto amministrativo*, si riferiscono alla ristampa con note di aggiornamento, curata da G. Miele, Padova 1960.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quel capo la prima sezione presenta la « Nozione del diritto subiettivo e dell'interesse » (pp. 306 e ss.), la quarta affronta « Diritti, interessi legittimi e interessi semplici e relativa tutela nella nostra legislazione » (pp. 340 e ss.).

Nell'uno e nell'altro caso si tratta evidentemente di pagine centrali ed infatti esse non hanno mancato di attirare l'attenzione degli studiosi. Così si è detto che l'ampiezza con la quale la materia viene affrontata nel *Corso* sarebbe resa necessaria dallo sforzo di superare la forzatura consistente nella riproposizione del collegamento tra diritto soggettivo e azione al rapporto tra interesse legittimo e ricorso al giudice amministrativo (16). Secondo una diversa ricostruzione, proprio nel *Corso* le due trattazioni sarebbero in insanabile contrasto e rivelerebbero, esattamente per questa disomogeneità, il tentativo di una determinazione « storica » della nozione di interesse legittimo che invece sfugge irrimediabilmente ad una chiarificazione teorica: saremmo così di fronte ad un compromesso che accetta le soluzioni affermatisi ad opera della giurisprudenza e fa salva la specialità del potere e dell'ordinamento dell'amministrazione (17).

Ma forse è possibile anche un'altra lettura. I due gruppi di riflessioni sui quali Cammeo articola la sua analisi non sono in contrapposizione tra di loro, al contrario essi sono complementari, si spiegano e si completano a vicenda. Da un lato Cammeo esamina la posizione del cittadino di fronte all'amministrazione in linea di principio per illustrare che caratteristiche essa possa assumere: si tratta di dimostrare che è teoricamente possibile non solo la figura dell'interesse legittimo, ma anche la figura dello stesso diritto soggettivo (pubblico). Dall'altro lato poi, proprio sulla base della possibilità astratta di configurare diritti soggettivi ed interessi legittimi, si tratta di esaminare quando e su quali presupposti sussiste una simile protezione, raggiungendo così una conferma — o una smentita — dei precedenti risolati teorici. Nè deve stupire che questa analisi venga condotta — come Cammeo continuamente sottolinea — in riferimento « alla nostra legislazione »: questo avvertimento, che in seguito è stato avvertito come limitativo, quasi

(16) In questo senso M.S. GIANNINI, *op. cit.* sopra alla n. 5, 1964, 17.

(17) In questo senso B. SORDI, *op. cit.* sopra alla n. 7, p. 426.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

indice di un'insofferenza per una disciplina malformata ed infelice, corrispondeva logicamente all'impostazione di un discorso che si proponeva di verificare se e come le nozioni ricavate dai principi generali ottenessero un riscontro nella situazione positivamente esistente nel nostro paese.

Del resto non va dimenticato — come invece talora succede — che alla figura dell'interesse legittimo si legano due gruppi di problemi, e due serie di implicazioni e di conseguenze giuridico-istituzionali profondamente diverse (18). Infatti all'interesse legittimo corrispondono tanto la disciplina del riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, quanto le regole relative al tipo di tutela che è riconosciuto ad un soggetto quando la sua posizione viene coinvolta dalle scelte che sono affidate alla responsabilità della pubblica amministrazione.

Il primo è un problema che può essere superato se si sceglie un sistema a giurisdizione unica, come sembra si suggerisca di fare ora in Italia, anche se con proposte che lasciano temere un peggioramento della situazione (19), tra l'altro proprio sulla falsariga di una valutazione nettamente negativa della vicenda normativa, dottrinale e giurisprudenziale apertasi poco più di cento anni fa con le riforme crispine. Molto meno facilmente superabile è invece il secondo gruppo di problemi. Esso si radica infatti direttamente sull'esistenza di soggetti ai quali viene affidato il compito di prendere decisioni per la collettività e sulla scelta di garantire al singolo componente della collettività una tutela di fronte a tali decisioni.

Non si tratta evidentemente di questioni di rilievo secondario, nè di facile soluzione. Nell'uno e nell'altro caso le diverse risposte che si registrano nell'esperienza dei diversi paesi presentano tutte vantaggi ed inconvenienti (20). Non è nostro compito analizzarle qui luci ed ombre delle diverse situazioni e ci basta richiamarne la memoria per osservare come in nessun caso si tratta di problemi nati

---

(18) Cfr. F.G. Scoca, *Sulle implicazioni del carattere sostanziale dell'interesse legittimo*, in Studi in onore di M. S. Giannini, vol. III, Milano 1988, 667.

(19) Sul punto cfr. ora E. Cannada Bartoli, *Riforma della giustizia amministrativa,* in *Foro amm.* 1992, 2831.

(20) Per un'aggiornata panoramica cfr. G.F. Ferrari, *Giustizia amministrativa in diritto comparato,* in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VII, Torino 1991, 567.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

semplicemente da un'infelice scelta legislativa, da un'interpretazione giurisprudenziale parziale, da una lettura dottrinale poco avveduta.

3. *Interesse legittimo, diritto subiettivo e diritto obiettivo.*

Se allora cerchiamo di cogliere nella sua completezza la nozione dell'interesse legittimo elaborata da Federico Cammeo, dobbiamo considerarne i vari elementi nel loro complesso. Si tratta precisamente di tre elementi: il riconoscimento di un interesse ad opera dell'ordinamento giuridico ovvero, secondo l'espressione allora più diffusa, del diritto obiettivo; la protezione di quell'interesse attraverso una serie di istituti come l'azione giudiziale; il ruolo riconosciuto alla volontà del titolare nel perseguire il proprio interesse e ricercarne protezione (21).

Si spiega così innanzitutto l'affermazione dell'esistenza di un diritto alla legalità degli atti amministrativi. Qui Cammeo segue fedelmente il pensiero di Lodovico Mortara (22): con il ricorso alla quarta sezione del Consiglio di Stato previsto dalla legge del 1889 (23) gli interessi « d'individui o di enti morali giuridici » hanno ricevuto protezione come diritti soggettivi (24). Naturalmente questa affermazione presuppone un passaggio che è della massima importanza, e cioè richiede di ritenere che la nuova sezione, ed i poteri che ad essa sono conferiti, abbiano natura giurisdizionale. Ma lasciamo per ora questo aspetto sullo sfondo e rimaniamo alle caratteristiche dell'interesse legittimo.

---

(21) Cfr. F. CAMMEO, *Commentario...* cit., pp. 101 e ss; Id., *Corso...* cit., pp. 396 e ss.

(22) Cfr. L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile. Vol. I — Teoria e sistema della giurisdizione*, 5ª ed., Milano 1923, p. 61.

(23) L. 31 marzo 1889 n. 5992, *Costituzione di una nuova sezione del consiglio di Stato per la giustizia amministrativa e modificazione di alcuni articoli della legge 20 marzo 1865, allegato D.*

(24) Del resto anche Ranelletti aveva affermato che tali interessi « sono dei veri diritti, ma che subiscono una compressione quandi si trovano di fronte ed in contrasto coll'elemento col quale sono compenetrati, cioè l'interesse di quella data società » (cfr. O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano 1892, ora in Id., *Scritti giuridici scelti, Vol. II. La giustizia amministrativa*, Camerino 1992, p. 76).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il fatto che ad esso venga riconosciuto carattere di diritto alla legalità degli atti amministrativi non comporta però affermare nè che esso coincida completamente con il diritto soggettivo, nè che quel genere di protezione sia accordato a qualunque interesse. A marcare la prima differenza sta l'elemento della volontà: Cammeo infatti ritiene che mentre nel diritto soggettivo la volontà dell'interessato trova la sua più completa espressione, questo non succede invece nell'interesse legittimo, dove il riconoscimento operato dall'ordinamento si riferisce piuttosto ad interessi collettivi e la tutela individuale ha carattere « incidentale, occasionale o riflessa che dir si voglia » (25). A tracciare la seconda linea di confine sta poi l'elemento del riconoscimento operato dall'ordinamento: in assenza di questo siamo nel campo degli « interessi, che per non coincidere con alcun precetto di diritto obiettivo, diremo semplici » (26).

A questo punto non va sottaciuto come la lettura della concezione di Cammeo che va emergendo porta a dubitare di un'altra opinione piuttosto ampiamente corrente negli ultimi tempi, e cioè quella che vede una contrapposizione tra questa concezione appunto e quella di Oreste Ranelletti. Al di là delle citazioni che, come si può verificare, sono frequenti nelle pagine che abbiamo ripercorso, troviamo infatti un'ampia coincidenza di posizioni: simile è la tripartizione tra diritti soggettivi, interessi legittimi, interessi semplici; analoga la tecnica utilizzata per tracciare le reciproche delimitazioni in termini di modalità, di grado di riconoscimento e protezione da parte del diritto obiettivo.

In realtà un'analisi approfondita non tarderebbe ad identificare diverse accentuazioni e discordanti rilievi tanto in riferimento alle nozioni di bene, interesse, volontà, potere e così via, quanto in relazione alle differenti ricostruzioni, italiane e soprattutto tedesche, delle medesime; ciò tuttavia non scalfisce una fondamentale concordanza sulla figura dell'interesse legittimo (27). Del resto all'epoca il

---

(25) Cfr. F. Cammeo, *Commentario...* cit., p. 108.

(26) *ibidem*.

(27) Una verifica si può ottenere da O. Ranelletti, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli 1912, pp. 418, ed *ivi* p. 431 per il rinvio alle pagine di Cammeo che abbiamo citato sopra, nonchè p. 441 ove in nota leggiamo l'affermazione secondo la quale i concetti proposti dallo stesso Ranelletti « sono stati accolti dalla dottrina italiana », che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dibattito scientifico non conosceva ancora le articolate distinzioni e le sottili contrapposizioni che lo avrebbero caratterizzato poi (28).

Ma anche rimanendo ai contorni fondamentali della figura, non è certo possibile assimilare completamente la nozione di interesse legittimo propria di Federico Cammeo a quella elaborata da Oreste Ranelletti. Il tratto peculiare e caratteristico della concezione di Cammeo deriva infatti dalla immediata e completa adesione alla tesi della natura giurisdizionale degli istituti introdotti nel 1889. Si potrebbe osservare che è questo un problema antico ed ormai da tempo superato; che le iniziali perplessità furono ben presto abbandonate anche dagli altri autori; che comunque la questione fu definitivamente risolta dal legislatore nel 1907 (29) ed infine dalla ricezione della figura dell'interesse legittimo nel testo costituzionale. Certo tutto ciò è vero, anche se è altrettanto vero che l'ipoteca « amministrativistica » ha pesato sul giudizio amministrativo ben più a lungo di quanto sarebbe stato ragionevole aspettarsi. Eppure emerge qui un aspetto che è centrale nel pensiero e nell'opera di Cammeo.

Secondo l'impostazione a lui propria l'interesse legittimo non è tanto la definizione della posizione giuridica del cittadino nei confronti dell'amministrazione, quanto la situazione nella quale il cittadino coinvolto nell'assetto di interessi che l'ordinamento ha rimesso alle determinazioni dell'amministrazione può attivare il controllo del giudice. Qui è evidentemente determinante l'insegnamento di Lodovico Mortara e la sua riflessione sul ruolo della « giurisdizione civile nello Stato libero » (30).

---

viene corroborata con la citazione di F. Cammeo, *Commentario...* cit., p. 108 e di S. Romano, *Principi di diritto amministrativo*, 3ª ed. Milano 1912, p. 44. Si osservi che la registrazione di queste concordanze è largamente precedente alla soluzione giurisprudenziale dei problemi relativi al criterio di riparto delle giurisdizioni.

(28) Per una specie di ironia della sorte una delle più complete (il giudizio è di M. NIGRO, *Giustizia...*, cit. sopra alla n. 4, p. 470, e di F.G. SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma 1989, 21) esposizioni delle varie teorie in tema di interesse legittimo è quella curata da G. Miele per la ristampa del *Corso* di Cammeo, Padova 1960, p. 312.

(29) L. 7 marzo 1907 n. 62.

(30) Tale, come noto, l'intitolazione del Titolo primo del primo volume di L. MORTARA, *Commentario del codice...,* cit. sopra alla n. 23.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Situazione giuridica del cittadino, poteri e compiti dell'amministrazione, poteri e compiti del giudice sono inevitabilmente sempre i poli entro i quali si iscrive il problema della giustizia amministrativa. A sua volta poi, ciascuno di questi tre poli si definisce in relazione ai precetti del diritto obiettivo. Nell'impostazione più diffusa e consueta alla definizione che il diritto obiettivo fornisce della posizione giuridica del cittadino corrispondono i poteri dell'amministrazione e sul corretto equilibrio di questi due termini vigila il potere giurisdizionale. All'interno di questa impostazione vi possono essere poi diverse varianti, a secondo che sia riconosciuto rilievo preminente all'uno o all'altro dei due citati termini: la posizione del cittadino può allora essere vista come variabile dipendente dei poteri conferiti all'amministrazione, o viceversa. Si tratta evidentemente di alternative di non poco conto, dalle quali però il pensiero di Cammeo, e di Mortara, si differenzia completamente. Nella loro impostazione, infatti, l'accento è nettamente spostato sul terzo dei tre poli di cui dicevamo, e cioè sul ruolo, ed i poteri, che il diritto obiettivo attribuisce al giudice: quando è prevista azione giudiziaria — e siffatta previsione è essenziale nello Stato libero — è alla giurisdizione che spetta l'ultima parola sull'attuazione del diritto obiettivo, e quindi anche sulla reciproca posizione di cittadino ed amministrazione.

Due precisazioni, tra i tanti spunti che nascono da queste riflessioni, giovano a meglio chiarire questa concezione. Innanzitutto va sottolineato che quella che si va delineando non è affatto una visione processuale, o addirittura giudiziale, dell'ordinamento; necessaria premessa di tutto il discorso è infatti il diritto obiettivo (31), ed al giudice è riservata una funzione rigorosamente dichiarativa della « volontà » dell'ordinamento.

Nasce qui non soltanto l'attenzione di Cammeo per le sentenza

(31) A corroborare sia questa specifica affermazione, sia lo svolgimento complessivo del testo è utile ricordare che il primo capitolo del *Commentario* è dedicato a « Il diritto obiettivo e la giurisdizione nei rapporti di ragione privata » (pp. 7-27). Di lì la riflessione del nostro Autore si sposta sul diritto pubblico (Capitolo II, pp. 28-52), per passare attraverso la « Divisione dei poteri (Capitolo III, pp. 53-68) e giungere quindi al diritto subbiettivo pubblico ed all'interesse collettivo ed individuale nel Cap. IV (pp. 69-135).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dichiarative (32), ma soprattutto la sua riflessione su quell'accertamento che viene identificato come una costante dell'attività giurisdizionale stessa, e quindi anche del giudizio amministrativo (33). In quel modo egli pone alcuni punti fermi che torneranno preziosi in anni più recenti quando il problema dell'effettività della tutela giurisdizionale amministrativa, per esempio di fronte all'inerzia dell'amministrazione (34), verranno a porsi al centro dell'attenzione in tutta la loro gravità (35).

4. *La ricerca delle regole del controllo giurisdizionale.*

Poco sopra si accennava a due precisazioni derivanti dal ruolo che Cammeo riconosce al potere giurisdizionale: abbiamo svolto la prima e conviene ora passare alla seconda. Vale la pena porre in evidenza che la concezione descritta non ha soltanto implicazioni di carattere generale, ma comporta una dislocazione di accenti e di interessi nel lavoro di riflessione e di studio che sono della massima importanza. Proprio da quella impostazione nasce infatti un percorso intellettuale e scientifico, che non troviamo in altri autori e che è caratteristico di Cammeo. Dalle note a sentenza alle sistemazioni del *Commentario* e del *Corso* si dipana, accanto ad altri, un filo di impressionante continuità logica e cronologica, che dagli strumenti del controllo giurisdizionale passa ai termini ed alle modalità di questo, nello sforzo di perfezionare una tutela effettiva del cittadino.

---

(32) Cfr. in particolare F. CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione,* in *Giur. it.* (LVII) 1905, IV, 23; *Le azioni dichiarative nel diritto inglese e nordamericano,* in Studi in onore di G. Chiovenda, Padova 1927, p. 183.

(33) Per limitarci ad alcuni spunti dal *Corso*, cfr. p. 673: « La funzione giurisdizionale consiste sempre in un accertamento »; p. 806: « Il ricorso contenzioso, come l'azione giudiziaria, è fondamentalmente dichiarativo: cioè ha lo scopo di accertare e reintegrare il diritto o interesse legittimo o interesse semplice anteriore alla domanda ».

(34) Ancora dal *Corso*, p. 738: « L'annullamento ha un diverso significato rispetto agli atti positivi od ai negati, poichè, se in entrambi significa che sono tolti di mezzo gli effetti dell'atto impugnato, per gli effetti negativi, ove si annulli un rifiuto perchè è obbligatorio emanare l'atto, può significare anche dichiarazione di quest'obbligo ».

(35) Per un'illustrazione della situazione, cfr. E. FERRARI, *La decisione giurisdizionale amministrativa: sentenza di accertamento o sentenza costitutiva ?*, in *Dir. proc. amm.* 1988, 563; B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova 1989.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Un primo passaggio prende l'avvio dal problema dell'accesso ai fatti da parte dell'amministrazione (36), e corrispondetemente del giudice (37), percorre il meccanismo dell'applicazione del diritto al fatto e per tale via giunge al tema della discrezionalità (38). Per Cammeo il centro di gravità della materia sta nel contenuto della norma e quindi nei compiti che al proposito l'ordinamento affida rispettivamente al potere esecutivo ed al potere giurisdizionale.

Sulla stessa lunghezza d'onda, l'analisi del meccanismo di formazione delle decisioni collettive prosegue poi in Cammeo con la riflessione su una figura che purtroppo la riflessione successiva ha quasi dimenticato, e cioè l'errore (39): la falsa rappresentazione della situazione di fatto ovvero la scorretta individuazione della norma diritto possono ugualmente pregiudicare l'attuazione del diritto obiettivo. Di lì giunge infine alla figura della motivazione degli atti amministrativi (40), che corrisponde esattamente alla necessità di ricostruire e verificare il percorso logico e giuridico seguito dall'amministrazione.

Se allora, secondo le riflessioni svolte, la definizione astratta che dell'interesse legittimo accoglie Federico Cammeo non pare rivelare decisive differenze rispetto a quelle sostenute dagli altri autori suoi contemporanei, caratteristico della concezione del nostro Autore risulta essere piuttosto il collegamento tra quella figura ed una serie di altre figure che tutte concorrono a rendere possibile il controllo giurisdizionale dell'esercizio del potere amministrativo. E per molte

---

(36) F. Cammeo, *La competenza di legittimità della IV sezione del Consiglio di Stato e l'apprezzamento di fatti valutabili secondo criteri tecnici,* in *Giur. it.* LIV (1902), III, 275.

(37) F. Cammeo, *Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa,* in *Giur. it.* 1916, III, 101.

(38) F. Cammeo, *Commentario...*, pp. 128 ss., pp. 773 ss.; *Corso...*, pp. 185 ss.

(39) F. Cammeo, *L'errore nella dichiarazione di volontà come vizio degli atti amministrativi ed in particolare dei decreti su ricorso gerarchico,* in *Giur. it.* LIX (1907), III, 105; *I vizi di errore, dolo e violenza negli atti amministrativi,* in *Giur. it.* LXV (1913), III, 113; *Osservazioni sull'errore come vizio degli atti amministrativi,* in *Giur. it.* LXX (1918), III, 285; *Sul carattere dell'errore essenziale come vizio degli atti amministrativi,* in *Giur. it.* LXXV (1923), III, 243.

(40) F. Cammeo, *Gli atti amministrativi e l'obbligo della motivazione,* in *Giur. it.* LX (1908), III, 253.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di queste figure Cammeo ci ha lasciato spunti e riflessioni che probabilmente non sono ancora stati del tutto approfonditi.

Dal terreno delle controversie sulle definizioni e sulle nozioni, Cammeo ci porta al terreno degli istituti positivi. Tra i temi squisitamente processuali ed i diversi argomenti di diritto sostanziale coltivati dal nostro Autore si colloca così un filone di ricerca — proprio e caratteristico di Cammeo — condotto su problemi concreti ed identificato dal confronto continuo tra il ruolo dell'amministrazione ed il ruolo del giudice, quale per Cammeo era senza dubbio ed a pieno titolo anche il giudice amministrativo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ALDO TRAVI

CAMMEO E I RICORSI AMMINISTRATIVI

1. Il tema dei ricorsi amministrativi nelle *Questioni* e nel *Commentario*. — 2. Criteri d'indagine seguiti da Cammeo. — 3. La ricerca di un fondamento per i ricorsi amministrativi. — 4. Ricorso gerarchico e principio gerarchico. — 5. (*Segue*): i limiti all'intervento dei regolamenti. — 6. L'interesse pubblico e il ricorso straordinario. — 7. Ricorsi amministrativi e posizioni soggettive. — 8. Discrezionalità e « interessi semplici ».

1. *Il tema dei ricorsi amministrativi nelle* Questioni *e nel* Commentario.

Il tema dei ricorsi amministrativi fu trattato da Cammeo in diverse occasioni, ma con attenzione del tutto particolare in alcune note a sentenza pubblicate sulla *Giurisprudenza italiana* (1), nelle *Questioni di diritto amministrativo* (2), nel *Commentario* (3) e in

(1) In particolare: *Ricorso gerarchico* e *ricorso contenzioso*, in *Giur. it.* 1894, III, 308; *Ricorsi gerarchici contro i decreti prefettizi in tema di vigilanza di opere pie*, in *Giur. it.* 1897, III, 240; *Provvedimento definitivo e ricorso straordinario al Re*, in *Giur. it.* 1900, III, 97; *Ricorso gerarchico proposto da organi governativi*, in *Giur. it.* 1909, III, 227; *Interesse a ricorrere in via gerarchica*, in *Giur. it.* 1912, III; 175.

(2) Cammeo, *Il ricorso straordinario al Re*, in *Questioni di diritto amministrativo*, Firenze 1900, p. 5-96. Lo studio sul ricorso straordinario era l'unico completamente originale pubblicato nel volume: gli altri, come segnalava lo stesso autore nell'« avvertenza » iniziale, erano già stati pubblicati nella *Giurisprudenza italiana*, e contenevano solo alcune integrazioni. Molte pagine delle *Questioni* sul ricorso straordinario furono poi riprodotte, solo con alcune integrazioni ed aggiornamenti, nel successivo *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa* (cfr., p. es., *Questioni* cit., p. 64 ss., e *Commentario* cit., p. 630 ss.).

(3) Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano s.d., particolarmente p. 448-648. Questa parte del *Commentario* fu redatta prima della riforma del 1907.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alcune pagine del *Corso* (4). Per valutare le posizioni espresse da Cammeo appaiono significative soprattutto le pagine delle *Questioni* e del *Commentario*, e ad esse si farà qui riferimento.

È utile ricordare che all'epoca di questi interventi di Cammeo il tema dei ricorsi amministrativi veniva affrontato secondo logiche almeno in parte diverse dalle attuali.

Oggi, per esempio, dopo la riforma del 1971 e l'interpretazione datane dalla giurisprudenza, diventa inevitabile, in ogni analisi di ampio respiro su questo tema, valutare se i ricorsi amministrativi realizzino utilità significative e quindi abbiano ancora un loro « ruolo » e una loro « funzionalità » nel sistema della giustizia amministrativa: questo diventa oggi inevitabilmente il momento centrale nella trattazione di un tema ormai avvertito da tutti come marginale e, salvo imprevedibili resurrezioni, del tutto recessivo. Al di là delle sistematiche tradizionali dei manuali e dei trattati, condizionate da esigenze didascaliche, gli argomenti in discussione sui ricorsi amministrativi oggi sono in genere gli stessi dei ricorsi giurisdizionali o emergono di riflesso rispetto a quelli prospettati per i ricorsi giurisdizionali.

In un quadro ben diverso Cammeo affrontava il tema dei ricorsi amministrativi nelle *Questioni* e nel *Commentario*, ossia solo una decina di anni dopo la riforma del 1889 (5), in un sistema caratterizzato dalla possibilità di ricorrere alla Quarta Sezione esclusivamente contro provvedimenti definitivi. Certo, anche in quell'epoca vi era chi si poneva il problema del « ruolo » dei ricorsi amministrativi e proponeva la soppressione del ricorso straordinario (soppressione di cui lo stesso Cammeo fu fautore nelle *Questioni* (6)) o un

---

(4) CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova 1911-1914; ristampa a cura di Miele Padova 1960 (le successive citazioni a quest'opera si riferiscono sempre a tale ristampa).

(5) Sulla riforma del 1889 v. ora l'ampia analisi negli studi pubblicati nel volume *Le riforme crispine — Giustizia amministrativa*, Archivio ISAP n.s. n. 6, vol. II, Milano 1990, con contributi di ALLEGRETTI, GOTTI, CORPACI, GIGANTE, PUBUSA, DI GIOVANNI, MAVIGLIA, FOLLIERI, CERULLI IRELLI, SORDI, MANNORI, AMMANNATI, REBUFFA. Gli atti parlamentari della legge istitutiva della Quarta Sezione sono stati pubblicati, con una relazione introduttiva, da PAOLANTONIO, *L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano, 1991.

(6) Cfr. CAMMEO, *Questioni di diritto amministrativo*, p. 96; per una posizione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

netto ridimensionamento dei ricorsi gerarchici (sulla idoneità di essi ad attuare una giustizia nell'amministrazione anche Cammeo, come tanti altri autori dell'epoca, esprimeva forti perplessità (7)): l'istituzione della Quarta Sezione (8) poneva inevitabilmente dubbi sulla persistente utilità dei ricorsi amministrativi. Ma essi avevano ancora un loro spazio di primo piano, nel sistema italiano della giustizia amministrativa: in primo luogo perché, come si vedrà in seguito, le possibilità di tutela offerte da essi sembravano istituzionalmente diverse e più ampie di quelle offerte dalla Quarta Sezione o dal giudice ordinario, in secondo luogo perché l'imprescindibile collegamento fra il ricorso alla Quarta Sezione e il ricorso gerarchico e il

---

analoga v. anche ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Trattato Orlando*, vol. III, Milano 1901, p. 709-710, e TIEPOLO, *La giustizia amministrativa ed il discentramento*, in *Giust. amm.* 1892, IV, 68 ss. (per questo autore cfr. *infra* nota n. 12).

La soppressione del ricorso straordinario era prospettata allora nel disegno di legge Di Rudinì, presentato al Senato il 4 maggio 1897. Il testo del disegno di legge è riportato da SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino 1904, p. 670 ss.; la relazione al disegno di legge, redatta da Saredo, per la parte dedicata alla soppressione del ricorso straordinario è riprodotta da Cammeo nelle *Questioni* cit., pp. 91 —96. Sulle vicende parlamentari del disegno di legge cfr. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi* cit., p. 700 ss. e ORLANDO, *La giustizia amministrativa* cit., p. 710 (nota). Sul significato della proposta di Saredo —Di Rudinì rispetto al riparto di competenze fra la Quarta Sezione e il giudice civile (il disegno di legge valorizzava, fra l'altro, il criterio del « petitum »), cfr. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 3° ediz., Bologna 1983, p. 176 ss., e SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'età liberale — La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano 1985, p. 295 ss.

Anche nel caso del ricorso straordinario la riforma del 1907 realizzò un obiettivo opposto a quello proposto dal disegno di legge Saredo —Di Rudinì: invece della soppressione del ricorso straordinario, fu disposto il suo mantenimento, con una più accentuata « formalizzazione » dei suoi caratteri (fu introdotto un termine di 180 giorni per il ricorso e fu previsto l'obbligo della notifica all'amministrazione e agli « interessati »: cfr. art. 2 legge 7 marzo 1907, n. 62). Questo obiettivo era stato, per alcuni versi, auspicato dallo stesso Consiglio di Stato, in un parere dell'Adunanza generale 14 dicembre 1899, riportato da NARDELLI, *Il ricorso alla IV Sezine del Consiglio di Stato*, Napoli 1902, p. 261 ss.

(7) Cfr. CAMMEO, *Commentario* cit., p. 3. Sulla proposta di escludere il ricorso gerarchico nelle materie comprese nella competenza di merito della Quarta Sezione, v. TIEPOLO, *La giustizia amministrativa e il decentramento* cit.

(8) Sulle vicende all'origine della legge, cfr. l'interessante analisi di DI GIOVANNI, *L'iter parlamentare della legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine* cit., p. 265 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parallelismo delineato fra il ricorso alla Quarta Sezione e il ricorso straordinario sottolineavano l'esigenza di una analisi unitaria dei due ordini di istituti, in terzo luogo perché l'istituzione della Quarta Sezione e il dibattito che ne era nato coinvolgevano necessariamente anche alcuni profili nodali della disciplina dei ricorsi amministrativi (come, per esempio, quello della identificazione degli « interessi »). Una riflessione generale sulla giustizia amministrativa si doveva estendere ancora anche ai ricorsi amministrativi.

Non stupisce, quindi, che il primo lavoro monografico di Cammeo sulla giustizia amministrativa (le *Questioni di diritto amministrativo* pubblicate nel 1900) sia stato dedicato proprio ai ricorsi amministrativi e che nel *Commentario* un'analisi accurata sia riservata all'esame dei ricorsi amministrativi; anzi, questa parte, per il mancato completamento dell'opera, in genere viene considerata decisiva anche per ricostruire la posizione di Cammeo su alcuni aspetti del ricorso alla Quarta Sezione (9).

2. *Criteri d'indagine seguiti da Cammeo.*

La trattazione del ricorso straordinario e degli altri ricorsi amministrativi nelle *Questioni* e nel *Commentario* è costellata di argomenti e di problemi molto vari, concernenti sia la disciplina puntuale dei ricorsi sia i principi generali cui essi erano ritenuti soggetti. Il metodo seguito dall'autore nell'indagine spiega questo tipo di trattazione: Cammeo, anche nell'esame di istituti come i ricorsi amministrativi che erano tutt'altro che di recente origine ed

(9) Ciò non toglie che gli interventi sui ricorsi amministrativi fossero in genere molto più limitati rispetto a quelli sui ricorsi alla Quarta Sezione: mentre già nel 1902 l'autore di un trattatello pratico sul ricorso alla Quarta Sezione (NARDELLI, *Il ricorso alla IV Sezione* cit., p. 3 ss.) rilevava l'ampiezza degli studi sull'impugnazione introdotta dalla legge del 1889, ancora nel 1911 l'autore di un trattato analogo sui ricorsi amministrativi (HAUTMANN, *Del ricorso gerarchico*, Firenze 1911) rilevava « la mancanza quasi assoluta di scrittori » che avessero affrontato in modo specifico il tema del ricorso gerarchico (Hautmann segnalava solo tre eccezioni, che evidentemente corrispondevano agli studi ritenuti più autorevoli e più ricchi di spunti per l'interpretazione della disciplina vigente: i contributi del TIEPOLO pubblicati sulla rivista *Giustizia amministrativa* (cfr. *infra*, nota n. 12), le *Questioni* di CAMMEO, la monografia di ORLANDO, *La giustizia amministrativa* per il volume III del Trattato).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

erano già stati oggetto di numerose riflessioni da parte della dottrina, privilegiava la ricerca deduttiva dalle singole disposizioni del diritto positivo (« dal noto all'ignoto » (10)).

Così, nelle *Questioni*, l'esame di uno dei problemi centrali allora affrontato negli studi sui ricorsi straordinari, quello concernente il rapporto (di contrapposizione secondo alcuni, di tendenziale identificazione secondo altri) fra ricorso straordinario e ricorso al Re « in via gerarchica », veniva risolto riconoscendo come argomento decisivo il fatto che in alcune disposizioni recenti (11) era previsto espressamente il ricorso straordinario contro decisioni di ricorsi al Re proposti in via gerarchica. Può essere interessante notare come nella stessa trattazione Cammeo, sulla base di una puntigliosa ricerca storica, rilevasse che i due istituti originariamente erano effettivamente espressione di un medesimo « ricorso al Re in via di grazia », come sostenevano appunto i fautori della tendenziale identificazione dei due istituti (12), ma negasse ogni rilievo determinante all'argo-

---

(10) CAMMEO, *Questioni di diritto amministrativo* cit., p. 34. Cfr., analogamente, in *Commentario*, p. 104-105; in *Corso*, p. 2-3.

(11) CAMMEO, *Questioni di diritto amministrativo*, cit. p. 44 ss. Erano invocati particolarmente, oltre a un'interpretazione costante del Consiglio di Stato (cfr. *infra* nota n. 13), l'art. 42 della legge 19 luglio 1890 sulle opere pie e l'art. 1 della legge 30 luglio 1896 sulla beneficienza romana.

(12) Il riferimento valeva particolarmente per alcuni scritti del TIEPOLO, consigliere di Stato della Quarta Sezione, autore di pregevoli studi sui ricorsi amministrativi pubblicati sulla *Giustizia amministrativa* a partire dal 1890 (soprattutto *Il provvedimento definitivo ed il ricorso al Re*, in *Giust. amm.* 1890, IV, p. 25 ss., e *La giustizia amministrativa ed il discentramento*, in *Giust. amm.* 1892, IV, 68 ss.). Si tenga presente che questo autore non sosteneva la tesi della piena identificazione fra i due ordini di ricorso al Re: sosteneva, però, che, per la loro sostanziale omogeneità (testimoniata anche dalla comune origine storica) e per il riferimento a una medesima autorità decidente, non era possibile ammettere il ricorso straordinario contro le decisioni assunte in seguito a ricorso gerarchico al Re.

La questione assume particolare rilievo per il principio di alternatività fra ricorso alla Quarta Sezione e ricorso straordinario: una volta riconosciuta l'omogeneità fra ricorso gerarchico al Re e ricorso straordinario, diventava inevitabile estendere la regola dell'alternatività anche allo stesso ricorso gerarchico al Re.

Per valutare la posizione del TIEPOLO si tenga presente, inoltre, che egli era fra i fautori della natura amministrativa (e non giurisdizionale) della Quarta Sezione (cfr. AMMANNATI, *Il dibattito dottrinale dopo le leggi del 1889 —90*, in *Le riforme crispine* cit., p. 628).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento storico, perché esso risultava incompatibile con il diritto positivo (13). Era accolto così un criterio che rivelava, accanto a una

---

Per ulteriori riferimenti al dibattito sul rapporto fra i due ricorsi, v. LOMONACO, *Legge e regolamenti sul Consiglio di Stato*, vol. I, Roma 1894, p. 250 ss.

(13) CAMMEO, *Questioni di diritto amministrativo*, p. 50: « la storia dell'istituto è stata qui esposta per debito di imparzialità e per completamento dello studio iniziato; e da esso si possono trarre anche delle conclusioni pratiche per il vigente diritto. Ma in ordine alla distinzione capitale, che ora ci interessa, non ha importanza decisiva. Infatti la distinzione suddetta ha oggi la sua base positiva nella consuetudine e nel diritto scritto ».

Il valore riconosciuto alla consuetudine risulta primario, e tale da ' superare ' il valore di argomenti quali (diremmo oggi) la *ratio* dell'istituto ricavata dalle sue origini storiche: « la consuetudine dunque, questa necessità degli uomini e delle cose, questo diritto tacito, fondamentale, immediata emanazione delle forze sociali ha innovato nel giro degli ultimi quarant'anni alla precedente tradizione storica » (*op. ult. cit.*, p. 51). La consuetudine, in questo caso, risulta identificata da Cammeo nella giurisprudenza costante del Consiglio di Stato che ammetteva il ricorso straordinario contro le decisioni dei ricorsi gerarchici al Re (su questa giurisprudenza, testimoniata già prima della legge di abolizione del contenzioso amministrativo, v. ORLANDO, *La giustizia amministrativa* cit., p. 689 ss.; nel senso che il Consiglio di Stato ammettesse il ricorso straordinario contro i decreti reali, cfr. anche MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, vol. III, Firenze 1882, p. 311).

Nel brano appena riportato Cammeo invocava espressamente l'autorità di Scialoja. SCIALOJA, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi*, in *Volume in onore di Francesco Schupfer*, parte III, Torino 1898, p. 4 ss. dell'estratto, aveva rivendicato l'importanza della « consuetudine » come criterio per l'interpretazione della legge, sostenendo che i rapporti fra i cittadini e le autorità, proprio per il loro carattere di rapporti primariamente sociali, risultavano espressi meglio dal « diritto consuetudinario » che dal « diritto scritto », « perché il diritto che governa le leggi non può essere che essenzialmente consuetudinario... e le regole dell'interpretazione sono il più delle volte incoscienti e appariscono come il risultato di una generale logica necessità ». Scialoja rilevava quindi l'insufficienza dei criteri di interpretazione sanciti dall'art. 3 delle disposizioni preliminari al codice civile del 1865 e dimostrava la necessità di un ricorso prudente all'interpretazione secondo criteri storici: « può avvenire che disposizioni concepite con le identiche parole debbano ricevre differenti interpretazioni secondo le varie norme di diritto pubblico, che ne regolano l'applicazione » (Scialoja proseguiva citando l'esempio di una legge che in uno Stato assoluto doveva essere interpretata seguendo la regola della garanzia della volontà del Sovrano, mentre in uno Stato « libero » doveva essere interpretata in base al principio della garanzia della libertà dei cittadini).

Il riferimento ai criteri di interpretazione della legge esposti nello scritto cit. di Scialoja risulta in realtà solo in parte determinante, per le conclusioni proposte da Cammeo nelle pagine in esame. Innanzi tutto la precisa identificazione della « consuetudine » nell'indirizzo giurisprudenziale (che sottende il riconoscimento di un ruolo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

convizione precisa su ciò che potesse costituire un fondamento certo per l'indagine giuridica, una convinzione anche sulla collocazione politica del « giurista », che rifuggiva la ricostruzione di un diritto al di sopra della legge.

In questo contesto di attenzione per il dato positivo risulta valorizzata la legislazione « speciale ». Dove mancano disposizioni che fissino principi generali, tali principi vanno ricercati attraverso l'analisi delle disposizioni speciali (14). Con Cammeo la legislazione speciale torna al centro dell'indagine, ma in una prospettiva ben diversa da quella della letteratura « esegetica ».

La ricerca, proprio perché veniva perseguita rigorosamente secondo questa logica, talvolta non consentiva di individuare agevolmente regole generali (15). Per esempio, nel *Commentario*, a proposito della disciplina dei ricorsi gerarchici, Cammeo afferma di non condividere la soluzione accolta da Orlando, secondo cui, in mancanza di altre norme, la disciplina sul termine per l'impugnazione dettata nella legge comunale e provinciale doveva avere valenza generale (16); secondo Cammeo, questa disciplina riguardava

---

centrale al Giudice nello Stato « libero », tanto che i suoi orientamenti costanti diventano « *ius receptum* »: CAMMEO, *Questioni* cit., p. 51) non trova riscontro nello scritto di Scialoja (impostato tutto in una logica più « negativa » che « costruttiva »); in secondo luogo l'autorità di Scialoja sembra complessivamente invocata più per sottolineare l'insufficienza del mero argomento storico, che per attribuire un valore preponderante alla « consuetudine » rispetto al diritto scritto. Infatti nelle pagine di Cammeo in esame il richiamo alla « consuetudine » è equilibrato dal riscontro di un orientamento conforme del legislatore, testimoniato, come si è già accennato (cfr. *supra* nota n. 11), da due disposizioni recenti che ammettevano espressamente il ricorso straordinario contro le decisioni del ricorso gerarchico al Re.

(14) Cfr. CAMMEO, *Questioni* cit., p. 14 ss.

(15) Non si dimentichi che, all'epoca in cui Cammeo scriveva le pagine delle *Questioni* e del *Commentario* dedicate ai ricorsi amministrativi (ossia prima della riforma del 1907), non solo mancava una disciplina generale sui ricorsi amministrativi (mancanza che perdurò fino al 1971 e alla quale la dottrina e la giurisprudenza cercarono di ovviare proprio facendo riferimento alla disciplina contenuta nella legislazione sui Comuni e sulle Province), ma anche mancava una disciplina del ricorso straordinario (cfr. *infra*, nel testo, per quanto concerne i maggiori problemi sollevati da questa situazione in quell'epoca).

(16) ORLANDO, *La giustizia amministrativa* cit., p. 683; CAMMEO, *Commentario*, p. 531 e 601. Nella sua critica Cammeo segnalava che la disposizione invocata da Orlando (art. 298 t.u. legge com. e prov. 1898) poteva riferirsi, tutt'al più, solo agli atti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

solo i ricorsi rispetto ad atti di organi delle amministrazioni locali e non era giustificabile l'operazione del giurista che ne estendesse la portata, seppur in ossequio a ragioni di opportunità e di ragionevolezza (17). Ogni passaggio del ragionamento finisce così col richiedere una dimostrazione puntuale e analitica; il risultato è che nell'apparenza molte volte l'esposizione sembra complessa e frammentata (nel caso dello studio sui ricorsi straordinari nelle *Questioni* si ha talvolta l'impressione di un'indagine che proceda per « scatole cinesi »).

Anche per queste ragioni non è possibile riferire sui vari problemi affrontati da Cammeo nelle pagine delle *Questioni* e del *Commentario* dedicate ai ricorsi amministrativi. È sembrato preferibile esaminari alcuni profili generali dell'analisi condotta sui ricorsi amministrativi, scelti fra quelli che sembrano più indicativi per cogliere il pensiero di Cammeo.

3. *La ricerca di un fondamento per i ricorsi amministrativi.*

Sia i ricorsi gerarchici che il ricorso straordinario trovavano un riscontro positivo di ordine generale in disposizioni della legge 20

---

concernenti le amministrazioni locali: per valutare questa critica si tenga presente che sia nelle *Questioni* che nel *Commentario* Cammeo poneva in evidenza particolarmente che il ricorso gerarchico era un istituto eccezionale nel contesto degli « enti autarchici » locali.

Ragionando oggi « con le categoria attuali » si potrebbe affermare che la generalizzazione della portata della norma, prospettata da Orlando e poi confermata dalla giurisprudenza, sacrificava, in definitiva, le ragioni dell'autonomia degli enti locali; non è questo, però, l'argomento utilizzato da Cammeo per la sua critica, che si fermava a riconoscere il carattere speciale della norma. Si noti che nel *Commentario* (p. 581 ss.) la « specialità » dei ricorsi gerarchici contro atti degli enti locali è assimilata alla specialità di tali ricorsi contro gli atti di organi collegiali: in entrambi i casi elemento qualificante era la previsione del ricorso « fuori della cerchia delle autorità governative burocratiche ».

(17) Di conseguenza si dovrebbe concludere che, in mancanza di una disposizione che sancisse l'osservanza di un termine, il ricorso gerarchico potesse essere proposto senza dover rispettare termini particolari. La conclusione non mi sembra paradossale, tenuto conto di quanto veniva affermato pacificamente fino alla riforma del 1907 per il ricorso straordinario (cfr. *infra* nel testo e nota n. 6 e n. 58). Tuttavia Cammeo sembra dare per scontato che nel caso dei ricorsi gerarchici fosse sempre previsto un termine perentorio per la presentazione dei ricorsi (cfr. *Commentario*, p. 601 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

marzo 1865, n. 2248: i ricorsi gerarchici nell'art. 3 dell'all.to E, il ricorso straordinario nell'art. 9 dell'all.to D. Tali riscontri non risultavano però sufficienti per valutare le caratteristiche dei due istituti: nel caso dei ricorsi gerarchici, l'art. 3 dell'all.to E si limitava a prevedere il ricorso senza individuarne né i presupposti, né la disciplina, né i motivi, né i gradi, né i rapporti con gli altri mezzi di tutela; nel caso del ricorso straordinario l'art. 9 dell'all.to D prevedeva quasi solo la consultazione del Consiglio di Stato. Per valutare le caratteristiche dei due istituti era pertanto necessario ricorrere a considerazioni più ampie.

Questo aspetto dell'indagine di Cammeo sui ricorsi amministrativi risulta particolarmente significativo, perché coinvolgeva sia problemi di metodo, sia concezioni più generali dell'assetto dell'amministrazione. Poiché le questioni da affrontare erano diverse nel caso del ricorso gerarchico e del ricorso straordinario, è opportuno esaminare distintamente la trattazione di Cammeo sui due tipi di ricorsi.

4. *Ricorso gerarchico e principio gerarchico.*

La individuazione dei « principi generali » cui ricondurre i ricorsi gerarchici è prospettata nelle *Questioni* e nel *Commentario* con modalità parzialmente diverse: in entrambi i testi è riconosciuto un rilievo centrale ai caratteri di un assetto di tipo gerarchico, ma nel *Commentario* queste considerazioni sono inquadrate in un contesto più ampio, che investe anche un'analisi generale dei poteri di revoca e di annullamento degli atti da parte dell'amministrazione (18).

In ogni caso il principio di gerarchia è identificato come il fondamento reale del ricorso gerarchico (19). L'affermazione non

(18) CAMMEO, *Commentario* cit., p. 453 ss. e p. 595. Cfr. *ivi*, la considerazione, a proposito dei motivi ammissibili nel ricorso gerarchico: « l'autorità adìta ha competenza a sindacare il merito e non la sola legittimità, dei provvedimenti impugnati, perché innanzi tutto il potere di decisione su ricorso è originato dalla supremazia gerarchica da esercitarsi d'ufficio, la quale è rivolta a garantire tutti gli interessi dello Stato e non solo quelli che si connettono a una norma giuridica ».

(19) CAMMEO, *Questioni*, p. 28 ss.; *Commentario*, p. 525 ss. (*ivi*, a p. 529, l'affermazione: « l'ammissibilità del ricorso deriva dal concetto stesso di gerarchia »).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

risultava per nulla nuova ed era già stata espressa con chiarezza, per esempio, da Orlando (20): essa riceve però uno svolgimento particolare nelle *Questioni* di Cammeo, tanto che non solo le caratteristiche generali e la disciplina puntuale del ricorso vengono identificate in modo conforme alle espressioni del principio di gerarchia nei diversi rami di amministrazione (21), ma anche lo stesso assetto delle fonti regolamentari deve essere interpretato in modo coerente con tale principio.

Questi profili emergono con chiarezza nelle pagine dedicate ai ricorsi gerarchici rispetto ad atti di Comuni o Province. L'argomento viene trattato da Cammeo in termini che evidenziano come ormai fosse tramontata nella cultura giuridica italiana la prospettiva del « Self-government » che invece aveva suscitato tanto interesse un ventennio prima (22). Infatti Cammeo, pur non qualificando espressamente le amministrazioni locali (« enti autarchici ») come « amministrazione indiretta dello Stato », si richiama all'interpretazione dell'amministrazione locale sostenuta in quegli anni da Santi Romano, secondo cui la nozione di decentramento non sarebbe stata incompatibile con quella di gerarchia (23): « l'autarchia... non può

---

(20) ORLANDO, *Contenzioso amministrativo*, in *Digesto italiano*, vol. VIII, p. 2, Torino 1895-1898, p. 905: « logicamente, il ricorso in via gerarchica non deriva necessariamente dalla preoccupazione di garentire il cittadino, ma è piuttosto una conseguenza dell'ordinamento a tipo burocratico ».

(21) CAMMEO, *Questioni* cit., p. 28 (dopo aver accennato all'importanza del principio gerarchico per l'interpretazione dei ricorsi, rileva: « ma il rapporto di subordinazione fra due autorità, rapporto che in senso lato può considerarsi gerarchico, è vario in intensità ed estensione »).

(22) Mi riferisco, in particolare, all'influenza dell'opera di Gneist. Per riferimenti a questo autore (per il tramite dell'opera del Baer) cfr. già MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, vol. III, Firenze 1872, p. 357; per la dottrina dell'epoca in esame, cfr. particolarmente, oltre a CAMMEO, *Commentario*, p. 53 ss. e 138 ss., SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi* cit., p. 462 ss. Più in generale v. ora SORDI, *Giustizia e amministrazione* cit., p. 86 ss.

(23) Santi ROMANO, *Decentramento amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. IV, p. I, Milano 1897, ora in *Scritti minori*, vol. II, Milano 1950 (ristampa, Milano 1990), p. 55 ss. Ma la tesi della sussistenza di un potere generale d'intervento dell'autorità governativa aveva origini ben più lontane (cfr. l'affermazione di uno « jus inspectionis » generale del governo rispetto all'attività amministrativa, nel discorso di S. SPAVENTA, *Per l'inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, riportato da SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale* cit., p. 207).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spingersi troppo oltre senza pericolo per la necessaria utilità della volontà statuale: onde è indispensabile un sindacato sui loro atti sia per parte di organi governativi e burocratici (vigilanza giuridica dei Prefetti), sia per parte di organi appositi non burocratici (vigilanza economica della G.P.A.) » (24). Pertanto il carattere 'autarchico' dell'ente locale non è incompatibile con il ricorso gerarchico: assume rilievo, invece, per dimostrare la tassatività delle ipotesi di ricorso gerarchico previste dalla legge contro atti di amministrazioni locali (25) e per limitare in queste ipotesi il ricorso gerarchico alla legittimità (26). L'autonomia si riduce così nella « specialità » della disciplina.

Apparentemente, se si confrontano le affermazioni di Cammeo, con quelle della Quarta Sezione nell'ultimo decennio del secolo, sembra emergere una divergenza sostanziale di impostazioni. La Quarta Sezione già allora distingueva dal ricorso gerarchico « proprio » il ricorso amministrativo ad autorità governative contro atti degli enti locali: il ricorso contro gli atti degli enti locali prescindeva da qualsiasi rapporto di gerarchia e doveva ritenersi possibile in base al « potere di vigilanza che all'autorità governativa appartiene sull'andamento di tutte le pubbliche amministrazioni, e non perché all'autorità amministrativa stessa siano da ritenersi gerarchicamente subordinati i Consigli e le Deputazioni provinciali » (27). Ma la

---

(24) CAMMEO, *Questioni* cit. p. 32.

(25) Questo principio di tassatività trova un riscontro puntuale nelle tesi esposte da Santi ROMANO nel suo scritto *Decentramento amministrativo* cit. alla nota n. 23. La garanzia fondamentale per l'ente « autarchico » era rappresentata, secondo Romano, dal fatto che tale ente « riceve le sue attribuzioni direttamente dalla legge, giammai da un superiore ».

(26) CAMMEO, *Questioni* cot. p. 33: « nel concetto di personalità giuridica è insito quello di auto-determinazione della volontà elevata a persona: laonde è necessario che la vigilanza, ossia la sovrapposizione di una volontà estranea, si riduca al minimo...; salvo ragione in contrario, si presume quindi che il ricorso non vi sia fuori dei casi tassativamente indicati, che il ricorso sia per la sola legittimità, che l'autorità superiore abbia semplicemente il potere di annullamento ». Questo principio riceve una considerazione ancora maggiore nel *Commentario* (cfr. 453 ss. e p. 595), in relazione anche al fatto che in quest'opera la trattazione sui ricorsi prende spunto da quella più generale sulla revoca.

(27) Cons. Stato, sez. IV, 8 gennaio 1890, in *Giust. amm.* 1890, p. 22. In termini analoghi anche la giurisprudenza successiva, che invocava la distinzione fra relazioni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

distinzione fra « vigilanza » e « gerarchia » finiva con l'avere spesso un valore solo nominale, perché in questa giurisprudenza ad essa faceva riscontro l'estensione (sotto la veste della « vigilanza ») alle amministrazioni locali degli stessi principi applicati ordinariamente nel caso di amministrazioni gerarchiche (28). Da questo punto di vista, invece, il riferimento alla nozione più generale di « gerarchia » consentiva a Cammeo di far risaltare più facilmente per quali profili il principio gerarchico non potesse trovare applicazione rispetto alle amministrazioni locali, e quindi quali fossero i limiti (tassatività delle ipotesi di ricorso, esclusione del ricorso per motivi di merito (29)) da osservare nel caso di ricorsi gerarchici contro atti delle amministrazioni locali (30).

Una volta assunto il principio gerarchico come principio ispiratore del sistema dei ricorsi (31), risultava essenziale chiarire quale fosse l'ultimo grado di ricorso dell'amministrazione statale. La trattazione anche per questo aspetto appare diversa nelle *Questioni* rispetto al *Commentario*. Infatti nelle *Questioni* (32) l'indagine risulta più complessa, perché, sulla base di un'ampia analisi delle disposizioni vigenti, vengono considerate, accanto all'ipotesi secondo cui

---

gerarchiche e rapporti « di tutela » (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 30 maggio 1908, in *Giust. amm.* 1908, 411).

(28) Così la decisione del 1890 citata nella nota precedente, richiamandosi ai caratteri della vigilanza, finiva con l'ammettere un potere generale di annullamento (su ricorso, o d'ufficio, o su semplice denunzia) degli atti degli enti locali da parte dell'« autorità governativa ». Cfr., per queste critiche, già ORLANDO, *La giustizia amministrativa* cit., p. 683.

(29) Per la considerazione di questi « limiti » da parte della dottrina successiva, cfr. HAUTMANN, *Del ricorso gerarchico* cit. 119 ss.

(30) Soprattutto nel *Commentario*, ma già anche nelle *Questioni*, Cammeo distingueva fra le varie forme di relazioni « gerarchiche », per esempio delineando la bipartizione fra « supremazia gerarchica » in senso stretto, che giustificava anche la riforma degli atti impugnati, e « vigilanza », che giustificava solo l'annullamento (*Commentario*, p. 642; cfr. anche a p. 524 ss. la bipartizione fra « ricorso gerarchico nell'ambito delle autorità governative burocratiche » e « ricorso gerarchico fuori della cerchia delle autorità governative burocratiche »). Tali nozioni, però, erano ricondotte a un potere generale di ordine gerarchico, che consentiva di configurare in termini unitari i ricorsi amministrativi, nonostante la varietà di situazioni.

(31) CAMMEO, *Commentario* cit. ,p. 529.

(32) CAMMEO, *Questioni* cit., p. 34 ss.: « la legge, quando dispone espressamente, attribuisce il provvedimento definitivo al Ministro o al Re o al Governo del Re ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'atto definitivo sarebbe normalmente di competenza del Ministro (33), anche le previsioni che contemplano un ricorso al Re o al Governo del Re. In questo contesto il problema coinvolge anche la valutazione del ruolo del sovrano nell'Amministrazione e la stessa interpretazione dello Statuto (in particolare, dell'art. 5) (34).

Va tenuto presente che all'epoca in cui Cammeo scriveva, la giurisprudenza e la dottrina erano pacifiche nell'escludere un ruolo effettivo del sovrano nell'amministrazione (35). Ma quale fosse il rapporto fra i ricorsi al ministro e i ricorsi al Re o al Governo del Re non era del tutto chiaro: anche la Quarta Sezione ricorreva spesso a nozioni (come quella di un'« amministrazione riservata » al Re e di un'« amministrazione delegata » dal Re ai Ministri) che presentavano margini di equivocità (36), e insomma si poteva ancora ritenere

---

(33) Questa soluzione viene invece privilegiata nel *Commentario* cit. ,p. 164; *ivi*, in nota, si rinvia a una più ampia trattazione dell'argomento nella parte (mai pubblicata) destinata all'analisi degli atti impugnabili avanti alla Quarta Sezione. Nel *Commentario*, comunque, l'argomento è ripreso a p. 531 ss. a proposito dei gradi dei ricorsi gerarchici, ma in forma più sintetica, anche perché nel frattempo la soluzione della competenza del Ministro era stata sostenuta autorevolmente anche da Orlando (ORLANDO, *La giustizia amministrativa* cit., p. 694 ss.).

(34) Sulla valutazione dell'intervento del Re nella decisione del ricorso straordinario, cfr. particolarmente *Questioni* cit., p. 55: « il Re non esercita un potere personale, ma esplica una potestà a lui attribuita come organo dello Stato costituzionale, con concorso del Consiglio di Stato e del Consiglio dei Ministri, che colla sua responsabilità copre la irresponsabilità regia. Sebbene la funzione esercitata dal Re in questo caso non attenga ad alcun grado della originaria scala gerarchica, ed in questo caso sia straordinaria, tuttavia è funzione della Corona in Consiglio dei Ministri, esplicata dal Re quale supremo dell'organizzazione amministrativa ».

Sulla figura istituzionale del Re verso la fine dell'Ottocento e in particolare sulla permanenza di poteri specifici residui incompatibili con i principi dello Stato parlamentare, v. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, Bologna 1989, p. 450 ss.

(35) Ancora nei primi anni dopo l'unificazione il Consiglio di Stato aveva prospettato che i ricorsi al Re coinvolgessero una competenza propria del sovrano: cfr. Cons. Stato parere 7 aprile 1861, riportato da ORLANDO, *La giustizia amministrativa* cit., p. 689 ss. In realtà questo parere aveva come oggetto principale l'impugnabilità dei decreti reali con ricorso straordinario e di conseguenza l'affermazione della competenza propria del sovrano (« ...in ogni bene ordinato Governo il capo del potere esecutivo è chiamato a provvedere in ultimo grado sui reclami contro gli atti dei funzionari che lo rappresentano nell'esercizio delle attribuzioni governative ai medesimi delegati ») nell'economia della pronuncia era marginale.

(36) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27 giugno 1890, in *Giur. it.* 1890, III, 151, e Cons.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che nell'ordine naturale delle cose solo l'atto emanato col concorso del Re fosse quello definitivo. Questi margini di equivocità sembravano solo marginalmente superati dalla interpretazione di Orlando, che dopo aver criticato la distinzione fra « amministrazione delegata » e « amministrazione riservata » accolta dalla Quarta Sezione, concludeva però che « nel campo dell'amministrazione pubblica in senso stretto, il capo supremo della gerarchia, formalmente, è il Re..., mentre invece il capo effettivo è il ministro » e che perciò la decisione di un ricorso gerarchico al Re rappresentava « la manifestazione di un solo potere, proveniente formalmente dal Re ed esercitato effettivamente dai ministri » (37).

La preferenza di Cammeo per un quadro chiaro e netto si risolve in una critica all'impostazione di Orlando. Cammeo sostiene che si deve riservare al Ministro la competenza « normale e ordinaria » (38) ed evitare ogni commissione fra le competenze del Ministro e il ruolo del sovrano. Di conseguenza la competenza del Ministro non poteva intendersi neppure formalmente come competenza « delegata » dal Re, il Ministro doveva intendersi al vertice della gerarchia e agli atti del Ministro doveva essere riconosciuto senz'altro la qualifica di atti definitivi.

5. *La questione dei regolamenti.*

Il sistema dei ricorsi gerarchici viene così delineato da Cammeo sulla base di una serie di « regole generali » (« presunzioni »), che

---

Stato, sez. IV, 28 agosto 1890, in *Giust. amm.* 1890, I, 250; secondo LOMONACO, *Legge e regolamenti sul Consiglio di Stato*, cit., p. 202 ss., questa giurisprudenza avrebbe inteso ricollegarsi direttamente all'insegnamento di Romagnosi (cfr. ROMAGNOSI, *Instituzioni di diritto amministrativo*, Milano 1814, p. 6). Comunque, entrambe le decisioni del Consiglio di Stato (ampiamente richiamate sia da CAMMEO, *Questioni*, p. 37 ss., sia da ORLANDO, *La giustizia amministrativa* cit., p. 689 ss.) concludevano nel senso della definitività degli atti dei Ministri, in tutti i casi in cui non fosse diversamente disposto dalla legge.

(37) ORLANDO, *La giustizia amministrativa* cit. p. 696-697. *Ivi*, p. 693 ss., anche l'affermazione secondo cui fondamento del ricorso sarebbe il fatto che il Re svolgerebbe le funzioni di capo del potere esecutivo (cfr. art. 5 dello Statuto) e si collocherebbe non « al di fuori » della gerarchia, bensì al suo vertice. Sulla questione del ruolo del Re nel ricorso straordinario v. ora CORPACI, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine* cit., p. 120 ss.

(38) CAMMEO, *Commentario*, p. 532.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trovano fondamento nel principio di gerarchia: la possibilità del ricorso (per motivi di legittimità e di merito) all'autorità superiore nel caso di amministrazione ordinata gerarchicamente, l'eccezionalità del ricorso ad autorità governative contro atti di organi dei Comuni e delle Province, la limitazione ai motivi di legittimità per i ricorsi contro atti degli enti « autarchici », la definitività degli atti dei Ministri. Le questioni affrontate per l'elaborazione di queste regole non sono determinate da principi di giustizia amministrativa: riflettono invece una concezione dell'amministrazione e dei rapporti fra l'amministrazione nel suo complesso e le unità che la compongono. Questa concezione, come si è visto, appariva ispirata in generale da principi di rispetto delle autonomie e di chiarezza nell'ordine delle competenze (39), più di quanto non emergesse invece nella stessa giurisprudenza della Quarta Sezione dell'epoca.

Ma, rispetto al quadro appena delineato sui ricorsi gerarchici, la sensibilità di Cammeo verso quelle che oggi è in uso designare come « garanzie istituzionali » è riflessa particolarmente nelle pagine dedicate all'esame delle deroghe alle regole generali. Tali deroghe non creavano particolari problemi, quando fossero introdotte da disposizioni di legge: invece, l'autore le riteneva del tutto illegittime, quando fossero introdotte da regolamenti. Di conseguenza, secondo Cammeo, i regolamenti non potevano innovare né escludendo ipotesi di ricorsi gerarchici contro atti altrimenti non definitivi, né introducendo forme di ricorsi amministrativi contro atti di enti locali (40).

---

(39) Cfr., per esempio, *Commentario* cit., p. 164, dove al riconoscimento della competenza propria del Ministro si accompagna l'osservazione che in questo modo si delinea un quadro efficace delle responsabilità costituzionali (« quindi la decisione ultima involge la responsabilità ministeriale e si può connettere col controllo parlamentare »).

(40) CAMMEO, *Questioni* cit., p. 14 (nota); *Commentario* cit., pp. 526 ss., 547, 589 (e, più in generale, p. 3 ss.). Ma il limite atteneva alla garanzia della supremazia del Parlamento nello Stato liberale e perciò era puramente formale e non era insuperabile: Cammeo (conformemente a quanto esposto anche nello studio *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Trattato Orlando*, vol. III, Milano 1901), ammetteva che innovazioni del genere potessero essere introdotte da regolamenti « delegati » (regolamenti ai quali nel *Commentario*, p. 616, sembra riconosciuta una vera e propria « forza legislativa »).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anche per questo profilo la posizione di Cammeo risultava in contrasto con la giurisprudenza dell'epoca, che poneva tranquillamente il regolamento sullo stesso piano della legge ai fini della disciplina dei ricorsi amministrativi, ignorando la questione delle fonti (41). Certamente la posizione di Cammeo rifletteva qui posizioni più generali dell'autore sui limiti della potestà regolamentare e sui rapporti fra legge e regolamento, posizioni che, come è noto, erano state espresse con vigore nello studio sui rapporti fra legge e regolamento pubblicato nel *Trattato Orlando* (42). Ma l'ampiezza dell'intervento regolamentare in materia di ricorsi amministrativi aveva un significato peculiare, perché esprimeva anche la convinzione che questi ricorsi in definitiva concernessero solo assetti propri dell'amministrazione e che essa perciò fosse senz'altro legittimata a mutarli.

Cammeo non poneva in discussione che i ricorsi amministrativi assicurassero un interesse dell'amministrazione (anzi, come si vedrà, questa convinzione ebbe un rilievo particolare nell'esame delle questioni sul ricorso straordinario) e aveva colto perfettamente la relazione di subordinazione del sistema dei ricorsi al quadro organizzativo dell'amministrazione. Non accettava, però, che l'autorità amministrativa, senza un fondamento legislativo, derogasse a « principi generali ».

Nel *Commentario*, dove questo tema fu trattato con maggiore ampiezza, emergono alcuni spunti ulteriori: l'autore rilevava che frequentemente l'intervento regolamentare tendeva a limitare la possibilità del ricorso gerarchico, per esempio, attribuendo a un atto di un'autorità inferiore il carattere della definitività (43), col risultato di ridurre così lo spazio « al benefico sindacato di cotale ricorso », « istituito con una norma fondamentale del nostro ordinamento amministrativo ». D'altra parte nel *Commentario* l'autore, aderendo

(41) Cfr., per esempio, Cons. Stato sez. IV 27 giugno 1890 cit. nella nota n. 36; cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 1 marzo 1895, in *Giur. it.*, 1895, III, 132, in tema di regolamento sanitario.

(42) CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo* cit. Su questa concezione di Cammeo dei limiti alla potestà regolamentare v. ora SORDI, *Giustizia e amministrazione* cit., p. 390 ss.

(43) Cfr. CAMMEO, *Commentario* cit., p. 547.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alla tesi di Orlando, sosteneva la riconducibilità del ricorso gerarchico a un « diritto pubblico subiettivo » del cittadino (44), esattamente come per difesa giurisdizionale: le vicende del ricorso gerarchico non potevano ridursi così a un ambito interno all'amministrazione. Non sembra quindi azzardato prospettare che la contrarietà a deroghe in materia di ricorsi amministrativi disposte con atti regolamentari fosse espressione per più di un profilo di quella ricerca di un equilibrio tra libertà del cittadino e potere dell'amministrazione che ha rappresentato una costante nell'« itinerario giuridico » di Cammeo (45). E comunque appare evidente che Cammeo percepiva che in gioco non erano solo valori formali, ma era la stessa possibilità di proporre una collocazione equilibrata del cittadino rispetto all'amministrazione, in uno Stato nel quale proprio verso la fine del secolo emergevano con più insistenza venature di autoritarismo (46).

6. *L'interesse pubblico e il ricorso straordinario.*

Alcune delle considerazioni esposte da Cammeo a proposito dei ricorsi gerarchici assumono rilievo anche rispetto ai ricorsi straordi-

---

(44) CAMMEO, *Commentario*, p. 161 ss.; la tesi di ORLANDO è esposta in *La giustizia amministrativa* cit., p. 660, con riferimenti particolarmente alle interpretazioni del « Beschwerderecht » proposte nella letteratura tedesca; lo stesso Orlando faceva notare, però, la difficoltà ad ammettere un « diritto subiettivo » del cittadino « senza che nessuna garenzia accompagni lo svolgimento e l'esaurimento » del procedimento. Su queste affermazioni cfr. invece CAMMEO, *Commentario* cit., p. 489 e p. 609, a proposito delle « sanzioni » all'obbligo dell'amministrazione di decidere il ricorso; v. anche *infra* nota n. 67.

In argomento v. anche Santi ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, 3ª ediz., Milano, 1912 (ma prima ediz. 1901), p. 213, ove si identifica come elemento comune a tutti gli istituti di giustizia amministrativa « il *diritto* concesso ai subbietti estranei all'amministrazione di *ricorrere* a questa e *provocare* l'esercizio di siffatte sue attribuzioni ».

Sul « Beschwerderecht » e sulla distinzione fra ricorsi « informali » e ricorsi « formali » (« förmliche Beschwerde »), cfr. O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Berlino, 1895 (3ª ediz. Berlino, 1923, p. 122 ss.).

(45) Cfr. SORDI, *Giustizia e amministrazione* cit., p. 379 ss. e particolarmente p. 391.

(46) Cfr. in proposito anche i riferimenti ai decreti-legge contenuti nella trattazione dei ricorsi amministrativi. In particolare cfr. *Questioni* cit., p. 59 e *Commentario*, p. 760, a proposito della impugnabilità dei decreti-legge con ricorso straordinario.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nari: in particolare, l'affermazione di un potere « gerarchico » generale dello Stato, che poteva giustificare le previsioni di annullamento degli atti anche di altre amministrazioni, rappresentava un elemento significativo anche per l'interpretazione del ricorso straordinario. Tuttavia il richiamo al principio di gerarchia nelle pagine dedicate al ricorso straordinario risultava complessivamente marginale: ne è prova il fatto che, esaminando la questione cruciale degli effetti della decisione di annullamento rispetto alle autorità che avessero emanato l'atto impugnato in via straordinaria, Cammeo distingueva nettamente il caso dell'amministrazione statale da quello delle amministrazioni locali, e riconosceva la vigenza di principi diversi (47). Nel complesso la trattazione di Cammeo sul ricorso straordinario sembra ispirata ad altre preoccupazioni, che non coinvolgevano le tematiche dei rapporti gerarchici. Infatti oggetto di discussione non era tanto l'individuazione delle ipotesi in cui doveva ritenersi possibile il ricorso (la discussione, per questo aspetto, verteva quasi solo sull'impugnabilità con ricorso straordinario delle decisioni di ricorsi gerarchici al Re (48), né era l'individuazione dei poteri decisionali dell'amministrazione (era ormai pacifico che l'accoglimento del ricorso poteva comportare solo l'annullamento (49)),

(47) Cfr. in proposito verteva sul fondamento dell'effetto vincolante della decisione del ricorso straordinario rispetto all'autorità che avesse emanato l'atto annullato. Nel caso di un'autorità che fosse subordinata gerarchicamente all'autorità governativa, tale fondamento poteva essere identificato nel rapporto gerarchico, e quindi si poteva configurare un obbligo di ottemperare di natura disciplinare: « l'obbligo di ottemperare al decreto che decide il ricorso è un obbligo disciplinare che esiste realmente fin dove giunge la potestà disciplinare: sugli enti autonomi, per es., la sanzione diretta dell'annullamento può non arrivare. Quindi la sanzione può essere soltanto indiretta e consistere in un nuovo ricorso e in un nuovo annullamento » (*Questioni* cit., p. 77; in nota Cammeo richiamava O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht* cit., dove però mi sembra che l'argomento fosse trattato in termini più sfumati).

Una impostazione parzialmente diversa si riscontra nel *Commentario* cit., p. 646, ove in sostanza si afferma, sulla scorta di una decisione della Quarta Sezione del 1903, che la decisione del ricorso straordinario avrebbe un valore vincolante indipendentemente dalla configurazione di rapporti gerarchici, perché « costituisce l'obbligo della autorità e della parte interessata di conformare la loro azione futura ai concetti giuridici che sono il presupposto della soluzione adottata ».

(48) Cfr., a questo proposito, quanto esposto *supra* nel testo, par. 2.

(49) Per alcune importanti considerazioni sulla progressiva configurazione del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ma erano piuttosto profili della disciplina puntuale (per esempio, la ammissibilità di un ricorso straordinario quando l'atto impugnato fosse stato passibile di ricorso gerarchico per il quale fossero scaduti i termini).

L'attenzione di chi rilegga oggi queste pagine di Cammeo si incentra inevitabilmente sulle considerazioni dell'autore che appaiono più lontane rispetto alle concezioni attuali del ricorso straordinario: gli elementi di contrasto risultano sempre più facilmente avvertibili di quelli di continuità. È chiaro che in questa prospettiva una lettura delle pagine dedicate al ricorso straordinario rischia di portare a conclusioni parziali. Tuttavia mi sembra che si possano individuare, anche nella trattazione del ricorso straordinario, dei criteri di fondo utilizzati dall'autore per proporre le sue soluzione dalle questioni aperte in vista di una interpretazione coerente e ragionata dell'istituto nel suo complesso.

Questi ' criteri di fondo ', a mio giudizio, si ricavano da alcune considerazioni che Cammeo svolse particolarmente nelle *Questioni*, per chiarire la distinzione fra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale.

Si tenga presente che Cammeo, nell'iniziare la trattazione del ricorso straordinario nelle *Questioni*, dichiarava espressamente di non voler prendere posizione nel dibattito sulla natura amministrativa o giurisdizionale della Quarta Sezione, perché ai fini dei problemi affrontati risultava « indifferente concepire [il ricorso alla Quarta Sezione] come una vera e propria azione davanti al giudice amministrativo o come un semplice ricorso amministrativo, circondato da più ampie garanzie di forma » (50). In realtà i riferimenti nel lavoro al ricorso alla Quarta Sezione evidenziavano una precisa contrapposizione fra tale ricorso e il ricorso amministrativo, e nelle ultime pagine (dedicate appunto ai rapporti fra « ricorso contenzioso » e ricorso straordinario) l'autore finiva con l'affermare esplicitamente che la Quarta Sezione è « organo che ha carattere di giuri-

---

ricorso straordinario (e, analogamente, del ricorso al Re in via gerarchica) come ricorso di tipo « cassatorio » e sul ruolo che ebbe il Consiglio di Stato in tale evoluzione (conclusasi, peraltro, già prima dell'istituzione della Quarta Sezione), v. CORPACI, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato* cit., 106 ss. e 118 ss.

(50) CAMMEO, *Questioni*, p. 10.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sdizione amministrativa e che nel campo ove dispiega la sua attività ha funzioni non molto diverse da quelle della Cassazione » (51). Di conseguenza le considerazioni svolte da Cammeo per distinguere l'attività amministrativa dall'attività giurisdizionale finiscono con l'assumere per noi un significato particolare, non solo perché rappresentavano lo strumento per chiarire alcuni profili del regime del ricorso straordinario, ma anche perché dovevano avere come referente implicito le conclusioni già allora raggiunte dall'autore circa il carattere amministrativo o giurisdizionale della Quarta Sezione.

La distinzione fra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale era determinata, secondo Cammeo, da caratteri di ordine materiale o sostanziale e da caratteri di ordine formale. I caratteri sostanziali erano rappresentati dal fatto che la funzione giurisdizionale avrebbe come fine ultimo la garanzia del diritto oggettivo, da attuarsi con un procedimento logico di deduzione da una norma (52). I caratteri formali erano rappresentati dall'indipendenza del giudice e dalla sua distinzione dalle parti, dalla garanzia del contraddittorio e dalla previsione di un regolare procedimento che assicuri l'obbligo del giudice di decidere, l'uguaglianza dei contraddittori e la irretrattabilità della decisione mediante la cosa giudicata.

---

(51) Nel senso del carattere giurisdizionale della Quarta Sezione, cfr. l'accenno in *Questioni*, p. 68, e soprattutto cfr. l'affermazione finale in *Questioni* cit., p. 96. In nota a questa affermazione (che conclude lo studio del ricorso straordinario), l'autore rinviava al *Commentario* di MORTARA.

(52) CAMMEO, *Questioni*, p. 56. In queste pagine Cammeo si richiama all'autorità di MORTARA (*Commentario*, vol. I, 1° ediz., Milano, 1899, 16 ss., e di JHERING (*Der Zweck im Recht*, Lipsia 1893, I, p. 392). Nel *Commentario*, Mortara sottolineava però particolarmente il ruolo della giurisdizione come strumento di garanzia dei diritti soggettivi, coerentemente con la posizione dell'autore, che poneva il diritto soggettivo al centro della funzione giurisdizionale (p. 17: « la funzione giurisdizionale costituisce quella difesa del diritto obbiettivo, in virtù della quale ottengono protezione le facoltà soggettive al medesimo conformi »). Rispetto a quanto sostenuto da Mortara, Cammeo propone uno spostamento parziale del centro di gravità del sistema giurisdizionale, perché (ai fini della definizione della funzione giurisdizionale) il diritto soggettivo diventa solo uno strumento (« fine prossimo ») per l'attuazione di un fine ultimo (« fine remoto ») che è « la conservazione del diritto obiettivo ». Cfr. *infra* nel testo per le implicazioni di questa impostazione rispetto alla tutela giurisdizionale degli « interessi ».

Per riferimenti a questa impostazione, v. anche CAMMEO, *Commentario*, p. 17 e, con riferimento specifico al ricorso straordinario, p. 624 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questi caratteri non si riscontravano invece nel ricorso straordinario: non sussistevano certamente i caratteri di ordine formale, ma non sussistevano neppure quelli di ordine materiale (e ciò implicava, fra l'altro, che le conclusioni non avrebbero potuto mutare per effetto di semplici modifiche alla disciplina positiva del ricorso). Infatti il ricorso straordinario si configurava, secondo Cammeo, come strumento per realizzare « l'utilità dello Stato per il quale la giustizia è il primo dei beni, la fondamentale delle condizioni di esistenza » (53). La distinzione risultava ulteriormente precisata nel senso che la decisione di un ricorso amministrativo (e, perciò, anche del ricorso straordinario) avrebbe coinvolto specificamente un interesse pubblico, distinto dalla mera garanzia del diritto oggettivo. Questa tesi fu riproposta nel *Commentario*, con il corollario che anche nel ricorso straordinario « l'organo decidente fa parte dell'amministrazione e quindi decide come parte sulla convenienza di conformare i propri atti al diritto » (54). Analoghe considerazioni furono espresse anche nel *Corso*, ove si afferma a proposito dei ricorsi amministrativi che « l'amministrazione adita è parte, e non giudice. Essa, anche se superiore a quell'organo che ha emesso l'atto impugnato, pronuncia dell'interesse dell'amministrazione, non per un interesse superiore diverso e distinto come un giudice » (55).

Per questa caratterizzazione dei ricorsi amministrativi come strumenti preordinati sì a realizzare condizioni di giustizia, ma nell'interesse dell'amministrazione, Cammeo nelle *Questioni* invocava particolarmente l'autorità del Sarwey. Il riferimento a questo autore wurttemburghese risultava significativa, sia perché la sua monografia sui rimedi giuridici contro l'amministrazione (56) costi-

---

(53) CAMMEO, *Questioni*, p. 57.

(54) CAMMEO, *Commentario*, p. 625.

(55) CAMMEO, *Corso* cit. p. 664 (con riferimento specifico ai ricorso gerarchici).

(56) SARWEY, *Das öffenliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, Tubinga 1880 (traduz. italiana: *La giustizia nell'amministrazione e l'ordinamento burocratico*, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative* 2° serie, vol. VIII, Torino 1902, p. 517 ss., cfr. particolarmente p. 565 ss.). Per riferimenti a quest'opera v. anche SALANDRA, *La giustizia amministrativa* cit., p. 197 ss. (e p. 482 ss. con riferimento all'influenza di Sarwey in Italia attraverso lo studio di R. CARDON, *La giustizia e l'Amministrazione*, Torino 1884).

Di SARWEY Cammeo nelle *Questioni* cita anche l'opera *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Friburgo 1887, nella quale pure (cfr. p. 11 ss.) emergeva l'attenzione per una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuiva lo studio più completo in argomento, sia per l'attenzione riservata in essa per i modelli di tutela realizzati negli ordinamenti sud —tedeschi, caratterizzati spesso dall'attribuzione ad organi amministrativi di funzioni contenziose, di cui risultava necessario chiarire la natura (57).

---

distinzione generale fra amministrazione e funzione giurisdizionale (« *Rechtsprechung* ») secondo criteri anche « materiali ». L'opera di SARWEY era richiamata frequentemente anche da O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1° ediz. Berlino 1895 (3° ediz. Berlino 1923, vol. I, p. 126 ss. e particolarmente p. 131 ss.), testo anch'esso tenuto particolarmente presente da Cammeo nelle *Questioni* (es., p. 23, p. 29).

L'opera di Sarwey fu presa più ampiamente in considerazione da Cammeo anche nel *Commentario* cit. (es., a proposito della distinzione fra i poteri, pp. 60, 96, 98 ss.; a proposito della nozione di diritto soggettivo e di diritto soggettivo pubblico, e del rapporto fra diritto soggettivo e il diritto amministrativo, p. 108 ss., 111, 114, 117, 122, 127; a proposito della incompatibilità fra diritto soggettivo e discrezionalità amministrativa, pp. 131, 133).

Distinzioni analoghe a quella accolta da Cammeo, fra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale, erano già presenti nella dottrina italiana, ma seguivano talvolta logiche diverse. Cfr., per esempio, MEUCCI, *Instituzioni di diritto amministrativo*, 5° ediz., Torino 1905, p. 120 (questa parte, inserita nel capitolo « Giustizia nell'amministrazione » compariva già nella 3° ediz. del volume, pubblicata nel 1892), con richiami anche a Romagnosi e alla scuola francese; si tenga presente che in queste pagine di Meucci alla relazione funzione amministrativa - attuazione dei pubblici interessi faceva riscontro la contrapposizione con funzione giurisdizionale - tutela dei diritti, e quindi il ragionamento seguiva binari completamente ben diversi, che si richiamavano piuttosto alla distinzione fra « interessi » e « diritti », o alla tradizione secondo cui « giudicare degli interessi è amministrare ». In una logica più vicina a quella di Cammeo (ma senza svolgimenti specifici a proposito della disciplina dei ricorsi amministrativi), v. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, 3° ediz., Milano 1912 (ma 1° ediz. 1901), p. 213, ove si individuava a fondamento dei ricorsi amministrativi « l'interesse che gli enti amministrativi hanno di essere giuridicamente ed eticamente giusti »; la possibilità del ricorso corrisponderebbe a un « diritto » dei cittadini a ricorrere e ad ottener una decisione.

(57) Cfr., per esempio, per il Consiglio segreto del Württemberg, SARWEY, *La giustizia nell'amministrazione*, cit., p. 708 ss. (sul Consiglio segreto nell'opera maggiore di Sarwey, v. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, ed. provv., Milano 1993, p. 46 ss. e p. 148 ss.).

Sul pensiero di Sarwey e sulla sua influenza sul dibattito in Italia successivamene al 1880 (con particolare riferimento alla convinzione dell'autore tedesco che anche la giurisdizione amministrativa debba essere « concettualmente solo giurisdizione di diritto soggettivo ») cfr. ora SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale* cit., p. 184 ss., e *L'influenza tedesca*, in *Le riforme crispine* cit., 542.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma la tesi secondo cui i ricorsi amministrativi realizzerebbero un interesse pubblico particolare demandato all'Amministrazione (con il relativo corollario, secondo cui le decisioni dei ricorsi dovevano considerarsi sempre e solo atti di parte) non valeva esclusivamente ai fini di distinzioni generali fra attività amministrative e attività giurisdizionali. Essa consentiva di ricondurre ad unità una serie di profili specifici della disciplina del ricorso straordinario, alcuni già acquisiti (come la mancanza di un termine per l'impugnazione (58), il carattere amministrativo della decisione (59), la possibilità di ulteriori determinazioni dell'amministrazione dopo la decisione (60), l'inconfigurabilità di relazioni di competenza fra i ricorsi straordinari e i ricorsi alla Quarta Sezione (61)), altri oggetto di discussione (come la nozione di

---

(58) La legge non prevedeva un termine per il ricorso straordinario: il Consiglio di Stato, però, non desumeva da ciò che il ricorso potesse essere proposto illimitatamente. Infatti aveva escluso l'impugnabilità di atti che avessero già avuto completa esecuzione o che avessero prodotto effetti giuridici « cui non è lecito turbare » (cfr. *Questioni* cit., p. 63; *Commentario* cit., p. 163; per riferimenti a un analogo indirizzo circa i ricorsi gerarchici, v. anche *Commentario* cit., p. 603 ss.). In argomento v. ora CORPACI, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato* cit., p. 123.

Si tenga presente che la prefissione di un termine era considerata fondamentale per configurare un ricorso amministrativo come vero e proprio rimedio giuridico (ricorso amministrativo « formale », secondo la terminologia ricavata da O. Mayer: cfr. CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 163). Anche il Consiglio di Stato aveva auspicato che venisse introdotto un termine per il ricorso (Cons. Stato ad gen. 14 dicembre 1899, in *Giur. it.*, 1990, III, 45, riprodotto anche da NARDELLI, *Il ricorso alla IV Sezione* cit. p. 261 ss.), anche se non mancava di rilevare che la mancanza del termine era compatibile con i caratteri dell'istituto, accostato all'annullamento governativo degli atti illegittimi (Cons. Stato, sez. IV, 30 maggio 1902, richiamato da NARDELLI, *Il ricorso alla IV Sezione* cit., p. 264.

All'inizio del secolo, prima della riforma del 1907 (cfr. *supra* nota n. 6), la previsione di un termine fu introdotta prima dal r.d. 9 marzo 1902 per l'impugnazione delle decisioni delle Commissioni d'appello istituite per l'Eritrea, poi dalla legge 29 giugno 1902, n. 281, per l'impugnazione dei provvedimenti definitivi in materia di riscossione delle imposte dirette (su queste disposizioni cfr. CAMMEO, *Commentario* cit., p. 500, e soprattutto p. 639, ove ne era sottolineata la tassatività e l'eccezionalità).

(59) CAMMEO, *Questioni* cit., p. 78: non vi è cosa giudicata, perché la cosa giudicata presuppone il carattere giurisdizionale della funzione, mentre nel ricorso straordinario la decisione è un atto di parte.

(60) CAMMEO, *Questioni* cit., p. 76 ss.

(61) CAMMEO, *Questioni* cit., p. 61 ss. Nel senso della inconfigurabilità di relazioni di giurisdizione fra i ricorsi straordinari e i ricorsi giurisdizionali, cfr. già l'orientamento

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

definitività dell'atto amministrativo e l'impugnabilità di atti per i quali fossero scaduti inutilmente i termini per il ricorso gerarchico).

In proposito appare interessante il ragionamento seguito per sostenere la tesi, nettamente contrastata dalla dottrina (62) e dalla giurisprudenza più recente (63), secondo cui il ricorso straordinario doveva ammettersi anche contro atti rispetto ai quali fosse decorso inutilmente il termine per il ricorso straordinario; questa tesi si rifletteva, ovviamente, anche sulla nozione di « provvedimento definitivo » (64).

Cammeo, dopo aver rilevato l'opinabilità degli argomenti por-

---

del Consiglio di Stato espresso nel parere 22 luglio 1871 riportato da MANTELLINI, *I conflitti d'attribuzione in Italia — parte seconda*, Firenze 1873, pp. 100-101.

(62) Cfr. ORLANDO, *La giustizia amministrativa* cit., p. 704, che invocava principalmente argomenti connessi alla formulazione letterale della norma (art. 9 n. 4 della legge sul Consiglio di Stato, c.d. allegato D, poi tradotto, nel testo unico approvato in seguito alla riforma del 1889, nell'art. 12 n. 4); S. ROMANO, *Principii* cit., p. 218.

(63) In questo quadro risultò particolarmente significativo il parere del Consiglio di Stato, ad gen. 14 dicembre 1899 in *Giur. it.* 1900, III, 45, cit., che escluse la possibilità del ricorso straordinario quando non fosse stato proposto il ricorso gerarchico (altrimenti, « si renderebbe pressoché inutile lo istituto dei ricorsi in via gerarchica, tanto più che è giurisprudenza del Consiglio essere materia del ricorso straordinario la manifesta ingiustizia: la quale giurisprudenza dà balìa di riesaminare tutto il merito della controversia »). A tale parere si richiamò la giurisprudenza successiva (Cons. Stato sez. IV 27 dicembre 1900, in *Riv. amm.* 1901, 319; Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 1902, in *Riv. amm.* 1902, 563): non appare casuale che, pochi anni dopo, un autore per il resto molto ossequiente alle tesi di Cammeo, l'HAUTMANN, *Del ricorso gerarchico* cit., p. 79, desse come scontata la regola secondo cui il ricorso straordinario potesse essere proposto solo dopo che fossero « stati sperimentati tutti gradi della scala gerarchica ».

CAMMEO, *Questioni*, cit., p. 63, richiamava a sostengo della sua tesi un diverso indirizzo meno recente del Consiglio di Stato, rappresentato da pareri inediti di cui era stato estensore anche S. Spaventa (uno di essi è riportato da NARDELLI, *Il ricorso alla IV sezione* cit., p. 260; *ivi* anche riferimenti ai diversi indirizzi espressi successivamente dal Consiglio di Stato in materia).

(64) Ciò spiegherebbe, fra l'altro, le due diverse nozioni di « provvedimento definitivo » proposte da CAMMEO, *Commentario* cit., p. 173: ai fini dei ricorsi amministrativi, si avrebbe un atto come « definitivo » anche « se il ricorso è omesso... nel termine di legge », mentre per il ricorso contenzioso la definitività si avrebbe solo « se il ricorso è esaurito e si è avuta la decisione dell'autorità più elevata in grado gerarchico ».

Sulla difficoltà di definire il provvedimento « definitivo » (« lasciato *indefinitissimo* dal legislatore ») cfr. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 5ª ediz. cit., p. 116 ss. e LOMONACO, *Legge e regolamenti*, cit., 250 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tati normalmente a sostegno della tesi contraria (formulazione letterale dell'art. 12 n. 4 dell'allegato D, esigenze di tutela dei terzi, ecc.), espone le ragioni a sostegno delle sue tesi (65). Tali ragioni sono riconducibili principalmente alla considerazione che « il ricorso straordinario al Re non è stabilito nell'interesse del ricorrente, ma nell'interesse pubblico in omaggio al criterio astratto di giustizia cui deve informarsi lo Stato e all'interesse che lo Stato ha alla legalità dell'azione amministrativa. Ora questo pubblico interesse esiste egualmente abbia o no il singolo esaurite le vie gerarchiche ». Se il ricorso gerarchico è ancora esperibile, il ricorso straordinario non è ammesso, ma ciò non perché manchi un atto impugnabile in via straordinaria, bensì per ragioni di « economia » (in tal caso « è *inutile* mettere in moto il ricorso straordinario; e perciò si esige l'esperimento del meno solenne ricorso straordinario »).

In una prospettiva del genere è chiaro che la maturazione di una decadenza rispetto alla presentazione del ricorso gerarchico non può riflettersi sull'ammissibilità del ricorso straordinario: « se il ricorso straordinario fosse istituito nell'interesse degli individui, si capirebbe come non potrebbe indulgersi alla loro negligenza; ma se è costituito nell'interesse pubblico, se è d'interesse pubblico che gli atti illegali, cui tosto o tardi le parti non s'acquetano, sieno revocati, la negligenza delle parti stesse non può avere influenza alcuna su ciò che l'interesse pubblico esige ». Il riferimento non può essere costituito dai ricorsi alla Quarta Sezione, dato che essi seguono principi diversi e comunque il ricorso straordinario offre come utilità proprio quella di « colmare le lacune che il ricorso alla IV Sezione lascia nella tutela della giustizia amministrativa ». Il riferimento è costituito, piuttosto, dall'annullamento governativo degli atti illegittimi: i profili di specificità formali e sostanziali dei due istituti devono passare in secondo piano rispetto alla constatazione che entrambi sarebbero ordinati nell'interesse pubblico e costituirebbero « una parte essenziale della funzione di giustizia dello Stato nell'amministrazione ». E nel caso dell'annullamento governativo nessuno dubitava che esso potesse riguardare anche atti per i quali non fosse stato proposto tempestivamente il ricorso gerarchico.

---

(65) CAMMEO, *Questioni* cit., p. 63 ss., e *Commentario* cit., p. 628 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Di fronte a queste affermazioni viene naturale riproporre l'obiezione comune che si formula nei confronti di impostazioni analoghe, che ancora oggi frequentemente invocano la diversità di caratteri « sostanziali » o « materiali » fra giurisdizione e amministrazione per inquadrare il tema dei ricorsi amministrativi (66): come si può ritenere compatibile l'interpretazione dei ricorsi amministrativi determinata dalla garanzia di un interesse pubblico con il carattere di rimedio giuridico riconosciuto (anche da Cammeo (67)) a tali ricorsi? La presenza e la rilevanza di un interesse sembra incompatibile con il carattere necessario e garantito della tutela. Ed è evidente che il problema non è risolto traducendo l'interesse pubblico tutelato attraverso i ricorsi con un interesse astratto alla legalità dell'azione amministrativa: come si è visto, nelle pagine di Cammeo emergeva la convinzione che l'interesse alla legalità fosse un interesse pubblico « in senso proprio », demandato specificamente alla tutela dell'amministrazione, rilevante per l'interpretazione della disciplina dell'istituto, e non un interesse di tipo generico o astratto.

A me pare, però, che non si debba perdere di vista l'obiettivo dell'indagine di Cammeo, che era rappresentato dalla individuazione di un sistema razionale e completo di tutela del cittadino, e quindi di un sistema in equilibrio fra tutela del cittadino e poteri dell'amministrazione. In fondo, l'introduzione della logica dell'interesse pubblico non risultava pregiudizievole per la tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione: anzi, come si è appena visto

---

(66) Per un riferimento a queste impostazioni, rinvio a quanto scritto in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Padova, 1992, p. 130.

L'attualità e la serietà del dibattito sono testimoniate, oltre che dagli interventi di autori come Guicciardi, Benvenuti e Nigro, anche dalla centralità di questi argomenti nella giurisprudenza, per esempio, sulle possibilità di tutela offerte dai ricorsi proposti per vizi di merito.

(67) A questo proposito risulta esemplare, per il rigore che sottende, la soluzione proposta da Cammeo alla questione del silenzio prestato dall'amministrazione nel ricorso gerarchico: la presunzione di rigetto rappresenta la necessaria « sanzione » del diritto del cittadino alla decisione (e non, semplicemente, il risultato di un'operazione interpretativa del comportamento dell'amministrazione): CAMMEO, *Commentario* cit. p. 489 e p. 609.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a proposito dei rapporti fra ricorso straordinario e previsioni di ricorsi gerarchici, il richiamo a questa logica consentiva di estendere gli spazi di tutela, fino a colmare una « lacuna » oggettiva nella tutela offerta dalla Quarta Sezione. D'altra parte non sembra proprio che i ricorsi amministrativi, dopo la riforma del 1889, potessero essere recuperati come un mezzo decisivo per raggiungere l'equilibrio fra esigenze di tutela del cittadino e poteri dell'amministrazione: le considerazioni critiche di Cammeo richiamate all'inizio di questo lavoro dimostrano come per lui fosse del tutto evidente che la partita (oltre che sul piano, certo più scontato, della competenza del giudice civile) si giocava tutta sul ricorso alla Quarta Sezione (68). I ricorsi amministrativi potevano svolgere un ruolo positivo, ma molto meno importante, per l'attuazione di un controllo sull'attività dell'amministrazione.

Piuttosto è da sottolineare che per Cammeo la ricerca di una « unità » e quindi di una « congruenza » di fondo fra gli istituti di tutela del cittadino, che costituiva, in modo evidente, uno dei momenti centrali del pensiero dell'autore riflesso negli scritti fin qui richiamati, non poteva andare a detrimento della concreta specificità fra i vari strumenti di tutela. Pertanto si doveva riconoscere che i ricorsi amministrativi non erano omogenei rispetto ai ricorsi giurisdizionali e allo stesso ricorso alla Quarta Sezione (69) e dovevano essere considerati secondo criteri specifici, anche se in gioco era sempre la realizzazione di un equilibrio nei rapporti fra cittadino e amministrazione. Anche il riconoscimento che all'origine del ricorso amministrativo doveva ammettersi un « diritto pubblico subiettivo » non poteva di per sé giustificare conclusioni diverse.

Un riscontro significativo per queste considerazioni è offerto dalle pagine delle *Questioni* e del *Commentario* dedicate alla individuazione delle posizioni soggettive tutelabili attraverso i ricorsi amministrativi.

---

(68) Cfr. ALLEGRETTI, *Introduzione*, in *Le riforme crispine* cit., p. 33 ss. e soprattutto p. 37.

(69) Non si dimentichi, a questo proposito, che Cammeo era fautore dell'ammissibilità del ricorso straordinario anche nel caso si configurassero diritti « civili o politici », ossia, nella sistematica dell'autore, i diritti soggettivi (cfr. *Questioni* cit., p. 60, p. 68 e p. 79 ss.; *Commentario* cit., p. 494s ss.; *Corso* cit., p. 655).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

7. *Ricorsi amministrativi e posizioni soggettive.*

La dottrina sui ricorsi amministrativi del periodo in cui Cammeo scrisse le *Questioni* e il *Commentario* viene richiamata ancora oggi da chi studi tale materia soprattutto per l'affermazione che il ricorso gerarchico sarebbe consentito anche a fronte di un interesse semplice. Questa affermazione si riscontra, oltre che negli scritti di Cammeo (70), anche in altri contributi dell'epoca, di Ranelletti (71), di Santi Romano (72), di Orlando (73), e di autori minori (74), oltre che nella giurisprudenza (75). In effetti la stessa tesi era già comune prima della riforma del 1889, come risulta per esempio da scritti del De Gioannis (76) e dalla giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato (77). Tuttavia, per gli studi odierni, assumono significatività soprattutto gli interventi successivi all'istituzione della Quarta Sezione, che esprimerebbero una maggiore consapevolezza sulle qualificazioni degli « interessi », particolarmente nel caso di autori (come appunto Cammeo) che riservavano con chiarezza l'accesso alla Quarta Sezione solo agli « interessi legittimi ».

L'estensione dei ricorsi gerarchici agli interessi semplici assume rilievo, a un esame più generale della giustizia amministrativa dopo la riforma del 1889, per valutare la maggiore ampiezza della tutela offerta dal sistema dei ricorsi amministrativi e quindi per valutare da

---

(70) CAMMEO, *Commentario* cit., p. 130, 160, 492 ss., 625, 637 ss., e *Corso*, p. 664; ma per ampi riferimenti v. già CAMMEO, *Questioni* cit., p. 67 ss.

(71) RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano 1892, ora in *Scritti scelti* (a cura di E. Ferrari e B. Sordi), vol. II, Napoli 1992, p. 63 ss.; ID., *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell'autorità giudiziaria e amministrativa*, in *Foro it.* 1893, I; 470 ss., ora in *Scritti scelti* cit., p. 95.

(72) Santi ROMANO, *Principii* cit., p. 215.

(73) ORLANDO, *Contenzioso amministrativo* cit., p. 902 ss.; *La giustizia amministrativa* cit., p. 669 ss., p. 678.

(74) V., per es., HAUTMANN, *Del ricorso gerarchico* cit., p. 96; CAPPELLINI, *Il ricorso amministrativo*, Firenze 1912, p. 2.

(75) Cfr. Cons. Stato 7 gennaio 1899, in *Manuale Astengo* 1899, p. 34.

(76) DE GIOANNIS GIAQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, vol. III, p. 2, Firenze 1881, § 1363.

(77) Cfr. le pronunce richiamate da CORPACI, *La giustizia del Consiglio di Stato* cit., p. 105 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un lato le ragioni della scelta di istituire la Quarta Sezione, dall'altro lato le conseguenze della rinuncia a perfezionare la disciplina degli stessi ricorsi amministrativi e ad attuare pienamente il dettato dell'art. 3 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo (78). In questo contesto, l'estensione della tutela degli interessi semplici viene letta accanto alla proponibilità del ricorso gerarchico per motivi di merito e a certe affermazioni, in realtà non univoche (79),

---

(78) Sull'interpretazione dell'art. 3 1° comma cit., con riferimenti anche alla posizione di Cammeo circa la possibilità di interpretare tale articolo come norma sul procedimento, cfr. BACHELET, *I ricorsi amministrativi*, in *La giustizia amministrativa* (Atti del congresso celebrativo del Centenario delle leggi amministrative di unificazione). Vicenza 1968, p. 49 ss.; PUBUSA, *Il dibattito dottrinale prima delle leggi del 1889-90*, in *Le riforme crispine* cit., p. 225 ss., e *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino 1988, p. 11 ss. La tesi di Cammeo, come è noto, è stata ripresa da BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubb.* 1952, p. 144 ss.

(79) Cfr. Cons. Stato, ad gen., 14 dicembre 1899 cit. *supra* alla nota n. 63. In realtà tale parere, criticando l'orientamento che ammetteva il ricorso straordinario anche nel caso di omessa proposizione del ricorso gerarchico, rilevava che tale orientamento finiva col rendere « pressoché inutile lo istituto dei ricorsi in via gerarchica, tanto più che è giurisprudenza del Consiglio essere materia del ricorso straordinario la manifesta ingiustizia: la quale giurisprudenza dà balìa di riesaminare tutto il merito della controversia ». Non si intendeva quindi estendere il ricorso straordinario al merito (cfr. anzi l'art. 12 n. 4 dell'allegato D, che prevede il ricorso al Re « contro la *legittimità* di provvedimenti amministrativi »), ma semmai si riconosceva l'inerenza dell'eccesso di potere alle questioni di legittimità proponibili col ricorso straordinario (cfr., sull'eccesso di potere nel ricorso straordinario, e in particolare sull'« ingiustizia » dell'atto, CAMMEO, *Questioni* cit., p. 71 ss., riprodotto con integrazioni anche in *Commentario*, p. 637 ss.).

Sulla formazione della nozione di « legittimità » nella giurisprudenza del Consiglio di Stato rappresentata dai pareri ai ricorsi straordinari, molto interessanti le osservazioni di CORPACI, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato* cit., p. 131 ss. *Ivi*, p. 101 ss., alcune importanti considerazioni sulla nozione di « legittimità » nelle pronunce del Consiglio di Stato precedenti alla riforma del 1889: in queste pronunce emerge un « complessivo impegno del Consiglio di Stato nella enucleazione delle regole di comportamento cui la pubblica amministrazione deve informare la propria attività » e quindi una sostanziale anticipazione della giurisprudenza sul « detournément de pouvoir » (non si dimentichi che la prima decisione del Conseil d'Etat in cui questa nozione viene sostanzialmente riconosciuta è la decisione Pariset del 26 novembre 1875). Lo studio di Corpaci consente così di chiarire anche, oltre alla posizione del Consiglio di Stato espressa nel parere del 14 dicembre 1899 cit., anche affermazioni della dottrina precedente alle riforme crispine, come quella di MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, vol. III, Firenze 1882, p. 311, secondo cui « anche fra noi si ammette dal Consiglio di Stato il ricorso secondo il n. 4 dell'art. 9 della legge di sua istituzione contro qualunque atto del potere esecutivo... e il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del Consiglio di Stato su una possibilità di sindacato di merito nel ricorso straordinario, come dimostrazione delle potenzialità di un sistema ancorato ai ricorsi amministrativi (80).

In realtà questo atteggiamento riflette un equivoco di fondo: a parte ogni altra considerazione sulle vicende dei ricorsi amministrativi dopo la legge di abolizione del contenzioso amministrativo, una lettura del genere appena richiamato, e cioè incentrata sui termini utilizzati dalla dottrina e dalla giurisprudenza di allora per definire i diversi tipi di interessi, non è significativa, se non altro perché tali termini non corrispondevano agli attuali. La questione della tutela degli « interessi semplici » attraverso i ricorsi amministrativi va letta invece nel quadro del dibattito allora in corso sulle tipologie degli « interessi », dibattito che non si era ancora risolto nella elaborazione di nozioni accolte comunemente e con contorni ben definiti (81) e che soprattutto non

---

ricorso fra noi si esamina dal Consiglio di Stato per motivi tanto di legittimità, che di convenienza » (affermazioni che sembrerebbero altrimenti inspiegabili, dato che l'art. 9 n. 4 dell'allegato D tratta espressamente di « ricorsi fatti al Re contro la *legittimità* di provvedimenti amministrativi... »). Di particolare interesse, nello studio di CORPACI, anche le considerazioni a p. 132 ss. sulla nozione di « legittimità » in alcuni interventi di Meucci successivi alla riforma del 1889.

Per valutare i termini della distinzione fra « legittimità » e « merito », cfr. inoltre le osservazioni di DI GIOVANNI, *L'iter parlamentare della legge istitutiva* cit., p. 285, a proposito dell'intervento della Quarta Sezione, intervento che introdusse, fra l'altro, la distinzione fra competenza di legittimità e competenza di merito della Quarta Sezione.

Sull'evoluzione della nozione di « legittimità » nella giurisprudenza della Quarta Sezione v. ora FOLLIERI, *La legge 31 marzo 1889, n. 5992, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine* cit., p. 459 ss.

(80) Una prima espressione di questa posizione sembra cogliersi già nel lavoro dell'HAUTMANN, *Del ricorso gerarchico* cit., ove risulta particolarmente sottolineata l'ampiezza della tutela offerta dai ricorsi gerarchici (p. 71 ss.). Ogni osservazione in proposito, riferita a questo testo, non può però che essere dubitativa: l'autore interpretava il ricorso gerarchico alla stregua « delle amichevoli composizioni del diritto civile » (p. 12 ss.) e, così ragionando, all'ampiezza della tutela non poteva certo farsi corrispondere la garanzia dell'effettività.

(81) Come si vedrà, l'esame delle pagine di Cammeo sui ricorsi amministrativi conferma l'esattezza delle considerazioni esposte in particolare da SORDI, *Giustizia e amministrazione* cit., secondo cui non è possibile valutare l'attività dei giuristi dell'epoca come la traduzione « sul piano delle costruzioni dogmatiche [di] modelli amministrativi che già animavano le scelte del legislatore » (p. 2 ss.). Vi è piuttosto da aggiungere che la stessa figura dell'interesse legittimo, nel decennio successivo all'istituzione della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si era ancora compiutamente risolto nella « centralità » dell'interesse legittimo (82) né quindi tantomeno nella interpretazione della giurisdizione amministrativa come giurisdizione di « diritto soggettivo » (83). La tutela degli « interessi semplici » offerta dai ricorsi gerarchici (84), nella interpretazione di Cammeo, risulta anzi interessante per cogliere meglio i termini di quel dibattito.

Nelle *Questioni* il tema fu trattato in modo marginale: lo studio non contiene nessun tentativo originale di definire gli « interessi legittimi » e rinvia agli interventi più noti di Meucci (85), O. Mayer e Saredo (86). A proposito del ricorso straordinario Cammeo afferma che esso può essere utilizzato per far valere un « interesse generico » al buon andamento dell'azione amministrativa: un tale interesse può essere fatto valere solo con le azioni popolari (87), mentre di regola

---

Quarta Sezione, appare tutt'altro che compiutamente acquisita, nonostante gli interventi di Ranelletti, di Orlando e dello stesso Cammeo.

(82) Che ancora negli anni alla fine dell'Ottocento e all'inizio del Novecento il dibattito sulla distinzione fra interessi legittimi e diritti soggettivi non fosse approdato a conclusioni definitive, e che tale distinzione non potesse quindi essere accolta come un criterio affidabile, è testimoniato da quanto scritto da ORLANDO, *La giustizia amministrativa* cit., p. 787, a proposito della nozione di « interesse occasionalmente protetto »: « l'accertar ciò costituisce un esame di una estrema sottigliezza, poiché gli elementi all'uopo occorrenti appaiono, io oserei dire, imponderabili ».

Basti pensare, d'altra parte, alla tesi che proponeva di distinguere la competenza della Quarta Sezione da quella del giudice ordinario in funzione del « petitum ».

Anche per questi profili il momento di rottura fu rappresentato dalla mancata approvazione del progetto Di Rudinì-Saredo, che era particolarmente vicino alle tesi di Orlando, e dalla riforma del 1907.

(83) Come è ovvio, tale termine viene qui utilizzato in omaggio alla contrapposizione fra « giurisdizione di diritto oggettivo » e « giurisdizione di diritto soggettivo », analizzata dalla dottrina recente sulla giurisdizione amministrativa (basti pensare a Guicciardi e a Piras).

(84) Invece, per il ricorso straordinario, Cammeo ammetteva solo la legittimazione a chi facesse valere un « interesse legittimo » (*Questioni*, p. 68 e p. 80). Cfr. *infra* nel testo sulle ragioni di tale limitazione, da riconnettersi all'ammissibilità del ricorso solo per vizi di legittimità.

(85) Per la posizione di Meucci e per la sua storia degli « interessi protetti in via occasionale », cfr. SORDI, *Giustizia e amministrazione* cit., p. 228 ss., e AMMANNATI, *Il dibattito dottrinale dopo le leggi del 1889-90*, in *Le riforme crispine* cit., p. 624 ss.

(86) CAMMEO, *Questioni* cit., pp. 67 ss.

(87) La contrapposizione fra « interesse generico — azione popolare (denuncia) » e « interesse personale — ricorso amministrativo » era già acquisita nella giurisprudenza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per un ricorso amministrativo è richiesto un « interesse [che] equivale ad utilità ». « Quindi possono ricorrere contro un atto amministrativo quelle sole persone che dal medesimo possono essere danneggiate o avvantaggiate e che vogliono per quanto è possibile evitare il danno e conseguire il vantaggio » (88). Il ricorso straordinario secondo Cammeo può essere proposto a tutela di diritti soggettivi, al pari di ogni altro ricorso amministrativo (89). Inoltre, « poiché il ricorso straordinario al Re è ricorso di legittimità, vi deve essere fra l'interesse che si fa valere, e una norma giuridica di cui si lamenta la violazione, una corrispondenza almeno occasionale » (90).

---

consultiva del Consiglio di Stato, già prima della riforma del 1889: cfr. gli esempi richiamati da CORPACI, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato* cit., p. 105, e le considerazioni svolte *ivi*, p. 129 ss. Per la dottrina v. cfr. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, 1° ediz., Firenze 1891, p. 349 ss. e specialmente p. 352.

(88) CAMMEO, *Questioni* cit., p. 67.

(89) CAMMEO, *Questioni* cit., p. 68 e soprattutto p. 60 ss., ove Cammeo, richiamandosi anche a pronunce del Consiglio di Stato, sostiene l'ammissibilità del ricorso straordinario « anche contro gli atti che si dicono di gestione » e anche « se la illegittimità proceda da violazione di una legge di diritto privato ». La trattazione, estesa a tutti i ricorsi amministrativi, è più ampia nel *Commentario* cit., p. 495, dove Cammeo dava conto puntualmente anche delle tesi contrarie (si tenga presente che nel *Commentario* il tema assumeva un rilievo particolare, per i riferimenti alla questione della « proponibilità dei diritti come interessi », ossia della possibilità di una tutela dei diritti nelle forme tipiche previste per gli interessi, come ammesso nei ricorsi amministrativi).

Secondo CORPACI, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato* cit., p. 125 ss., sarebbe identificabile un orientamento generale del Consiglio di Stato in tema di ricorsi straordinari, nel senso della inammissibilità del ricorso nel caso di « relazione meramente contrattuale » e, più in generale, di « rapporto regolato dalla legge civile e la cui definizione non fuoriesca dalla applicazione di tale normativa ». Di notevole interesse le osservazioni di CORPACI, *ivi*, anche circa il fatto che « la discriminazione tra ricorso straordinario e azione giudiziaria », nelle pronunce del Consiglio di Stato, non passasse « attraverso la previa qualificazione della situazione giuridica » fatta valere.

Sulle problematiche connesse alla proponibilità del ricorso straordinario anche contro atti dell'amministrazione che attenevano a rapporti privatistici, e in particolare sulla posizione di Mortara (contrario ad ammettere un'incidenza diretta dell'annullamento dell'atto sui rapporti contrattuali) cfr. ora CERULLI IRELLI, *Le questioni di giurisdizione nella giurisprudenza della Cassazione di Roma*, in *Le riforme crispine* cit., p. 523.

(90) Si tenga presente che CAMMEO, *Questioni* cit., p. 69 ss., considera senz'altro fra le questioni di legittimità che si possono far valere col ricorso straordinario anche l'eccesso di potere inteso come « *détournement de pouvoir* » (*ivi* richiami per la dottrina francese a Laferrière e per quella italiana a Codacci Pisanelli, nonché alla giurisprudenza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Di conseguenza, oltre al diritto soggettivo può essere fatto valere quello che « secondo una nomenclatura accolta in Germania [è] un *diritto riflesso*, o secondo una nomenclatura assai diffusa in Itaia un *interesse legittimo* ».

Insomma, nelle *Questioni* è avvertibile un'adesione alla nozione di Meucci di « interesse legittimo » (nonostante le critiche mosse nel frattempo a tale nozione (91)), ma anche l'accentuazione del rapporto di tale interesse con le norme sulla tutela. La tipologia delle posizioni soggettive (degli « interessi ») è ricavata infatti dalle possibilità di tutela riconosciute dall'ordinamento: se il ricorso è ammesso solo per motivi di legittimità, l'interesse fatto valere deve trovare riscontro nella norma della cui violazione si discute (deve essere per lo meno un « interesse occasionalmente protetto »). Invece, se il ricorso è ammesso anche per il merito, è sufficiente un qualsiasi interesse che corrisponda a una utilità propria del ricorrente (c.d. « interesse semplice »).

La trattazione generale dell'argomento nelle *Questioni* si conclude con due precisazioni, che attengono ai rapporti fra ricorso straordinario e ricorso alla Quarta Sezione. Se la qualificazione degli interessi non dipende da disposizioni sostanziali, ma dipende dalle norme che ne prevedono la tutela, gli « interessi legittimi » fatti valere con il ricorso straordinario possono essere considerati « analoghi » a quelli fatti valere con il ricorso alla Quarta Sezione, ma non possono essere del tutto identificati: il carattere giurisdizionale che qui Cammeo riconosce al ricorso alla Quarta Sezione lo induce ad affermare che « la diversità fra un ricorso a una azione importa che nel primo caso possa apparire sufficiente una minore intensità, determinazione ed individualizzazione dell'interesse stesso ». Inoltre Cammeo manifesta il dubbio che gli « interessi » tutelabili con il ricorso alla Quarta Sezione, per effetto della possibilità di una tutela giurisdizionale, siano « stati elevati a dignità di diritti subbiettivi ».

---

della Quarta Sezione e ad alcuni pareri meno recenti, dal 1870 in poi, nei quali però si affermava la sindacabilità in sede di ricorso straordinario della « giustizia » o della « vera giustizia », dei provvedimenti amministrativi).

(91) Di tali critiche, in epoca immediatamente successiva alla redazione delle *Questioni*, si trova un riscontro, per esempio, in ORLANDO, *La giustizia amministrativa* cit., p. 787.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quest'ultima precisazione ci interessa meno: la possibilità di qualificare come « diritti » gli interessi tutelati in sede giurisdizionale corrisponde a orientamenti ben noti, rappresentati all'epoca in cui Cammeo scriveva, e che fra l'altro avevano trovato un riflesso anche nel *Commentario* di Mortara (opera tenuta particolarmente presente nello studio sul ricorso straordinario pubblicato nelle *Questioni*) (92). La prima precisazione, circa la varietà di modalità di « interessi legittimi » in funzione della tutela offerta, risulta invece più interessante, perché sottolinea ulteriormente (portandola quasi ad estreme conseguenze) la convinzione che la qualificazione dell'interesse non possa precedere la norma sulla tutela. Si prospetta così un ordine « scalare » fra gli interessi determinato dalle norme sulla tutela: ricorrendo alle classificazioni di O. Mayer che Cammeo aveva presente, si potrebbe affermare che più la tutela è « formale » (e quindi più sono previste « garanzie » a favore del ricorrente), più limitata è la cerchia dei legittimati a ricorrere (93), ma anche più evidente deve essere il rapporto fra l'interesse del ricorrente e la norma che si assume violata.

Nel *Commentario*, invece, la distinzione fra la tipologia degli interessi riceveva un'impostazione parzialmente diversa. Prescindiamo qui dall'esame delle nozioni (più agevoli da definire) di diritto soggettivo e di interesse « generico » e consideriamo invece l'analisi sull'interesse « semplice » e sull'interesse « legittimo » (94). Le due nozioni sembrano a Cammeo vicine fra loro per il fatto che per entrambi il cittadino non poteva vantare una pretesa all'esito della funzione amministrativa (« le norme regolatrici..., anche se ci sono, ...non obbligano l'amministrazione rispetto ai cittadini »). Ma la distinzione emergeva non appena si considerasse il rapporto con un potere discrezionale dell'amministrazione. « Gli interessi semplici... sono quegli interessi individuali, che possono essere sacrificati o favoriti dall'amministrazione nell'esercizio di quei suoi poteri discrezionali, che costituiscono esplicazione di attività giuridicamente libera di fronte ai cittadini e quindi di attività per essi giuridicamente

(92) Ma cfr. anche lo stesso CAMMEO, *Commentario* cit., p. 129, nota, e ORLANDO, *La giustizia amministrativa* cit., p. 787.

(93) Cfr. anche CAMMEO, *Commentario* cit., p. 162.

(94) CAMMEO, *Commentario* cit., p. 128 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

irrilevante, per quanto di fatto utile o dannosa ». Se il potere dell'amministrazione è discrezionale, o « nessuna norma efficace fra cittadini e Stato esiste a loro difesa », o, se una norma è individuabile, essa è necessariamente generica e quindi non si può invocare neppure per delineare un interesse legittimo.

In questo contesto vi era spazio, ovviamente, anche per una valutazione delle forme di tutela: il controllo giurisdizionale, che implica la sussunzione del fatto in una norma giuridica, non poteva intervenire quando mancava una norma che disciplinasse l'attività dell'amministrazione, perché tale attività era discrezionale. Un rimedio poteva essere offerto solo dai ricorsi amministrativi: « è caratteristico di siffatti ricorsi che l'interesse individuale è, come nell'azione, fatto servire come molla per la reintegrazione del diritto obiettivo e del ben inteso interesse pubblico. Nello stesso tempo l'interesse individuale trova così una diretta difesa, analoga a quella dell'azione. È notevole che l'interesse semplice è così giuridicamente protetto quando il ricorso sia di opportunità; di qui l'importanza di questo istituto, essendo rara nel caso la possibilità e convenienza di una tutela giurisdizionale. Quando il ricorso è di legittimità, l'interesse deve essere o un diritto subiettivo o un interesse legittimo » (95).

Naturalmente una tutela doveva ammettersi anche quando l'attività discrezionale travalicasse i suoi limiti. In questo caso (Cammeo citava anche il « detournément de pouvoir ») doveva ritenersi possibile addirittura « rivedere *in jure* il giudizio dell'amministrazione e considerare violato un diritto soggettivo » (96). Resta comunque il fatto che, in questa logica espressa nel *Commentario*, il piano delle modalità di tutela non era più il solo determinante per la definizione degli « interessi », che trovavano una piena collocazione già in un piano logicamente precedente.

---

(95) CAMMEO, *Commentario* cit., pp. 164-165.

(96) CAMMEO, *Commentario* cit., p. 132. In questo profilo sembra cogliersi un riflesso delle analisi del suo Maestro, Ludovico Mortara, sui rapporti fra tutela giurisdizionale dei diritti e discrezionalità amministrativa (cfr., infatti, MORTARA, *Commentario* cit., vol. I, p. 53 ss., su cui v. ora SORDI, *Giustizia e amministrazione* cit., p. 314 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

8. *Discrezionalità e « interessi semplici ».*

A conclusione dell'evoluzione riscontrata nelle *Questioni* e nel *Commentario* si delinea un quadro più preciso per definire le diverse tipologie di interessi riscontrabili. Questo quadro è determinato dal riferimento ai caratteri dell'azione amministrativa: tali caratteri determinano e qualificano il modo di essere dei rapporti fra amministrazione e cittadino. Nel contesto di queste situazioni d'interesse differenziate, anche ai ricorsi amministrativi (specificamente a quelli gerarchici) viene riconosciuto da Cammeo un margine specifico di funzionalità.

Per completare il quadro, e per poter conseguentemente valutare meglio la collocazione dei ricorsi amministrativi, è però necessario considerare che la discrezionalità dell'amministrazione non è presentata, nelle pagine di Cammeo fin qui considerate, come l'espressione di un « potere », o di un'« autorità » potenzialmente pericolosa per gli interessi dei cittadini. Mi sembra significativo che nel *Commentario*, subito dopo la definizione di « interesse semplice » appena ricordata, Cammeo precisasse che l'atto discrezionale « va paragonato agli atti giuridicamente irrilevanti che nel diritto privato ciascun individuo può compiere nell'ambito della propria sfera libera » (97): l'analogia rappresentata con situazioni di diritto privato sottolineava la normalità dell'attività discrezionale e la sua riconducibilità a criteri comuni con i principi civilistici. La discrezionalità non è vista come espressione di supremazia, ma è vista come espressione propria dell'amministrazione di ciò che è nell'attività di ciascun soggetto puù essere « giuridicamente irrilevante ». Il riconoscimento di spazi discrezionali all'amministrazione non pregiudica, quindi, la possibilità di una visione equilibrata e razionale dei rapporti fra cittadino e amministrazione.

Diventa difficile, a questo punto, evitare il riferimento a un'altra

---

(97) CAMMEO, *Commentario* cit., p. 130. Si noti che in queste pagine Cammeo non confronta la discrezionalità con la nozione di « interesse legittimo », ma la confronta principalmente con la figura del « diritto soggettivo », con riferimento all'ipotesi che l'amministrazione abbia travalicato i limiti della legittimità (cfr. anche nota precedente).

Su questa concezione di Cammeo della discrezionalità amministrativa, in una prospettiva storica, v. ora AMMANNATI, *Il dibattito dottrinale dopo le leggi del 1889-90* cit., p. 648 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

importante interpretazione degli « interessi » nei rapporti amministrativi elaborata negli ultimi anni dell'Ottocento: mi riferisco ovviamente a quella di Ranelletti (98). Ranelletti, come emerge proprio da alcune sue considerazioni espresse a proposito dei ricorsi amministrativi (99), attraverso la sua teoria sulla prevalenza del potere dell'amministrazione rispetto ai diritti dei cittadini riuscì a delineare una collocazione precisa degli « interessi » sul piano del diritto sostanziale e quindi su un piano distinto da quello delle modalità di tutela. Era una collocazione che, però, a differenza di quanto si è riscontrato per Cammeo o da quanto era stato affacciato da Meucci, comportava la necessità di un « sacrificio » (di una « compressione ») per la posizione giuridica del cittadino.

La teoria di Ranelletti, a differenza di quella di Cammeo, ha ispirato in profondità l'evoluzione successiva del nostro diritto amministrativo, a partire dalle recezione di tale teoria nei *Principi* di Santi Romano (100), fino alla sua ampia accettazione nella giurisprudenza. Oggi il confronto fra la tesi di Cammeo e quella di Ranelletti sugli « interessi » viene tradotto inevitabilmente in un confronto fra concezioni dell'amministrazione e dello Stato, e la posizione (in fondo, risultata « vincente ») di Ranelletti viene inquadrata nel contesto di una concezione autoritaria dello Stato, della collocazione dell'amministrazione e del cittadino su piani contrapposti e conflittuali, dell'affermazione della giurisdizione amministrativa come strumento essenziale (e quindi costituzionale) per una garanzia minima del cittadino contro l'amministrazione.

Tutto questo è senz'altro vero. Ma l'esame delle nozioni di « interesse legittimo » e di « interesse semplice » nelle pagine di Cammeo dedicate ai ricorsi amministrativi mi sembra che possa

---

(98) RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato* cit., e *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell'autorità giudiziaria e amministrativa* cit.

(99) Cfr. RANELLETTI, *Ancora sui concetti discretivi* cit., p. 95, ove il tema della tutela degli interessi semplici attraverso i ricorsi gerarchici viene trattato distinguendo chiaramente la qualificazione degli interessi dai motivi dei ricorsi.

(100) Sull'incidenza della teoria di Ranelletti dell'interesse legittimo sui *Principi* di Santi Romano, v. SORDI, *Giustizia e amministrazione* cit., p. 368 ss. La *Recensione* di Ranelletti alla prima edizione dei *Principi* di Romano, si legge ora in *Scritti giuridici scelti* cit., vol. I, p. 237 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

condurre anche a un'altra considerazione: la teoria di Ranelletti (che in fondo conduceva a ritenere la piena compatibilità fra la discrezionalità amministrativa e l'interesse legittimo (101)) di fatto ha consentito una estensione nello spazio del sindacato del giudice amministrativo e della tutela del cittadino. Ne è prova la constatazione che, se si riflette sulla nozione di « interesse semplice » come proposta da Cammeo, almeno in ampia parte essa risulta essere stata « assorbita » dalla figura dell'interesse legittimo così come si è andata precisando successivamente, sulla scia dell'impostazione di Ranelletti.

(101) Nel senso che normalmente di fronte a un potere discrezionale dell'amministrazione vi è un interesse legittimo, cfr. RANELLETTI, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, cap. III, *Natura giuridica della facoltà del concessionario o dell'autorizzato*, in *Riv. it. scienze giuridiche* 1896, p. 259-260, ora in *Scritti giuridici scelti* cit., vol. III p. 635-636 (...« noi daremo il nome d'interessi legittimi ad una facoltà dipendente nella sua essenza dall'interesse pubblico, finché è lasciato all'autorità amministrativa il potere discrezionale di apprezzamento...; quando cessa il potere discrezionale, avremo il diritto subbiettivo »). Superato il limite della discrezionalità, risulta possibile estendere la categoria dell'interesse legittimo: l'interesse « semplice » (ma analoghe considerazioni si potrebbero proporre probabilmente anche per il diritto soggettivo) rimane solo sullo sfondo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ANTONIO ANDREANI

LA VALUTAZIONE DEL FATTO NEL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO E GLI APPREZZAMENTI TECNICI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NEL PENSIERO DI F. CAMMEO.

1. L'ultimo decennio ha visto un intenso fiorire (o rifiorire) di studi sul tema della applicazione della tecnica da parte della pubblica amministrazione, e del sindacato del giudice amministrativo sulla c.d. discrezionalità tecnica (da Ledda a Cerulli Irelli, da Ottaviano a Marzuoli, solo per ricordare alcuni contributi più significativi, e senza tener conto di monografie sul tema più generale della discrezionalità amministrativa (1): ciò può da un lato giustificare un'indagine sulle ragioni di tale rinnovato ed intenso interesse — d'altra parte mai completamente sopito nel flusso della riflessione giuridica —; dall'altro lato conferisce particolare attualità ad un ripensamento delle « fonti » teoriche della questione nel pensiero giuridico italiano, ed in questo senso il pensiero corre necessariamente all'opera di Federico Cammeo,che per primo introdusse nella nostra dottrina la nozione esplicita di discrezionalità tecnica della p.a., trattando sistematicamente il problema delle valutazioni tecniche della p.a. ed i limiti relativi del giudice di legittimità.

La posizione del Cammeo si inserisce in modo originale — ed in certo senso dirompente — nello sviluppo del dibattito che si snoda a partire dalla istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato nel 1889 , con tesi originali e fortemente problematiche, su cui ancora, a distanza di quasi un secolo, non sono state ancora rag-

(1) Si rinvia principalmente alle recenti indagini di Benvenuti L., *La Discrezionalità amministrativa*, Padova 1985 e Azzariti G., *Dalla discrezionalità al potere*, Padova 1989.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giunte conclusioni appaganti; tanto è vero che il rifiorire di studi su questi temi attesta la permanente attualità dei problemi introdotti dalla riflessione del Cammeo.

L'ambito teorico in cui si innestano le tesi di C. è (ovviamente) quello della ricerca dei limiti e della natura del sindacato di legittimità sugli atti della amministrazione,specialmente in relazione alla definizione concreta del vizio di eccesso di potere, a partire dalla nota sentenza della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, (ai primi passi della sua attività) del 7 gennaio 1892 n. 3 (2) alla quale si fa risalire l'introduzione in Italia del sindacato per eccesso di potere (3). Come è noto, il dibattito teorico e pratico si sviluppò circa i limiti di indagine del potere giudiziario sull'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione, ed in questo ambito la individuazione di un limite costituito dalle scelte dell'amministrazione su « apprezzamenti tecnici » costituì ampia parte della casistica considerata. La ragione dell'interesse che presenta questo dibattito è facilmente spiegabile, sulla base di una anche limitata ricognizione della giurisprudenza del tempo (a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso), reperibile in termini abbastanza significativi nello stesso Commentario del Cammeo (4). Alla possibilità di conferire una competenza al giudice ordinario sulle violazioni dei diritti perpretate tramite l'attività discrezionale dell'amministrazione, era collegata la possibilità di far valere la responsabilità dello stato; in particolare la possibilità di far valere responsabilità della p.a. resulta fortemente condizionata dalla natura giuridica che venga attribuita agli « apprezzamenti » tecnici ad es. nella ampia casistica della responabilità dell'amministrazione per manutenzione di strade ed immobili, per provvedimenti relativi all'uso ed alla regimazione delle acque pubbliche, per provvedimenti in materia di opere pubbliche etc.etc.

Rispetto all'esercizio della discrezionalità, la preminenza dell'amministrazione e degli interessi da essa tutelati, vengono sostenuti con estremo vigore da Autori operanti alla fine del secolo scorso ed

---

(2) Pubblicata in *Giust. Amm.*, 1892, I, 1 ss..

(3) Così come sostenuto nel commento a questa sentenza da A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giust. Amm.*, 1892 , IV, 1 ss..

(4) Nelle estese note di corredo al § 381.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'inizio di questo, con affermazioni di tale contenuto : « si deve ritenere che lo Stato abbia voluto riconoscere al singolo solo quella sfera giuridica che si armonizza con le esigenze della tutela dell'ordine pubblico nel campo di cui si tratta, e solo in questa misura abbia voluto limitare la propria sfera giuridica » (5).

Riflette questa impostazione l'idea che « il potere esecutivo è potere essenzialmente operativo nell'interesse della collettività; e nel campo che è delimitato dal concetto di amministrazione esso deve considerare il diritto solo come limite della propria attività, e dentro questo limite deve poter agire liberamente, con libera determinazione per il bene pubblico, guidato dal criterio della convenienza amministrativa o politica dei propri provvedimenti. Questo spiega e qualifica il suo potere discrezionale dove la legge manchi e ne determini il limite » (6).

La preminenza delle ragioni di tutela della libertà della amministrazione nella scelta del modo di perseguire gli interessi della collettività (di cui lo Stato si riteneva essere l'unico rappresentante legittimo), spiega anche perché sino dalla fine del secolo scorso, quando si ritenne possibile un controllo sull'esercizio del potere discrezionale, tale controllo non venne prospettato in funzione della tutela diretta e giudiziaria dei diritti dei cittadini, bensì in funzione di determinazione di parametri vincolanti per l'amministrazione nell'attuazione delle sue competenze.

In questa ottica infatti, una possibile cognizione — e censura — delle valutazioni tecniche della amministrazione, non si presenta tanto come prospettiva di tutela del destinatario degli atti, o della parte lesa da comportamenti illeciti provenienti dalla amministrazione, quanto come definizione dell'ampiezza del vincolo che norme e principi della tecnica impongono all'amministrazione, in dipendenza della loro corretta interpretazione, valutazione e attuazione. La estensione del problema dalla giurisdizione civile — nell'ambito della quale si era ordinariamente presentato — alla giurisdizione

---

(5) Ranelletti O., *La polizia di sicurezza*, Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano diretto da V.E. Orlando, IV Milano 1904, p. 348.

(6) Ranelletti O., *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile.* Discorso inaugurale dell'a.a. 1899/1900 nell'Università di Macerata, Annali dell'Università di Macerata 1927, II, 24 ss..

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

amministrativa, — che si manifesta nella decisione di alcune assai rare fattispecie proposte all' attenzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato —, si realizza con l'innesto della nozione relativa alle valutazioni tecniche della amministrazione sull'esercizio della discrezionalità amministrativa, la cui cogniziona, ai fini della eventuale censura di vizi di eccesso di potere, era divenuto il terreno di normale esplicazione della giurisdizione della Quarta Sezione.

La felice formula del Cammeo della « discrezionalità tecnica » (la cui fortuna, al di là delle critiche sulla esattezza della categoria, ne dimostra la vitalità e la idoneità a sintetizzare un problema), centra la questione problematica della esplicazione della discrezionalità dell'amministrazione in presenza di valutazioni tecniche, (oppure, al contrario, della rilevanza delle norme tecniche quali limite della discrezionalità), con derivazione dalla dottrina tedesca, — ove la formula verbale era stata testualmente utilizzata, ed elaborato il relativo concetto — e focalizza per molti decenni successivi il dibattito teorico ed il tipo di soluzioni prescelte dalla giurisprudenza, nella definizione della relativa questione di carattere giurisdizionale.

Il recupero delle fonti teoriche, consente di ripensare le radici, ed in certo senso anche la prospettiva istituzionale, di un problema che nella prospettiva attuale si propone in termini allargati, come rapporto tra incidenza del sapere scientifico e tecnico nei processi decisionali, ed uso « politico » della scienza e della tecnica. La discussione delle origini, seppure con ben minore consapevolezza di quanto attualmente acquisito circa la stessa polivalenza delle certezze scientifiche, si confrontò direttamente con tali questioni, attraverso la necessità di definire la presenza di valutazioni discrezionali (cioè, sull'interesse pubblico) nella applicazione di regole tecniche o presunte tali; e questo dà rilevanza all'indagine sul pensiero che propose per primo in termini diretti una soluzione della questione.

Il Cammeo peraltro — come è noto ed è stato diffusamente rilevato dagli studiosi della materia — tornò più volte sul tema degli apprezzamenti tecnici della amministrazione, e della c.d. discrezionalità tecnica, in tempi ravvicinati rispetto al primo contributo (che si individua nella nota a sentenza sulla giurisprudenza Italiana del 1902), e successivamente, esprimenndo posizioni diverse che se da un lato possono considerarsi contraddittorie, dall'altro mostrano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chiaramente sia il percorso intellettuale dell'A., sia i nodi problematici, anche di prospettiva istituzionale, della questione generale. Il particolare interesse del pensiero del Cammeo è accresciuto dal momento storico in cui si colloca la sua riflessione iniziale, a pochi anni dalla istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, ed ancor prima della istituzione della Quinta Sezione, — che avrebbe attribuito all'organo giurisdizionale amministrativo una competenza anche in merito per alcune delle questioni « tecniche » che più sovente impegnarono la giurisdizione di legittimità nei primi anni di attività — e ciò proprio nel momento in cui si tende a dare un contenuto sistematico ai problemi pratici di giurisdizione che si presentano agli operatori, nonché a definire in concreto i limiti di cognizione del fatto da parte del giudice amministrativo. Due in particolare furono i temi che impegnarono il dibattito; da un lato l'ampiezza del potere della amministrazione dinanzi alla applicazione di regole non giuridiche (tecniche o scientifiche in particolare) comunque obiettivamente considerate « certe »; dall'altro i limiti del potere del giudice amministrativo nell'ambito di una giurisdizione di annullamento, ma non puramente cassatoria, nella quale l'ampiezza dei poteri istruttori e di cognizione del fatto condiziona e definisce la stessa possibilità di « cognizione » del diritto. Sulla evoluzione della giurisprudenza considerarta dal Cammeo, e sul correlativo adattamento del suo pensiero a tale evoluzione si deve precisare la posizione complessiva dell'A. anche ai fini della comprensione dei successivi Autori che con tale pensiero si sono confrontati.

2. Nella ricostruzione cronologica del pensiero del Cammeo, attraverso i diversi contributi dedicati al tema degli apprezzamenti tecnici della amministrazione e della discrezionalità c.d. tecnica, si rileva una prima singolarità: il primo scritto in materia (7), che costituisce commento ad una decisione del Consiglio di Stato del giugno 1902 — e quindi deve essere stato effettivamente pubblicato nella seconda metà dell'anno 1902 — cita espressamente, quale riferimento teorico generale un altro lavoro dello stesso Autore (il

(7) Che è costituito da un'ampia nota a sentenza sulla Giurisprudenza Italiana del 1902, III, 275 ss. « La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Commentario alle leggi della Giustizia Amministrativa) che porta come data ufficiale di edizione per la prima parte la data del 1903 (!!!), ma che addirittura riporta nella seconda parte del testo e diffusamente in nota una rassegna di giurisprudenza che giunge al 1904 (8). Nella difficoltà di procedere a più specifiche indagini di carattere editoriale per risolvere il piccolo enigma — che comunque presenta un qualche pur limitato interesse di ordine psicologico per intendere l'evoluzione rapida di alcuni idee espresse dal Maestro, — si possono proporre una spiegazione pratica ed una interpretazione concettuale.

Per il profilo pratico la spiegazione è questa: il Cammeo sicuramente, quando scrisse la nota, aveva già composto la prima parte del Commentario, già suddiviso in paragrafi, e redatto in bozze in un'edizione a stampa (9). A causa della rilevante produzione giurisprudenziale — di cui doveva tener necessariamente conto nella elaborazione di un'opera costruita in gran parte sulla riflessione relativa alla giurisprudenza amministrativa — il completamento dell'opera ebbe luogo più tardi (almeno 2 anni) ma la data riportata sul volume restò invariata rispetto ad una prima edizione provvisoria (??) e comunque il quadro concettuale e di riferimento era già compiuto al momento in cui il Cammeo scrisse la nota di commento sulla Giurisprudenza Italiana. Il pensiero compiuto dell'Autore, anche nello stesso commentario, subì qualche adattamento all'evoluzione della giurisprudenza via via maturata, e da questo deriva la necessità di « interpretare » una certa diversità di posizioni che risulta dal confronto tra i primi ed i successivi paragrafi dello stesso testo. Infatti, mentre le idee espresse al § 60 sono sostanzialmente in armonia con il contenuto della nota, le posizioni espresse più avanti relative specificamente alla giurisdizione amministrativa e ordinaria nei confronti della discrezionalità c.d. tecnica (10) richiedono un certo sforzo di coordinamento. La ricca rassegna di giurisprudenza esposta nelle note dei § 381 e 382 (che contiene appunto il riferimento a sentenze che arrivano sino al 1905) testimonia una rapida evoluzione nella applicazione giurisprudenziale relativa alla que-

(8) Cfr. note al § 381 p. 775 ss..

(9) Di cui cita nella nota il § 60 pagg. 132-135.

(10) § 166 e 381 alle pagg. 340-345 e pagg. 773-792.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stione dei rapporti tra norme tecniche e p.a. che impone all'Autore di accettare come « ius receptum » (§ 166) conclusioni alquanto diverse da quelle più strettamente compatibili sulla base della prospettazione teorica della questione; ciò richiede da parte del lettore e dello studioso di risolvere l'apparente contraddizione del pensiero del Maestro, nello stesso contesto del Commentario. Questione diversa si pone per il coordinamento tra questa opera ed il successivo Corso (cicl. 1911-1913), ma le diverse posizioni corrispondono ad una chiara evoluzione, in armonia con la necessità di prendere atto della ormai consolidata posizione giurisprudenziale, di contenuto diverso dalla iniziale posizione teorica dell'Autore. Come è stato sottolineato in un recente studio sulla discrezionalità (11), il Cammeo si presenta come un giurista antisistematico e giurisprudenzialista, e da tale atteggiamento deriva la contraddittorietà tra le considerazioni sul piano teorico e la valutazione dell'ordinamento vigente, così come risulta conformato dalla applicazione di principi seguiti ed affermati dal giudice amministrativo.

Riassuntivamente lo sviluppo cronologico del pensiero del Cammeo in tema di apprezzamenti tecnici della p.a. prende origine dalla prima parte del Commentario alle leggi di giustizia amministrativa (§ 60 pagg. 131-135) ove viene esposta una prima nozione di discrezionalità tecnica; in tempi immediatamente successivi viene pubblicata la nota sulla Giurisprudenza Italiana del 1902 (che può assegnarsi alla fine dell'anno 1902); di poco successiva, ma comunque dopo una certa evoluzione giurisprudenziale, appare la esposizione dei § 166 e 381 del Commentario (pag. 338 ss. e pag. 773 e ss.); infine, con formulazione accentuatamente diversificata, il Corso di diritto amministrativo (1911-13) che rappresenta la sistemazione finale del pensiero dell'A. sulla questione, cui anche contributi successivi di argomento connesso possono ricollegarsi.

3. Nella prima formulazione del suo pensiero il Cammeo (§ 60 del Commentario), si impegna a definire teoricamente ed in termini generali la nozione di discrezionalità amministrativa come espressione del potere di scelta dell'amministrazione, fondata su una

(11) L. Benvenuti, *op. cit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

specifica manifestazione di volontà tra possibilità diverse di attuazione dell'interesse pubblico, rese egualmente possibili da una norma imprecisa: l'A. indica espressamente le fonti dottrinarie della sua costruzione nella sistemazione teorica di giuristi tedeschi ed austriaci (Bernatzik, Tezner e Meyer espressamente richiamati), da cui viene anche ripresa la nozione di discrezionalità tecnica individuata come intrinsecamente diversa dalla discrezionalità ammininistrativa: questa è potere vincolato al perseguimento dell'interesse pubblico per riferimento ad un principio generale ed impreciso che governa tutt'intera l'azione amministrativa. Tale vincolo e principio impreciso può essere più o meno specificamente (ma sempre in termini non puntuali) determinato da regole di indole tecnica vigenti in vari rami dell'attività statale che presiedono ai vari rami del diritto: (pag. 131) « ...pertanto, ove si guardi al vincolo interno e non a quello esterno, l'azione amministrativa può non essere mai tanto precisamente determinata, siccome quando essa pare discrezionale e libera. Poiché in difetto anche di istruzioni è difficile che fra le varie soluzioni, che il criterio tecnico suggerisce o la opportunità amministrativa consiglia, non ve ne sia una più perfetta delle altre, come quella che meglio concilia il perfetto raggiungimento dell'interesse pubblico col minimo sacrificio degli interessi privati: e questa soluzione deve per obbligo d'ufficio essere prescelta dal competente organo amministrativo. Vera facoltà discrezionale nel senso di libertà assoluta dell'amministrazione così agli effetti giuridici esterni come agli effetti interni d'ufficio si ha solo quando in un dato caso si possono prendere più soluzioni o con ugual misura utili e tecnicamente esatte: ed in quanto la scelta cada fra di esse ».

Il Cammeo dunque, già per la discrezionalità amministrativa distingue tra due tipologie, agli effetti del vincolo interno della amministrazione, e cioè A) una discrezionalità (che potremmo chiamare semplice) che è legata a regole imprecise di buona amministrazione ricavabili da precetti diversi, di carattere non giuridico e B) una discrezionalità pura (vera e propria) che si ha soltanto ove la scelta della amministrazione debba ricadere tra soluzioni assolutamente equivalenti alla stregua di ogni criterio di opportunità, ed in questo caso si ha libertà assoluta della amministrazione (citazione da Tezner). Cioè in realtà, la libertà assoluta della amministrazione (=discrezionalità pura) è un evento assai raro, mentre in linea più

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

generale la discrezionalità si muove nell'ambito di regole imprecise di diversa intensità, che mirano ad indirizzare la attività della amministrazione verso il raggiungimento di un interesse collettivo nel suo complesso. La « imprecisione » delle norme che indirizzano la discrezionalità amministrativa, non è un dato assoluto, ma un dato di interpretazione, che genera una corrispondente incertezza nella determinazione della posizione del diritto dei privati destinatari degli atti della amministrazione. « La incapacità delle norme imprecise a generare i diritti subbiettivi, è piuttosto una questione di modalità, di difficoltà intrinseca, che una questione di essere, di impossibilità assoluta ». La incertezza è data dal carattere soggettivo dei criteri di apprezzamento,che determinano una corrispondente « difficoltà di organizzare per la più parte dei casi un controllo giurisdizionale, che altro non sarebbe se non la ripetizione di un giudizio fatto dalla stessa amministrazione attiva; ma non si può negare — conclude l'A. — che ove dalla natura intrinseca del provvedimento resulti, che un atto qualunque, un decreto di espropriazione per es. sia preso nell'interesse privato, quando questo emerga dalla stessa procedura seguita dall'amministrazione e dai relativi documenti, è perfettamente possibile e praticamente utile, tolta di mezzo così ogni difficoltà di prova, rivedere in iure il giudizio dell'amministrazione e considerare violato un diritto subbiettivo ».

Il riferimento della discrezionalità amministrativa a norme imprecise costituisce il passaggio essenziale per introdurre la nozione di discrezionalità tecnica, che si esplica attraverso una operazione di interpretazione specificativa delle norme tecniche che presiedono alla emanazione dei singoli atti della amministrazione che ad essa sono informati. La chiave del ragionamento seguito si esprime nella seguente puntuale affermazione dell'A.: « Possono considerarsi sufficientemente precise (da determinare diritti subbiettivi) e tali da escludere la esistenza di un potere discrezionale quelle norme nelle quali le facoltà dell'amministrazione sono vincolate dalla esistenza di condizioni di fatto che essa per esplicare la sua azione, deve constatare ed apprezzare? » Il passaggio dalla norma imprecisa alla norma precisa si realizza cioè, quando la norma individua come presupposto della sua attuazione (e cioè, dell'esercizio del potere amministrativo, per dirla con termine più attuale) un fatto che la amministrazione deve accertare ed apprezzare nella sua realtà sostanziale. La

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scelta operata dalla amministrazione non concerne il modo di perseguimento dell'interesse pubblico, ma è determinata dall'apprezzamento e dalla consistenza dei fatti presupposti alla applicazione della norma alla stregua di premessa minore del sillogismo giuridico.

La distinzione tra « fatti » di diversa definizione consente lo sviluppo del ragionamento nella precisazione della nozione di discrezionalità tecnica: esistono cioè fatti « semplici » e « diretti » e « fatti complessi » che esigono un apprezzamento subbiettivo (es. indicati dall'A: la cattiva condotta, la indegnità del richiedente una concessione, la pericolosità di una costruzione, la insalubrità di un edificio etc.) e corrispondono quindi ad un apprezzamento di discrezionalità tecnico-amministrativa. Ma il giudizio di carattere tecnico-amministrativo altro non è — precisa il Cammeo — che un giudizio complesso in base a nozioni scientifiche più elevate. È quindi da escludere che la necessità di ricorrere ad un giudizio più complesso sui fatti costitutivi della fattispecie, debba precludere la esistenza di diritti soggettivi in capo ai destinatari della attività della p.a. e cioè debba comportare la esistenza di discrezionalità amministrativa. Questa cioè, (indicata a questo punto come assoluta, e cioè diversa sia dalla d. pura, che dalla d. semplice, con una serie di distinzioni terminologiche e concettuali un pò zigzaganti) si ha solo quando la legge riserva un giudizio di apprezzamento all'amministrazione, e cioè si riscontra una riserva di valutazione.

In conclusione, la c.d. discrezionalità tecnica viene individuata come un accertamento o apprezzamento di un fatto complesso soggetto ad un procedimento conoscitivo di carattere tecnico-scientifico e quindi del tutto analogo qualitativamente al procedimento conoscitivo dei fatti semplici, salva la difficoltà di prova in ordine al carattere di certezza dei criteri tecnico-scientifici seguiti: « ma bisogna ben distinguere la impossibilità della prova, ossia la illiquidità del diritto dalla inesistenza del diritto stesso » (§ 60, pag 135, rigo 11). A questo punto del ragionamento il quadro teorico dell'A. appare chiaramente definito, mentre il passaggio dall'inquadramento dei concetti alla loro applicazione pratica nell'ambito dell'esercizio della giurisdizione, (ordinaria e amministrativa) è rinviato al successivo sviluppo dell'indagine, che presenterà invece (§§ 166 e 381) significativi spostamenti di ordine concettuale rispetto alle premesse teoriche.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4. Nella coeva nota sulla Giurisprudenza Italiana del 1902 il pensiero del Cammeo si esprime in termini strettamente analoghi, quanto alle premesse teoriche, ed appare altresì allargato nelle argomentazioni di sostegno e nell'esemplificazione nonché estremamente più perentorio nelle conclusioni e nelle prospettive di applicazione giurisdizionale. Quest'ultimo aspetto si spiega in particolare, con l'occasione dello scritto, determinata da una sentenza del Consiglio di Stato che sembra — eccezionalmente, ed in una fattispecie invero piuttosto infelice per essere assunta a parametro di riferimento della teoria — dar piena conferma sul piano applicativo della posizione dell'A. sul piano teorico. Si rileva intanto nelle premesse del ragionamento qualche sfumata variazione rispetto al Commentario, in quanto norme indeterminate a maglie molto larghe (espropriazione per pubblica utilità, provvedimenti di polizia per ragioni di sicurezza, provvedimenti disciplinari in ragione della gravità delle colpe) non sono indicate come fattispecie di accertamento complesso (e quindi, secondo il precedente ragionamento, di discrezionalità tecnica), ma ricomprese nel principio generale del fine di buona amministrazione: « Simili precetti nulla più fanno e niente più precisano nei vari casi di quanto faccia e precisi in generale la regola che impera su tutta quanta l'amministrazione, di ben amministrare. In questi casi di discrezionalità, l'amministrazione rimane libera di agire come creda per la soddisfazione del pubblico interesse; dipende dalla volontà della amministrazione lo scegliere tra i diversi modi della sua azione; le ragioni tecniche che in ciascuna specie impongono un provvedimento anziché un altro, la stessa regola che prescrive di ben amministrare, saranno motivi di volontà del pubblico funzionario, ...non precetti giuridici che agiscono con la coazione esterna del diritto ». Al contrario, al § 60 del Commentario, proprio le espressioni suddette venivano indicate come zona di confine tra precettività giuridica e criteri di buona amministrazione, la cui cognizione giurisdizionale non solo è demandata alla disciplina dei singoli ordinamenti, ma addirittura dipende dalla « possibiltà di prova » della erronea applicazione della norma imprecisa. La possibilità di prova della violazione della norma imprecisa consente la possibilità di cognizione del giudice sulla fattispecie, e quindi ricomprende le fattispecie stesse nell'ambito della giustiziabilità da parte del giudice di legittimità: salvo il caso, appunto, che la prova

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'errore di applicazione della norma da parte della p.a. non sia raggiunta, ed operi quindi quella sorta di inversione dell'onere della prova che è dato dalla presunzione di legittimità degli atti amministrativi. Cionondimeno, in via generale, e con specifico riferimento alla fattispecie giudicata nella sentenza annotata, il giudizio sul fatto complesso identificato dalla norma imprecisa (che nella ipotesi considerata è l'urgenza, e questo dimostra la particolare forzatura dell'esempio assunto), con possibilità di prova, è ammesso senza riserve e con affermazioni assai decise: « ...un argomento perentorio dimostra come sia nell'intenzione e nel sistema positivo della nostra legislazione sulla giustizia amministrativa il riconoscerle giuridicamente tale potere ». Ed a sostegno di questa tesi si invoca anche la legislazione comparata, richiami di giurisprudenza conforme, e le opere di teoria giuridica tedesche ed austriache precedentemente menzionate.

La conferma della sussistenza di un potere di cognizione giudiziale viene data dalla affermazione che costituisce poi la premessa espositiva di tutto il discorso svolto nella nota, in ordine alla competenza del giudice amministrativo a conoscere dei fatti, sulla base del sistema probatorio disciplinato dalla legge. Tale affermazione costituisce un nodo essenziale del pensiero del Cammeo, — in decisa contrapposizione alla posizione dottrinaria precedentemente sostenuta da altri autorevoli studiosi (...) che sostenevano il carattere Cassatorio della competenza della IV Sezione — e caratterizza il tipo di discorso svolto, che connette direttamente ai poteri di cognizione del giudice la stessa latitudine della sua giurisdizione, secondo un tipo di ragionamento tipicamente giurisprudenzialistico. Mette conto rilevare che questo convincimento è reiteratamente confermato dall'A., sia nel Commentario, che nel Corso, sia in altri successivi studi sul tema: può utilmente richiamarsi la nota sulla Giurisprudenza Italiana 1916, III, pag. 102 ss. « Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa », ove il principio della cognizione piena del fatto è risolutamente affermato e ampiamente argomentato sulla base della considerazione che in ogni forma di procedura giudiziaria la prova concerne essenzialmente, e per la necessaria struttura del processo, i fatti, e non il diritto, secondo il noto principio per cui « iura novit curia ». Quindi, « le giurisdizioni amministrative, pur in sede di mera legit-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

timità, conoscono anche del fatto, come emerge dall'art. 36 della legge sul Consiglio di Stato e dall'art. 11 della legge sulle G.P.A.... Perciò appunto detti articoli si riferiscono alle prove . Il diritto non forma invece, di regola, materia di prova, essendoché esso debba essere conosciuto di ufficio dal giudice » Al di là della disciplina concreta delle prove, la affermazione della cognizione del fatto da parte del giudice amministrativo, nei limiti delle forme istruttorie disciplinate dalle forme processuali, si integra con la teoria esposta circa la possibilità di accertare la regolare applicazione delle norme tecniche, laddove esse possono essere regolarmente accertate. I limiti dell'accertamento giudiziale coincidono cioè con i limiti della capacità istruttoria del giudice, e non sono un limite normativo proprio del giudizio di legittimità.

Nell'ambito del Commentario (12) l'accertamento del fatto appare in primo luogo limitativo della presunzione di verità e legittimità degli atti amministrativi; ma l'accertamento dei fatti complessi — che comporta apprezzamento —, è ammesso con una indicazione dubitativa seppure preferenziale :« l'accertamento dei fatti complessi e tecnici, .dovrebbe, salvo disposizione contraria, essere compreso nella competenza delle giurisdizioni in questione (cioè di legittimità) »; più avanti nel testo tuttavia si precisa che « ...la potestà di accertamento del fatto, escluso sempre l'apprezzamento (??), permette anche di esercitare un controllo sugli atti di discrezionalità pura, allorché, o dalla motivazione... o da altri facili indagini, risulti senza bisogno di lungo e complesso giudizio che i fatti posti a base del provvedimento discrezionale, sono falsi del tutto ». Insomma, ritorna anche su questo punto essenziale un elemento quantitativo di distinzione in ordine alla latitudine della potestà giurisdizionale. E proprio su questi elementi quantitativi, si colloca l'incertezza nella determinazione della effettività dell'ordinamento.

5. Nello stesso contesto del commentario, ed a distanza di circa due anni — secondo quanto è dato rilevare dalla giurisprudenza citata, come si è accennato precedentemente — l'A. torna ad occuparsi nella discrezionalità tecnica della p.a. dinanzi alla giuri-

(12) § 166 pagg. 341-343.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sdizione ordinaria (§ 381, pagg. 773 ss.): la esposizione argomentativa riprende e ripropone la distinzione tra « norme giuridiche tassative e precise » e « norme che implicano apprezzamenti tecnico discrezionali ». Il problema si presenta — avverte espressamente l'A. — « per quegli interessi che trovano protezione soltanto in norme vaghe ed imprecise, le quali presuppongono l'esistenza di fatti *a*) valutabili secondo criteri tecnici; *b*) in relazione all'interesse specifico della pubblica amministrazione ». L'espressione usata indica la concorrenza tra le due qualificazioni dei fatti presupposti e cioè sia di essere valutabili secondo criteri tecnici, che di essere valutati secondo l'interesse specifico della pubblica amministrazione. Ciò trova espressa conferma sia nella successiva esemplificazione fondata su un'amplissima rassegna giurisprudenziale, sia nella interpretazione del testo operata anche da altri Autori (13) ma introduce evidentemente un'ottica diversa da quella seguita nella nota del 1902, nonché al precedente § 60 dello stesso testo, ed è avvalorato altresì dalla perentoria affermazione che « la giurisprudenza è costante (salve le eccezioni e gli errori dei singoli casi) nel principio che l'autorità giudiziaria non è competente a fare tali apprezzamenti e tali valutazioni di fatto nell'ambito dei rapporti giuridici di diritto pubblico... Il che può formularsi così: l'autorità giudiziaria è nei limiti anzidetti incompetente a conoscere degli apprezzamenti di discrezionalità tecnica. » e più avanti (pagg. 784-85)che « non può disconoscersi che la esclusione della discrezionalità tecnica in materia di diritto pubblico dal sindacato giudiziario è ormai un principio del nostro diritto. Essa infatti corrisponde ad una giurisprudenza così costante, ad un'osservanza così duratura, ed ad una coscienza di far opera giuridica così radicata nello spirito del diritto pubblico dello Stato moderno (come emerge da egual fenomeno in altre e diverse legislazioni v. § 166) che non si può disconoscere ormai l'efficacia di norma consuetudinaria. Essa inoltre ha avuto una indiretta consacrazione legislativa nel fatto che, riferendosi ai precedenti giudiziari in proposito, la legislazione del 1889/90 ha attribuito alla competenza della IV Sezione e della G.P.A. non pochi degli argomenti sui quali il sindacato dei tribunali ordinari non

(13) MARZUOLI C., *Attività tecnica e potere amministrativo*, Milano 1984.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

soleva esplicarsi, perché si ravvisava necessario alla risoluzione della relativa controversia fare apprezzamenti di discrezionalità tecnica ».

L'analisi dei riferimenti giurisprudenziali consente di individuare due linee di ragionamento che attenuano l'impressione di contraddittorietà con le precedenti affermazioni di ordine teorico, contenute al § 60.

A) Per un primo aspetto il Cammeo rappresenta la giurisprudenza della Corte di Cassazione, sia quale garante del riparto di giurisdizione, sia quale organo di vertice della giurisdizione ordinaria, cui corrispondono due diverse serie di decisioni: *a*) sentenze delle SS.UU. che dichiarano il difetto di giurisdizione rispetto agli apprezzamenti tecnici della amministrazione, e quindi l'incensurabilità di detti apprezzamenti; *b*) sentenze emesse nell'ambito di giudizi dinanzi all'A.G.O. e riferibili a materie collocate su un incertum discrimen tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa rispetto a cui l'esclusione della giurisdizione sulla discrezionalità (amministrativa o tecnica) si limita ad accertare l'inesistenza di diritti soggettivi dei privati rispetto alla p.a.. Questo secondo aspetto in particolare risulta chiaramente lumeggiato — con le relative implicazioni — dalla espressa considerazione (pag. 791) che l'ambito dei poteri sindacatori del giudice ordinario influisce sulla proponibilità dell'azione: « gli interessi i quali sono sprovvisti di azione non sono diritti, ai sensi dell'art. 2 delle leggi sul contenzioso amministrativo. Dalle predette cose emerge quindi che la nozione dei diritti nel campo del rapporto giuridico pubblico viene ad essere ristretta dal divieto di sindacato sulla discrezionalità tecnica ».

La conclusione del discorso, chiaramente esplicitata dall'A. è che, in presenza di fatti valutati secondo criteri tecnici, non esistono diritti ma interessi (pagg. 791-93) e che l'apprezzamento fatto dall'amministrazione secondo elementi di discrezionalità c.d. tecnica è insindacabile (sic, pag. 794). Al contrario, se la controversia verta su fatti semplici e giudizialmente accertabili, la eventuale controversia verte su interpretazioni giuridiche e quindi ricorre la presenza di un diritto.

B) In secondo luogo, si può rilevare che la distinzione formulata nella prima parte del commentario dal Cammeo tra fatti semplici e fatti complessi (posta altresì alla base del ragionamento seguito nella

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nota del 1902) non è chiaramente sovrapponibile alla individuazione dei fatti presupposti dalle norme imprecise di cui all'inizio di pag. 774. Tale diversa prospettazione corrisponde a due diversi criteri di indagine seguiti dall'A. nella illustrazione della materia. Nella prima parte dell'indagine viene proposto un ragionamento teorico e svincolato dalla concreta disciplina dei poteri di cognizione giurisdizionale; nella nota del 1902 poi, il commento ad una singola decisione giurisdizionale, assai inconsueta nella soluzione accolta, permette di dare una conferma pratica al ragionamento teorico. Al contrario, nella seconda parte del Commentario, è esclusivamente la disciplina dei poteri giurisdizionali e dei relativi limiti, secondo la disciplina positivamente vigente, ad essere considerata, e questo conduce a rappresentare un « diritto vigente », delineatosi in senso contrario a quanto sarebbe richiesto da una applicazione della teoria. Si rileva in particolare che il Cammeo, rifuggendo in concreto da una contrapposizione diretta tra sistema teorico e diritto pretorio, si lita ad esporre le conclusioni derivanti da una corretta applicazione dei principi elaborati dalla giurisprudenza (soprattutto di Cassazione), sui limiti del potere giudiziario, in relazione ai criteri adottati da questa per escludere il riesame delle fattispecie che interessano apprezzamenti tecnici in relazione all'interesse specifico della pubblica amministrazione. Né parrebbe costruttivo tentare di scindere i due requisiti dei fatti presupposti dalle norme imprecise, al fine di ricondurre la enunciazione del § 381 in termini più aderenti alla iniziale distinzione fatti semplici/fatti complessi, perché tale distinzione non troverebbe riscontro nella giurisprudenza considerata, la quale si limita ad escludere la esistenza di diritti soggettivi in presenza di fatti complessi: ove la « complessità » dei fatti coinvolge contemporaneamente la necessità di apprezzamenti tecnici — alla stregua di regole tecnico-scientifiche — e valutazione dell'interesse specifico della pubblica amministrazione. Insomma, il pensiero del Cammeo, quale risulta nella esposizione dei limiti della giurisdizione, dimostra di prendere semplicemente atto dei risultati cui è pervenuta una giurisprudenza ormai consolidata, senza ricollegarsi direttamente alle distinzioni teoriche proposte in via introduttiva all'inizio dell'opera e non convalidate dalla effettività dell'ordinamento vigente. Con il successivo sviluppo della sua riflessione, esposta nel Corso di diritto amministrativo, il Cammeo realizza il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

raccordo tra formulazione teorica e diritto vigente, riformulando le premesse teoriche della questione (14). In conformità a tale ultima formulazione, si atteggiano i successivi contributi su questioni connesse.

6. Nel Corso, dopo la illustrazione del concetto di « discrezionalità pura » (§ 75) in termini in qualche misura più ampi di quanto indicato nelle opere precedenti come « discrezionalità amministrativa », la trattazione si sofferma sulla illustrazione della discrezionalità tecnica (§ 77). Al fine di distinguere i diversi limiti che la p.a. incontra nell'esercizio della sua attività, viene ripresa la distinzione tra norme precise e norme imprecise, cui corrisponde la individuazione di fatti semplici e fatti complessi. Le norme precise individuano come presupposti per la loro applicazione « fatti semplici », cioè fatti « che esistono o non esistono, ma che non sono suscettibili di una valutazione in più o in meno, o di una qualunque valutazione da farsi in relazione all'interesse della pubblica amministrazione (es. l'età, l'anzianità di servizio, il possesso di un reddito imponibile). Le norme imprecise presuppongono per la loro attuazione « fatti complessi », cioè suscettibili di un più o di un meno da apprezzarsi in relazione all'interesse pubblico, il cui apprezzamento, per la ragione che si dirà, deve lasciarsi alla pubblica amministrazione stessa (p. 405) ... siamo in un campo diverso da quello della discrezionalità pura, perché qui la norma regolatrice c'è, mentre nella discrezionalità pura manca. Ma siamo anche in un campo diverso da quello dell'attività vincolata perché nell'attività vincolata la norma è precisa, c'è un criterio immutabile di riferimento, l'accertamento dei fatti, mentre nel caso qui ricordato la norma è imprecisa, i fatti vanno apprezzati con particolari criteri » (pagg. 405-406).

D'altra parte la nozione di discrezionalità tecnica indica che la discrezionalità non è puro arbitrio, ma è determinata da criteri di tecnica amministrativa, da quei criteri che la tecnica suggerisce in relazione alle esigenze della pubblica amministrazione. Ed in nota l'A. avverte: « Si può discutere se le espressioni fatti semplici, fatti

(14) *Corso di diritto amministrativo*, ed cicl. Padova 1911-1913, pagg. 402ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

complessi, discrezionalità tecnica, siano le più idonee a identificare i concetti sopra indicati: certo essi si prestano alla critica. Ma essi oramai possono dirsi acquisiti alla scienza. E purché i concetti siano chiari, poco importano le parole con cui sono espressi: esse servono soltanto da simboli per esprimere i concetti stessi ». Come esempi del concetto l'A. indica sostanzialmente gli stessi che già ricorrevano nelle precedenti opere: la pericolosità, l'urgenza, il pericolo derivante dalla regimazione delle acque pubbliche etc.. Il che sottolinea in termini ineludibili la modicazione del pensiero del Cammeo rispetto alle sue prime espressioni, in quanto appunto del tutto diversa risulta la nozione dei fatti complessi e dei relativi elementi identificavi.

Infatti, mentre nei lavori più antichi (nota sulla Giurisprudenza Italiana e § 60 del commentario) il fatto complesso è definito come appartenente alla stessa natura logica del fatto semplice, e soggetto alla stessa disciplina sostanziale (salvo valutare i limiti che comunque l'ordinamento può porre al giudice della legittimità nella cognizione dei fatti), adesso si indica una diversa sostanza logica delle due nozioni, in quanto i fatti complessi incorporano un elemento valutativo alla stregua anche dell'interesse pubblico, e non solo alla stregua di norme tecnico-scientifiche più complesse, che quindi richiedono un diverso tipo di indagine, dal punto di vista conoscitivo, rispetto all'accertamento immediato dei fatti semplici. In sostanza, è il binomio atto semplice/atto complesso che si articola su una diversa essenza conoscitiva, definita nell'alternativa accertamento/valutazione, mentre del Commentario, — ed ancor più chiaramente nella nota del 1902 — esso corrisponde alla diversa alternativa accertamento semplice/accertamento complesso, in cui il meccanismo conoscitivo sotteso all'accertamento si differenzia soltanto per la quantità e la complessità delle regole applicabili. Nell'ultima formulazione del pensiero del Cammeo, l'elemento valutativo intrinseco alla assunzione del fatto complesso quale presupposto dell'azione amministrativa si definisce in relazione anche all'apprezzamento dell'interesse pubblico (e non solo di regole tecniche); l'uso di criteri tecnico-scientifici, anche complessi o articolati (ma a risultato univoco) non è sufficiente a consentire certezze in ordine alla adeguata soddisfazione dei fini pubblici imposti all'amministrazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In sostanza, le due fasi del pensiero dell'Autore corrispondono a due diverse prospettive teoriche, ed a due diverse formulazioni della nozione di discrezionalità tecnica, che solo da un punto di vista verbale (del segno semantico, cioè) si presenta coincidente. Nel pensiero più antico la discrezionalità tecnica implica una norma giuridica di completamento che incorpora il riferimento ad una normativa tecnica, mentre nella sua formulazione più tarda ed organica la norma giuridica incorpora il necessario riferimento ad un interesse pubblico. In relazione a questa seconda nozione, la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo esclude perentoriamente ogni possibile sindacato sulla discrezionalità tecnica (pag. 410), che viene strettamente equiparata alla discrezionalità pura, salva la differente ampiezza della sfera di « libertà » della amministrazione: per la soluzione contraria « bisognerebbe ammettere che vi fossero dei giudici i quali sull'istanza dei cittadini interessati, sindacassero l'opera della amministrazione per rivedere la valutazione dei fatti in base alla quale questa ha agito. Poiché le norme di discrezionalità tecnica... importano un apprezzamento in relazione alle esigenze del pubblico interesse dei fatti che ne presuppongono l'applicazione... sono un termine di paragone assai impreciso ed incerto ». Per questo « i giudici... non avrebbero nelle norme una guida sicura per rivedere il giudizio valutativo dell'amministrazione. Tant'è, dunque, escludere il controllo, come la applicazione della giurisprudenza appunto fà ».

Al di là della comune esclusione del sindacato dei giudici lo sviluppo della trattazione sottolinea la pur sostanziale differenza tra discrezionalità pura e tecnica; nella prima manca qualsiasi parametro normativo di riferimento per la valutazione del pubblicco interesse che poggia totalmente su criteri extranormativi; nella discrezionalità tecnica un parametro di riferimento sussiste, seppur vago e impreciso, sicché — nota l'A. — « il vizio che nella giurisprudenza si chiama eccesso di potere è più facile a determinarsi di fronte alla discrezionalità tecnica che di fronte alla discrezionalità pura » (pagg. 411-412). Per la cognizione giudiziale dei fatti, presupposto delle decisioni dell'amministrazione, la formula genericamente indicata dal Cammeo è che il giudice può accertare i fatti, ma non valutarli; « ma ciò nella discrezionalità tecnica appare più discutibile (vedi pag. 1611), quando esistono norme per cui la discrezionalità è

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

limitata dall'obbligo di agire in relazione a determinati scopi di pubblico interesse ».

Nel Corso, questo argomento sfuma senza ulteriori approfondimenti, e mentre resta nettamente enunciato il pensiero dell'A. circa il limite della giurisdizione, in qualche scritto successivo sembra risorgere — attraverso qualche indizio — l'iniziale interesse verso la possibilità di un approfondimento della cognizione dei fatti tecnici: in una nota a sentenza molto più tarda sulla Giurisprudenza Italiana (15), ad esempio, si accoglie positivamente l'orientamento espresso dal giudice amministrativo in ordine alla possibilità di valutare il tipo di impianto per cui è controversia, al fine di assegnare la competenza a provvedere: « occorre interpretare testi non charissimi e, in ipotesi, definire in diritto il concetto di distribuzione dell'energia elettrica ». E nello stesso testo si valuta adesivamente che il giudice abbia riconoscuto che « ...il decidere se una linea sia di pura trasmissione o di distribuzione, è una questione di diritto e non di apprezzamento discrezionale ». Occasionalmente insomma il pensiero del Cammeo torna al punto di partenza, seppure in relazione ad una fattispecie concreta ben diversa da quella che aveva dato spunto alla nota del 1902, e torna a riproporre la tesi che la applicazione di disposizioni normative incerte, relative a fattispecie tecniche, sia questione di diritto e non di valutazione dell'interesse pubblico. Il carattere isolato di quest'ultima riflessione non consente peraltro una diversa ricostruzione delle conclusioni organicamente esposte nel Corso, ma soltanto di constatare la perdurante attualità di un problema, che ancor oggi impegna seriamente la riflessione giuridica.

7. Avendo ricostruito il pensiero del Cammeo sul tema che interessa il presente studio, nei vari momenti e nei diversi contenuti che risultano dal complesso dei suoi scritti, si deve valutare se esso possa essere ricondotto ad una visione unitaria (o comunque si possano superare le apparenti contraddizioni) ed in quale termini esso si leghi alla riflessione giuridica precedente, e rilevi nell'opera

(15) *Trasmissione e distribuzione di energia elettrica*, in *Giur. It.*, 1927, III, 203 ss., nota a Cons. Stato, IV, 17 giugno 1927.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degli studiosi contemporanei e più recenti che si sono impegnati su tale ordine di questioni.

Pur senza poter cancellare elementi di contraddittorietà, (peraltro variamente presenti nell'opera del Cammeo ed agevolmente spiegabili rispetto all'arco temporale della sua attività di studioso ed in presenza di significative evoluzioni del sistema giuridico ed istituzionale di riferimento) il pensiero dell'A. si sviluppa su due linee distinte: da un lato l'oggetto dei provvedimenti amministrativi, su cui viene esercitata la discrezionalità nelle sua varie forme (pura, amministrativa, tecnica); dall'altro il potere di cognizione del giudice di legittimità. Le due linee di considerazione non sono parallele, ma hanno un punto di incontro che si identifica necessariamente nella definizione dell'ampiezza della giurisdizione di legittimità, in relazione alla nozione che sia stata determinata in sede teorica. La ricostruzione teorica dell'A. incontra qualche difficoltà nel passaggio dal disegno astratto alla effettività dell'ordinamento, fondato sui principi seguiti dalla giurisprudenza amministrativa, la quale canonizza come « diritto vivente » principi generali, che non hanno uno specifico referente di norma scritta, e si muove su linee divergenti rispetto a quello che sembra essere il pensiero sistematico dell'A. in sede deduttiva. Tale divergenza si rileva abbastanza nettamente dal confronto tra i vari testi. La definizione teorica di discrezionalità amministrativa e d. tecnica trova la sua più compiuta elaborazione e persuasiva formulazione nel Commentario (§ 60) ove concretamente sembrano definiti tre tipi di discrezionalità: una discrezionalità amministrativa, (che per comodità di riferimento potremmo indicare come d. semplice) e che l'A. talora indica senza altri predicati, laddove l'esercizio del potere sembra orientato da prescrizioni imprecise di qualificazione di interesse pubblico, di carattere assai vago (es. urgenza, pericolosità, insalubrità etc.); una discrezionalità « pura » laddove si individui un potere riservato alla p.a., attraverso una pura e semplice attribuzione di competenza e senza alcuna specificazione in ordine al possibile contenuto dell'i.p. tutelato; ed una discrezionalità tecnica, laddove l'esercizio del potere appaia condizionato dalla esistenza di presupposti di fatto (semplici o complessi) la cui esistenza deve essere accertata e/o valutata in base a regole tecnico-scientifiche più o meno complesse, ed indipendentemente dalla rilevazione di posizioni soggettive private di diritto o

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interesse. L'aggancio della discrezionalità tecnica con il fatto, è garantito dalla idoneità delle regole tecnico-scientifiche a garantire certezza in ordine alla ricostruzione e definizione del fatto stesso (pagg. 133-34). A livello teorico ed astratto, l'A. è orientato a ritenere che in generale, — al di fuori delle ipotesi di decisioni riservate alla discrezionalità assoluta della p.a. — il tipo di scelta operato dalla amministrazione operi in ordine alla applicazione di principi e canoni di buona amministrazione, verificabili alla stregua di regole non giuridiche, ma comunque identificabili in concreto, mentre solo per la discrezionalità pura o « assoluta » — opera un potere volitivo della p.a. esente da possibilità di verifica.

Rispetto alla sistemazione teorica ed astratta, la latitudide ed i correlativi limiti della giurisdizione di legittimità, costituiscono questione di diritto positivo, da definirsi in base alle norme scritte o « pretorie » del singolo ordinamento (come ius receptum), secondo le precise parole del Cammeo: « può finalmente la legge accordare o no questo giudizio tecnico alle giurisdizioni, o accordarlo in parte, ammettendo che esse possano constatare l'esistenza dei fatti, senza apprezzare, ove essi esistano, se i mezzi apprestati per raggiungere lo scopo voluto dalla legge siano i migliori ».

Proprio in relazione a questo rinvio al diritto positivo, il Cammeo, nella nota del 1902 — ed invero con riferimento ad una fattispecie piuttosto forzata — giunge ad includere tra i fatti complessi anche le situazioni di fatto identificabili in base a norme imprecise di assoluta vaghezza (quale specialmente è l'urgenza), che nel Commentario invece vengono indicate come esempi di discrezionalità « semplice ». Tale apparente incongruenza, nel riferimento a fattispecie astratte diversamente classificate in opere composte in termini strettamente prossimi, può spiegarsi come una diversa accentuazione degli elementi concettuali inerenti alle diverse definizioni, in adesione espressa ad una posizione giurisprudenziale eccezionalmente in sintonia con il pensiero teorico dell'A. ricostruito in via deduttiva.

Peraltro tale posizione viene ben presto attenuata nel Commentario ai § 166 e 381, ove la cognizione del fatto risulta distinta tra accertamento e valutazione. Ma la stessa definizione dell'accertamento viene sfumata — rispetto alla cognizione diretta — nella cognizione mediata dalla motivazione o dai documenti provenienti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dall'amministrazione, e quindi l'accertamento del fatto finisce per essere valutazione dell'atto (della p.a.) e non del fatto (presupposto dell'atto), ricollegando tale affermazione all'alveo della prevalente giurisprudenza (da considerare appunto *ius receptum*).

Tale orientamento viene portato a conseguenze più radicali nel Corso, anche per una semplificazione espositiva del ragionamento che si esprime in termini compatibili con la giurisprudenza.

Le categorie della discrezionalità sono presentate in termini semplificati di d. pura e d. tecnica, corrispondenti a norme attributive del potere che sono in ogni caso « vaghe ed imprecise ». Non viene invece più indicata una discrezionalità « assoluta » come esercizio di poteri riservati alla amministrazione da una norma attributiva della competenza. Corrispondentemente, la qualificazione dei fatti si cui la amministrazione fonda la sua azione, pur mantendosi nell'ambito delle indicazioni originarie (fatti semplici e fatti complessi) corrisponde ad una nozione alquanto diversa, in quanto nei fatti complessi si inserisce la valutazione dell'interesse pubblico alla scelta implicata dalla norma attributiva del potere. Conseguentamente si ha una attività vincolata basata sulla esistenza di fatti semplici, in presenza dei quali si oppongono alla amministrazione diritti soggettivi dei privati; ed una attività discrezionale, — pura o tecnica — a seconda che debba farsi luogo alla valutazione dei fatti presupposti anche in base a regole tecniche. In ogni caso, l'interesse pubblico è sempre immanente alla valutazione di fatti complessi, per cui non può più parlarsi di accertamento, ma bensì di giudizio discrezionale, cui non può sostituirsi una valutazione discrezionale del giudice. Corrispondentemente e conseguentemente, equiparando discrezionalità pura e discrezionalità tecnica, viene esclusa in ogni caso dalla giurisdizione di legittimità ogni cognizione/valutazione di fatti complessi risultanti dalla applicazione di norme imprecise.

In conclusione, una ricostruzione di insieme ed in prospettiva di coordinamento delle varie espressioni e fasi del pensiero del Cammeo, permette di ricavarne un quadro comprensibile, le cui incertezze si collocano nelle diverse prospettive assunte dalla riflessione dell'A., e per le affermazioni più estreme e dissonanti si spiegano come adesione a posizioni occasionali della giurisprudenza. Nella combinazione di riflessione astratta e valutazione del sistema giuri-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sdizionale concreto, l'A. si conforma all'ordinamento effetuale, adeguando le categorie astratte al modello concretamente resultante dalla elaborazione giurisprudenziale, che assume il valore di diritto vigente, con uno sforzo finale di sistemazione organica delle categorie risultanti dalle enunciazioni della stessa giurisprudenza. L'evoluzione del pensiero dell'A. si inscrive appunto in questo arco, e mentre da un lato dà piena conferma della definizione di giurista « antisistematico » e « giurisprudenzialista », dall'altro consente di interpretare concretamente le evoluzioni della giurisdizione amministrativa, nello sforzo di approfondimento della categoria dell'eccesso di potere che corrispondentemente si può osservare. Ma tale indagine apre una prospettiva diversa — se pur connessa — con la quale nella presente sede sarebbe impossibile confrontarsi.

8. Sino alla formulazione organica del pensiero del Cammeo, l'inquadramento delle valutazioni tecniche della p.a. era stato ricompreso, in dottrina come in giurisprudenza, nell'ambito della nozione generica di discrezionalità della amministrazione, la cui costruzione era peraltro definita in funzione di limite al potere giurisdizionale (16). Ed in effetti il Cammeo cita reiteratamente, quali fonti teoriche della ricostruzione concettuale proposta, solo fonti tedesche ed austriache (Jellinek, Bernatzik, Tezner, Meyer), e solo in seconda battuta, ma specificamente per i profili processuali consequenziali al quadro teorico, dottrina francese (Laferrière). Peraltro il problema sostanziale era ben presente in giurisprudenza, come attesta la ampia rassegna di sentenze dei giudici civili esposta dallo stesso A. nel Commentario (§ 381), ed a questa giurisprudenza fa riferimento la dottrina immediatamente precedente al Cammeo, individuando le diverse fattispecie di sindacabilità ed insindacabilità degli apprezzamenti tecnici. La fattispecie astratta dell'apprezzamento tecnico della p.a. è posta alla base della configurazione di figure di interessi (legittimi) o diritti soggettivi su cui possa attuarsi la cognizione del giudice ordinario. Nell'ampia rassegna esposta dal Cammeo — come avverte lo stesso A. al § 381 pag. 790 nota sub c): « i casi in cui pare consentito un sindacato intrinseco alla discrezio-

(16) Su cui ampiamente AZZARITI G., *op. cit.*, con ampio esame del pensiero degli studiosi preorlandiani.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nalità tecnica sono del tutto eccezionali. Essi in sostanza non sono mai stati raggruppati intorno ad un concetto unico e rappresentano caso per caso o un errore inconsapevole, o una deviazione dai principi per ragione di equità... In sostanza di tratta cioè di casi in cui, essendosi fatto usa dall'amministrazione di facoltà discrezionali, con evidente travisamento dei fatti o per scopi non rispondenti a quelli dalla legge segnati, si è ravvisato in ciò un motivo di nullità analogo all'eccesso di potere che dà luogo ora a ricorso alla IV sezione. Ma non vi è una coscienza e costanza di applicazione sufficiente per costituire una norma consuetudinaria ».

In sostanza le categorie di discrezionalità amministrativa e di apprezzamento tecnico — prima della riflessione del Cammeo — si presentano nella dottrina italiana su binari teorici e vengono rilevate in fattispecie applicative ben differenziate, ove l'apprezzamento tecnico, a seconda dei casi è individuato come merito del provvedimento, oppure elemento integrante l'esistenza fisica del fatto considerato; e nell'un caso viene espunto — come merito — dalla possibile cognizione del giudice; nell'altro caso appartiene alla concreta rappresentazione del potere e quindi viene sussunto nel giudizio di legittimità. In via d'esempio si può richiamare qualche significativa pronuncia dei giudici ordinari: Cass. Roma, SS.UU. 7 gennaio 1904 (17), a proposito del concorso di spese per manutenzione di strade provinciali recita: « Quando l'una o l'altra ricerca *an debeatur vel quantum debeatur* dipendono dalla premessa di un criterio tecnico, dalla decisione di un rapporto giuridico amministrativo, la cognizione sfugge all'autorità giudiziaria .. .la valutazione delle quote di concorso spettante alla p.a.) non può essere esercitata dal magistrato ordinario, perché questo non possiede, non può esplicare i criteri tecnici di cui ha bisogno e sui poteri che a rigor di principio fanno parte di quel diritto di impero che è attribuito allo Stato ». Nello stesso senso p.es. Cass. Roma, SS.UU. 3 giugno 1902 (18). Dalla giurisprudenza riferita in via esemplificativa si ricavano due esempi rilevanti: *A*) il criterio tecnico e l'esistenza di un rapporto giuridico amministrativo sono posti sullo stesso piano; ciò dimostra, (al di là di una certa imprecisione concettuale) la convin-

(17) In *Giur. It.*, I, 1, 225.
(18) In *Giur. It.*, 1902, I, 1, 862.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione che la norma tecnica, nella sua complessità, contenga elementi intrinseci di incertezza valutativa; *B*) la applicazione di poteri tecnici è parte del potere di supremazia della p.a. per cui non sussiste spazio per una cognizione giudiziale, sicché il limite costante della giurisprudenza è dato dalla applicazione diretta di norma giuridiche, in cui le cognizioni tecniche non sono comprese, facendo parte del merito.

Nello stesso senso della giurisprudenza, si esprimono gli studiosi immediatamente precedenti o strettamente coevi alle prime riflessioni del Cammeo sul tema. Il Romano, (19) osserva come: « ...pur ammettendo che ci siano in astratto degli estremi al di là dei quali non c'è posto per l'esercizio di facoltà discrezionali, in modo che mancando tali estremi si debba necessariamente ritenere che una manutenzione regolare non si abbia, è da ricordarsi che quest'ultima pronunzia si risolverebbe sempre più in uno di quegli apprezzamenti tecnici che confinando con quegli discrezionali, la legge, specie la legge sui lavori pubblici, ha interdetto ai tribunali civili. ... ma talora è il fatto che parla da sé e non dà luogo a dubbi, e si ha quindi una sistuazione di fatto che può porsi dal giudice, non un apprezzamento discrezionale che deve riservarsi all'autorità amministrativa ».

Ed il Vacchelli (20) a proposito di valutazioni tecniche, esprime puntualmente l'opinione che esse sono assorbite nel giudizio di merito dell'atto amministrativo (cfr. p.474) D'altra parte ancor più radicale appare la posizione dell'Orlando, quale è espressa in tema di cognizione del fatto da parte del giudice amministrativo, che viene esclusa radicalmente in relazione ai limiti del giudizio di legittimità; tale esclusione coinvolge direttamente anche gli apprezzamenti tecnici del fatto, senza eccezione (cfr. voce « contenzioso amministrativo » in Digesto italiano III parte II Torino 1895, pag. 893 ss.).

In sintesi gli apprezzamenti tecnici della p.a. vengono valutati dalla dottrina precedente o contemporanea al Cammeo, o come manifestazione della volontà della amministrazione (con un concetto quindi consustanziale a quello di discrezionalità), e quindi da inqua-

---

(19) *Sulla responsabilità degli enti amministrativi per mancata manutenzione delle vie pubbliche*, in *La legge 1904*, ora in *Scritti minori*, Milano 1950, II, 171 ss.

(20) *La difesa giurisdizionale dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, Trattato Orlando, III, Milano 1901, p. 374 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

drarsi nel c.d. potere di impero dell p.a.; ovvero come elemento del fatto da accomunarsi al merito, salva l'ipotesi del fatto evidente che « parla da sé » e quindi sia da ricomprendere in una corretta esplicazione del potere.

In considerazione dell'arco di tempo di oltre dieci anni durante il quale si sviluppò il pensiero dell'A., in tema di d. tecnica della p.a., il contributo di altri insigni Studiosi del tempo può essere considerato sotto l'angolo visuale dello sviluppo del concetto nuovo proposto dal Cammeo ed in riferimento alle posizioni espresse da questo A. Nell'ampio panorama di scritti coevi alla successione cronologica dei lavori del Nostro, assumono particolare rilievo, sia per il momento in cui si collocano i relativi contributi che per l'autorità degli studiosi, le opere del Presutti e del Ranelletti, e qualche isolato spunto del Romano (su cui si è già riferito).

A) Il Presutti elabora il suo studio fondamentale in materia, ed anche il primo in ordine di tempo (21), richiamandosi espressamente alle idee esposte dal Cammeo nel Commentario e confrontandosi con esse. La posizione del Presutti appare correttiva del pensiero originario del Cammeo, ed appare invece sulla stessa linea seguita più tardi dal Cammeo nel Corso. In sostanza, secondo il Presutti, vi sarebbe discrezionalità tecnica, insindacabile dal giudice di legittimità, quando la norma non determina il grado in cui certi presupposti di fatto dovrebbero essere verificabili, mentre rientrerebbero nella fattispecie astratta della attività vincolata (almeno nella valutazione dei presupposti) e pertanto soggetta alla cognizione del giudice di legittimità quelle in cui la norma ricollega il contenuto dei provvedimenti dell'amministrazione a presupposti di cui sarebbe possibile constatare solo la sussitenza o insussistenza. La discrezionalità pura si manifesta ove la norma di azione, per la sua incompletezza, non consente una interpretazione univoca idonea a consentire un controllo di legittimità.

La nozione di d. tecnica si fonda sulla natura del giudizio che costituisce la funzione degli organi di amministrazione, cui spetta operare la valutazione delle situazioni di fatto in rapporto a criteri

---

(21) *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, Monografia, in *Giur.It.*, 1910, IV, 1 ss., poi raccolto nel volume collettaneo dello stesso A. *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano 1911.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tecnico-amministrativi ampi, ovvero a criteri tecnici che importano un apprezzamento quantitativo, commisurata alla valutazione dell'interesse pubblico (22). Pertanto la c.d. discrezionalità tecnica costituisce « una categoria giuridica realmente esistente che è una sottospecie di quella più ampia di valutazione giuridica; essa come modo di interpretazione, alla ricerca del criterio extra giuridico/tecnico più corretto, appare qualitativamente diversa dalla discrezionalità pura, che costituisce manifestazione di un procedimento di volontà ». La conseguente insindacabilità della d. tecnica, chiaramente affermata dal Presutti, viene definita « un residuato storico dello stato di polizia », e cioè, con connotazione negativa, considerata una prosecuzione, pur in presenza di una giurisdizione generale di legittimità, del concetto di insindacabilità degli atti del potere, laddove non si operi una chiara violazione dei diritti. Peraltro, — ed al di la del giudizio negativo di ordine politico da parte dell'A. —, proprio nel campo amministrativo la insindacabilità viene indicata come una caratteristica specifica del sistema, a differenza del campo civile o penale, ove la d.,tecnica appare largamente presente e viene considerata conoscibile dal giudice (23).

Ponendo a confronto l'opera del Cammeo con quella del Presutti, si rileva la sostanziale concordanza delle posizioni finali espresse, seppure fondate su un approccio metodologico differente. Il Cammeo infatti ragiona in stretta sintonia con l'evoluzione ed i vincoli della giurisprudenza, che rappresentano per lui l'effettività dell'ordinamento, ed accetta i limiti del sindacato di legittimità come ius receptum, pur manifestando sul piano teorico preferenza per la riconduzione della c.d. discrezionalità tecnica all'area dell'interpretazione delle norme. Il Presutti al contrario ricostruisce in termini dommatici le nozioni di discrezionalità pura e tecnica, determinandole in base alle funzioni degli organi, e non ad una diversa qualità dei fatti da apprezzare. Infatti secondo il Presutti, (e con diretto riferimento critico alla costruzione del Cammeo) la distinzione tra fatti semplici e complessi non è idonea, così come prospettata a stabilire differenti tipi di giudizio: « ...Fatti complessi, secondo la designazione della parole, dovrebbero essere quelli che constano di

(22) *Discrezionalità pura* etc. cit. col. 45-46.
(23) Cfr. *op. cit.*, col. 48-49.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

più fatti semplici, o anche di un fatto semplice in presenza di modalità molteplici, in guisa che occorra tener conto di più circostanze per farne una valutazione giuridica. Ma se è ciò, gli stessi fatti semplici appaiono complessi, e i fatti complessi si possono ridurre mediante analisi a fatti semplici ». Perciò non è dai fatti, ma dal tipo di potere esercitato, che deriva la esclusione della giurisdizione di legittimità, giacché « se anche si tratta di attributi, di qualità, di caratteri che possono sussistere in grado maggiore o minore, l'accertarna la sussistenza, la conseguente inapplicabilità della norma per ritenere l'effetto giuridico da questa contemplato non sorge, ma dà luogo a discrezionalità; ma viceversa, quando la sussistenza dell'attributo, della qualità del carattere è accertata, dà luogo a discrezionalità il determinare se sussistano in grado o in misura tale da far sorgere l'effetto giuridico ». Tali conclusioni sono del tutto affini a quanto il Cammeo esprime poco più tardi nel Corso distinguendo la discrezionalità tecnica dalla discrezionalità pura nei termini che si sono visti, e riconoscendole sostanzialmente equiparate per quanto riguarda la esclusione dal sindacato giurisdizionale. Un recente e valido studio sulle discrezionalità ricostruita in prospettiva storico-dommatica (24), riassume icasticamente nei seguenti termini un confronto tra i due Autori: « in entrambi...le nozioni sembrano avere la stessa portata e lo stesso significato concettuale, solo diverso essendo il modo con cui esse sono costruite. Il Presutti appare rivolto alla definizione di alcune figure concettuali in sé astratte, quali quella della sussistenza o insussistenza di un interesse pubblico, o quella della valutazione del grado in più o in meno in cui esso ricorre, che solo successivamente finiscono per trovare conferma nella casistica giurisprudenziale. Il Cammeo viceversa sembra evitare di definire con assoluta precisione le caratteristiche delle nozioni, volgendosi piuttosto in primo luogo ai dati giurisprudenziali ».

9. *B*) Strettamente contemporaneo al Cammeo, anche Oreste Ranelletti tratta diffusamente le due nozioni di discrezionalità pura e d. tecnica nelle due opere sistematiche « Lezioni di diritto ammi-

(24) Benvenuti L., *op. cit.*, pp. 41-42.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nistrativo » (25) e « Principi di diritto amministrativo » (26), e si era occupato della discrezionalità, (sotto il profilo particolare della attività di polizia) nel contributo « La polizia di sicurezza » (27). A proposito degli scritti di Ranelletti sulla questione, autorevoli studiosi relativamente recenti (28) addirittura individuano nella sua opera la prima sistemazione teorica compiuta delle nozioni considerate, in rapporto alla attività amministrativa e nel quadro generale dei principi del diritto amministrativo, superando la considerazione ristretta alla prospettiva della giurisdizione di legittimità. « Si può anzi dire, — afferma esplicitamente il Bachelet — che nonostante il permanere del problema nella realtà del nostro ordinamento amministrativo, e nelle discussioni della dottrina che ha accolto variamente tale tentativo di elaborazione, quest'ultimo sia rimasto praticamente senza ulteriori sviluppi salvo quelli relativi al profilo della discrezionalità tecnica che ha invece assillato dottrina e giurisprudenza in problemi e pseudo-problemi ».

A prescindere comunque dalla rilevanza dell'opera del Ranelletti in ordine a tale elaborazione teorica — che è estraneo all'interesse del presente studio — la posizione di questo illustre giurista rileva proprio per la sua col locazione cronologica intermedia ai due principali scritti del Cammeo, sia come confronto diretto, sia per intendere la influenza immediata della riflessione del Nostro. In posizione critica rivolta direttamante al Cammeo, il Ranelletti (29) rileva come la discrezionalità tecnica « sarebbe uno dei casi di libertà o discrezionalità dell'amministrazione riguardo al merito (convenienza, opportunità, giustizia) dei suoi atti, che non sembra né necessario né conveniente separare dagli altri come una figura a sé stante ». Quindi le due figure di d. pura e d. tecnica vengono saldate in un unico concetto di discrezionalità amministrativa (comprensiva sia delle valutazioni di opportunità che della d. assoluta) che si distingue dalla attività vincolata, nonché dagli « apprezzamenti tec-

(25) Dispense (a.a. 1908-1909), Manoppello 1909.

(26) Vol. I, Napoli 1912.

(27) Trattato dell'Orlando vol. IV, parte I, Milano 1904, p. 205 ss..

(28) Cfr. per tutti BACHELET V., *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano 1967, p. 14 ss..

(29) *Principi* cit. p. 390 e nota.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nici » inerenti la « attività tecnica » (e cioè non concretantesi in provvedimenti formali). Tale attività tecnica, comprendente gli apprezzamenti tecnici, sarebbe di volta in volta antecedente, contemporanea o susseguente all'azione amministrativa, ma andrebbe sempre considerata da un diverso punto di vista (Principi cit. p. 353-54) « ...nella questione ed azione amministrativa, quindi nell'attività dell'amministrazione si ha la considerazione e l'apprezzamento dell'interesse collettivo e delle sue esigenze, come dell'utilità per l'espropriazione, del mantenimento dell'ordine pubblico per i provvedimenti di polizia di sicurezza, degli interessi del commercio, dell'industria e della coltura e così via..., sia ha poi la considerazione e l'apprezzamento del mezzo, da questo punto di vista più idoneo per soddisfarlo; la dichiarazione di volontà infine, o l'operazione diretta a questo scopo; quindi un'attività intellettiva o volitiva, e un atto o un fatto in rapporto diretto o immediato col bisogno e interesse collettivo da soddisfare. Nei problemi giuridici si considera l'azione amministrativa in rapporto alle norme giuridiche, secondo e nei limiti delle quali essa deve esplicarsi.Nei problemi tecnici si considerano le questioni economiche, igieniche, sanitarie, pedagogiche e così via che nelle questioni di amministrazione si incontrano. E il criterio del decidere in essi, in base cioè , o secondo il quale le questioni o problemi devono essere risolti, gli atti o le opere compiute, è dato non dalle esigenze dell'interesse collettivo da soddisfare , a cui in questo momento non si può avere riguardo, ma dalle norme tecniche di agricoltura, igiene, scienza delle costruzioni, pedagogia etc. da cui quella materia è regolata ». Tale ricostruzione si coordina con la separazione della discrezionalità sull'an, sul quid e sul quomodo, che prospettano ipotesi differenziate, particolarmente significative nel caso in cui l'an sia totalmente vincolato e la norma predetermini invece il riferimento ad interessi sul quid e sul quomodo (30). Sussiste cioè discrezionalità amministrativa quando la norma, « pur obbligando l'amministrazione a compiere una data azione, ne lega e ne fà dipendere il contenuto dell'atto dal concorso di elementi o condizioni di cui l'esistenza si può accertare mediante un apprezzamento subbiettivo di esigenze di interessi collettivi, così

(30) Su cui si vedano le osservazioni di Benvenuti L., *op. cit.*, p. 50 nota 66.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la necessità o utilità pubblica l'urgenza, la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico » (31).

Come si può rilevare, la ben più ampia nozione di discrezionalità proposta dal Ranelletti, ricomprende fattispecie che il Cammeo nel Commentario riteneva di discrezionalità tecnica, in base ad una diversa nozione e funzione della interpretazione giuridica, che dal Cammeo (come dal Presutti) è intesa in senso ampio, in quanto diretta a ricostruire nei termini più vasti la volontà della norma, e si può dunque avvalere della analogia e della integrazione con fonti non giuridiche; nel Ranelletti invece è intesa in senso giuridico-formale e respinge anche i criteri di analogia e di equità intese come fonti del diritto (32): il compito dell'interprete cioè è limitato a riconoscere la massima di ogni norma, senza ammettere alcun contributo alla elaborazione ed all'adattamento della norma ai rapporti sociali. Proprio la diversità di impostazione teorica sulla portata sistematica della funzione di interpretazione/integrazione delle norme giuridiche, sembra essere il fondamento della diversa posizione espressa dai due A. considerati, circa la latitudine della discrezionalità della amministrazione, e condiziona il diverso sviluppo dei concetti applicativi, anche nel momento in cui il pensiero del Cammeo, con la sua opera più tarda, sembra abbracciare le posizioni più restrittive seguite dalla giurisprudenza. La differenza peraltro si manifesta evidente, e resta insuperata, nelle prospettazioni pratiche di applicazione processuale in ordine alla cognizione del fatto, che nel pensiero del Cammeo, come si è precedentemente indicato, appare interessato da una applicazione estensiva dei poteri del giudice in materia di prova.

In conclusione, la comparazione del pensiero del Nostro con gli Autori a lui più vicini cronologicamente, indica da un lato la innegabile rilevanza della sua intuizione nella riflessione giuridica dei contemporanei, che immediatamente si confrontarono con le nozioni dal medesimo proposte: ma dall'altro lato indica che la originalità del suo approccio al tema restò sostanzialmente isolata, dinanzi alla ricostruzione di taglio prevalentemente dommatico-sistematico preferita sia dal Presutti che dal Ranelletti, ed

(31) *Principi* cit. pag. 367.

(32) Cfr. BENVENUTI L., *op. cit.*, pagg. 54-55.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

abbracciata anche dalla giurisprudenza amministrativa. Della evoluzione rapida del pensiero giuridico, rispetto alla prima intuizione dal medesimo proposta, fu del resto partecipe lo stesso Cammeo, nell'evoluzione dal Commentario al Corso, ove la esposizione sistematica dei concetti fondamentali, perde considerevolmente lo spessore problematico delle prime opere, e finisce per accedere alle posizioni teoriche e pratiche ormai affermate. In un certo senso — e pur sostanzialmente innegabile — la evoluzione del pensiero del Nostro nel decennio che va dalla nota del 1902 al Corso, si muove su un doppio ordine di idee portanti. Da un lato si manifesta uno sforzo di sistemazione teorica in sintonia con il progressivo consolidamento di una posizione giurisprudenziale diversa da quella inizialmente esaminata — con entusiasmo e notevole sforzo di giustificazione teorica dinanzi ad una fattispecie concreta particolarmente infelice — nel 1902; e ciò appare del tutto in linea con l'orientamento « giurisprudenzialista » dell'A. costante nello sviluppo della sua opera. Dall'altro lato il recepimento degli apporti critici e sistematici degli studiosi contemporanei più significativi, si coniuga con la valorizzazione della nozione di discrezionalità tecnica in chiave più strettamente processuale, in ordine alla possibilità di provare i fatti costitutivi del potere (ovvero rilevanti in ordine all'illegittimo uso del potere) della p.a.. Tutto questo si coordina con una evoluzione in senso storico di adattamento progressivo dai principi di uno Stato liberal garantista, verso uno Stato vieppiù arricchito di compiti sociali, e quindi meno strettamente legato a principi garantistici ma impegnato nel perseguimento delle scelte sociali in termini rilevanti sul modo di essere dell'ordinamento nel suo complesso.

10. Una sintetica riflessione sulla « fortuna » del pensiero del Cammeo, in ordine al problema della discrezionalità c.d. tecnica, costituisce una conclusione pressoché obbligata, anche se non agevole per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo, la stessa evoluzione dell'Autore nelle principali opere, produce la inevitabile conseguenza che il richiamo al suo pensiero negli Autori successivi, specialmente meno recenti, abbia contenuto variabile, in dipendenza dell'opera richiamata (mentre gli studiosi più recenti rilevano con attenzione la difficoltà di coordinare le diverse affermazioni dell'A.); in secondo luogo, la costanza della giurisprudenza nell'assimilazione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pratica delle due categorie di discrezionalità, ha comportato una polarizzazione della attenzione sulla posizione più tarda del Maestro, come insegnamento ispiratore del successivo orientamento prevalente.

Ciò premesso, i costanti richiami degli studiosi contemporanei e successivi (sino agli ultimi più attenti contributi che si sono richiamati all'inizio del presente studio) possono raggrupparsi secondo due diversi orientamenti. Da un lato si collocano coloro che muovono dalla intuizione fondamentale del Maestro, in ordine ad una diversa natura qualitativa della applicazione delle norme tecniche rispetto alla valutazione dell'interesse pubblico, e su questa linea propongono una verifica della compatibilità tra la sistemazione teorica e la giurisprudenza amministrativa, e comunque assumono tesi del Cammeo come un dato di raffronto positivo. Dall'altro lato invece studiosi (soprattutto più recenti) collocano le diverse posizioni del Cammeo in prospettiva storicizzata, per mettere in luce il senso profondo del pensiero dell'A. come sviluppo sistematico di una riflessione fondata sul dato giurisprudenziale. Proprio da questo punto di vista l'impostazione del ragionamento svolto dal Nostro assume valore paradigmatico, anche se non se ne debbano condividere le conclusioni. Come impostazione tecnica del ragionamento, l'atteggiamento giurisprudenzialista è fondato sulla realtà positiva di un sistema amministrativo, in cui la esiguità delle norme scritte lascia spazio prevalente alla enunciazione in via giurisprudenziale dei principi che costituiscono l'ossatura portante del sistema. Così come la nozione stessa di discrezionalità nel nostro ordinamento (come ha persuasivamente posto in luce il recente studio di Azzariti G.) ha origine giurisprudenziale, ed una funzione originaria prevalentemente processuale di limite alla cognizione del giudice sugli atti della p.a., anche la nozione introdotta dal Cammeo, e desunta dalla formulazione teorica di studiosi stranieri, si manifesta in relazione ad esigenze di ordine pratico nella delimitazione del potere del giudice di legittimità. Pertanto la adesione dimostrata assai presto alle tesi giurisprudenziali, e la sua spiegazione teorica, l'adattamento e la ricerca delle ragioni che consentano un quadro sistematico alla giurisprudenza, si conforma a questo specifico valore modellante. Da questo punto di vista, la fortuna del Cammeo nel pensiero amministrativo sino ai nostri giorni, è da individuare non tanto come

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

adesione esplicita alle sue tesi, quanto come recepimento di un metodo di lavoro fondato sulla adesione alla effettività del sistema, di elaborazione prevalentemente pretoria. Appare al contrario scarsamente recepito l'insegnamento relativo alla valorizzazione dell'indagine di fatto nel giudizio amministrativo, dinanzi ad una evidente e costante ritrosia degli stessi giudici della legittimità a portare la propria cognizione sugli elementi di fatto, avvalendosi pienamente dei poteri istruttori previsti dall'ordinamento. Sul piano teorico, si dovrà attendere oltre cinquanta anni dalle vigorose notazioni sul punto del Cammeo, e pervenire agli studi sul processo amministrativo di Nigro, per dare nuova attenzione alle esigenze di cognizione del fatto, (al di là dalla ricostruzione fornita dalla amministrazione nei documenti acquisiti) come momento imprescindibile della giurisdizione di legittimità. Ma anche per questo aspetto, si manifesta prevalente la vischiosità della prassi giudiziaria, specialmente per quanto concerne gli aspetti più strettamente attinenti alla disciplina processuale. Uno sviluppo di questa prospettiva potrebbe avere particolare interesse per gli aspetti attinenti al giudizio sulla motivazione sufficiente, ma questo tema apre un altro campo di indagine, ancorché connesso con le riflessioni svolte nel presente lavoro.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

DOMENICO SORACE

IL GIOVANE CAMMEO E I SERVIZI PUBBLICI

1. *Gli scritti giovanili e la legge sulla municipalizzazione dei pubblici servizi.*

Agli scritti giovanili di Federico Cammeo fu riservato un posto di particolare riguardo nella bibliografia (1) che completava la Relazione presentata da Angelo Majorana in nome della Commissione parlamentare che aveva esaminato quel disegno di legge Giolitti da cui sarebbe presto nata la prima legge organica europea (2) sulla assunzione dei pubblici servizi da parte dei Comuni.

In generale la riflessione dei giuristi aveva contribuito in modo decisivo a « delineare le forme con cui l'imprenditorialità dei Comuni assunse, con la legge del 1903 ed il successivo regolamento, veste istituzionale » (3), ma in specie la monografia di Cammeo su « I monopoli comunali » (4), che riproponeva in un quadro più ampio

---

(1) V. Collezione Legislativa ANIDEL, Serie: Atti e discussioni parlamentari, Municipalizzazione dei pubblici servizi, Roma 1961, p. 43. La Relazione fu presentata alla Camera il 23 maggio 1902.

(2) Per il testo ed un ampio commento della legge (29 marzo 1903, n. 103), v. : C. CAMERA e A. MAGNANI, *Commento alla Legge 29 marzo 1903 n. 103 sulla assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni*, Rocca S. Casciano 1903; C. MEZZANOTTE, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, Milano 1905 (ove è commentato anche il regolamento). Per gli echi che ebbe in Europa, e in particolare in Francia, v. P. DOGLIANI, *Il dibattito sulla municipalizzazione in Europa dall'inizio del Novecento alla I guerra mondiale*, in A. BERSELLI, F. DELLA PERUTA, A. VARNI (a cura di), *La municipalizzazione in area padana. Storie ed esperienze a confronto*, Milano 1988, 221 ss. e in part. 239 ss.

(3) V. F. RUGGE, *Saperi speciali* e *cultura della municipalizzazione agli inizi del secolo. Ipotesi di ricerca*, in *Amministrare*, a. XX, n. 1, aprile 1990, p. 89.

(4) F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, in *Archivio giurdico*, LIV (1895), pp. 296-314; LV (1895), pp. 94-115, 304-327, 562-591; LVI (1896), pp. 71-100, 362-387, 521-546.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riflessioni sul tema precedentemente pubblicate (5) e da cui si sarebbero sviluppate altre trattazioni settoriali (6), sembra aver costituito un diretto riferimento per la Relazione in parola. Infatti, in quell'ampio studio si dava conto delle esperienze italiane (7) e straniere (europee e statunitensi) di esercizio diretto o in concessione di servizi pubblici da parte dei Comuni, si illustravano le teorie economiche, gli argomenti politici, le ragioni giuridiche a favore o contro il monopolio comunale di certi servizi (8), e si concludeva proprio auspicando un intervento legislativo che più chiaramente permettesse « l'esercizio diretto a pro della generalità degli abitanti » e che desse soluzioni irrefutabili ad alcuni dei problemi giuridici affrontati nello scritto (9).

Cammeo aveva preso inequivocamente posizione a favore dell'intervento pubblico nei pubblici servizi e non aveva mancato anche di esprimere la propria preferenza per l'esercizio diretto del servizio da parte del Comune piuttosto che per una gestione privata svolta sotto la« sorveglianza » (10), il controllo (11), la regolazione (12) delle autorità pubbliche. Addirittura il solo sistema di esercizio privato

---

(5) V. *Le concessioni comunali per illuminazione a gas e gli impianti di luce elettrica*, in *Giur. it.*, 1894, I, 2, 505; *Il servizio degli omnibus come monopolio comunale*, in *Giur. it.*, 1894, III, 279.

(6) V. *Il calmiere sulla vendita all'ingrosso dei generi di prima necessità*, in *Questioni di diritto amministrativo*, Firenze 1900, 216; *Illuminazione pubblica*, in *Enc. giur. ital.*, vol. VIII, p. I, Milano 1902, 46; *Le concessioni per illuminazione pubblica*, in *Giur. it.*, 1903, I, 1, 473.

(7) Queste esaminate ad una ad una anche nella loro, talvolta curiosa, origine storica preunitaria: v. *I monopoli comunali*, cit. 85 ss., 362 ss.

(8) Proprio il lavoro su « I monopoli comunali » è citato da U. Forti (*Federico Cammeo - compiendosi il trentennio del suo insegnamento*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1933, I, 302) a dimostrazione del possesso da parte di Cammeo di una « [v]isione realistica ed integrale: che, nel campo del diritto pubblico, richiede assai spesso si sappia di storia, di politica, di economia, di finanza e si guardi il fenomeno ed il problema da tutti questi diversi angoli visuali ».

(9) Vi si suggeriva anche (come sarà poi previsto infatti dall'art. 28 della legge) che per finanziare le municipalizzazioni sarebbe stato opportuno facilitare la conclusioni di mutui con la Cassa depositi e Prestiti: I monopoli cit., 541.

(10) *Op. ult. cit.*, 99.

(11) *Op. ult. cit.*, 101.

(12) *Op. ult. cit.*, 309.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che gli pareva accettabile era quello svolto da cooperative di produzione (13).

Il giovane scrittore è conscio che « obbiettivamente considerando la questione è certo che con l'accrescere l'attività dello Stato e degli enti sovrani minori nel campo economico e specialmente in quello della produzione, affidando loro l'amministrazione di ingenti capitali, migliorando col mezzo loro le condizioni dei lavoratori (che in ciò si risolvono le maggiori spese d'esercizio tante volte deplorate) sottraendo ai capitalisti guadagni e forze per quanto ingiuste ed illegittime anche di fronte all'economia liberale si attua in parte l'ideale dei socialisti. Ma non sembra che l'accordo fra il programma socialista ed i dettami di giustizia e i ragionamenti derivati dai principi più corretti del liberismo, sia un motivo sufficiente per indurre i partigiani di questo, in pratica e limitatamente alle questioni in esame, ad agire a ritroso della giustizia e della ragione » (14). Il fatto è che il monopolio privato nell'esercizio delle attività in questione « appare... un abuso gravissimo anche di fronte alle teorie dell'economia liberale » (15): « certo l'abuso dei monopolii di fatto e di quelli per convenzione dei produttori è un fenomeno che dipende da una tendenza la quale ha prevalso per molto tempo che trova ancora ardenti sostenitori, e che è collegata col regime capitalistico di concorrenza come l'esagerazione di qualunque principio è collegata col principio stesso. Questa tendenza riconosce nello Stato il compito di tutelare unicamente il diritto e crede necessario che esso lasci che i fenomeni economici compiano il loro corso quand'anche risultino dannosi. Ma se la libertà della produzione, della domanda e dell'offerta, della concorrenza sono il fondamento normale della società moderna, bisogna pur riconoscere che come nelle leggi di questa società ogni libertà appare limitata nell'interesse pubblico, cosi non è derogare dai principi generali l'applicare limitazioni non dove di libertà si tratti, ma di licenza e di arbitrio... Poiché dunque il monopolio appare come una negazione di quella concorrenza che è la base del sistema economico vigente. ... non può invocarsi come un vizio del capitalismo di concorrenza: anzi di fronte ai principi di

(13) *Op. ult. cit.*, 101.
(14) *Op. ult. cit.*, 114.
(15) *Op. ult. cit.*, 112.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo è ingiustificato in via assoluta e sembra da combattersi con tutti mezzi ». Quanto poi ancora alle possibili accuse di filosocialismo, un'altra precisazione appare possibile: « in sostanza il difetto di ripartizione che si opera mediante questi monopoli non è quello che cade sotto i colpi della critica socialista, poiché la sottrazione di ricchezza si eseguisce non a danno degli operai produttori, ma a danno dei consumatori » (16).

Dunque l'opzione ideologica del Cammeo per il « capitalismo di concorrenza » non è in discussione, anche se, da un lato, la sua preferenza per la gestione pubblica diretta dei servizi (a cui vede particolarmente adatto il Comune (17)) non coincide totalmente con quella degli economisti liberisti dell'epoca (che preferiscono contrastare il monopolio privato con gli strumenti della concessione (18) piuttosto che con la gestione diretta comunale) e, dall'altro, possono colpire i suoi accenti particolarmente duri contro la società per azioni (19), la quale è contrapposta « all'*industria privata* realmente e direttamente *mossa dall'interesse del singolo* » e vista come accomunabile allo « Stato industriale », data la scissione presente, in ambe-

(16) *Op. ult. cit.*, 111.

(17) « ... distinto e separato nettamente dallo Stato mentre in questo si accentrava la funzione politica di difesa esterna e di tutela giuridica, esso conservò quelle funzioni sociali ed economiche che i tempi volta a volta comportavano. Ora, per la *proximité physique* che come dice il Taine è la base del comune, per gli elementi sociali liberi che ne costituiscono l'amministrazione esso ha la conoscenza immediata e diretta dei bisogni pubblici e dei principali bisogni individuali generali, la necessaria capacità ad adattarsi alle variabili condizioni locali »: *Op. ult. cit.*, 313.

(18) V., a proposito della posizione di Pareto, Einaudi, Barone: P. Bini, *Municipalizzazione e pensiero economico: il controverso dibattito in Italia all'inizio del secolo*, in A. Berselli, F. Della Peruta, A. Varni (a cura di), *La municipalizzazione in area padana. Storie ed esperienze a confronto*, Milano 1988, 102. Questa tesi sarà sostenuta da S. Sonnino nel dibattito parlamentare sulla proposta di legge Giolitti (per i riferimenti v. G. Pischel, *La formazione della iniziale Legge del 1903 sulla municipalizzazzione*, in *L'impresa pubblica*, 1976, n. 5, 231).

(19) « Se un grande potere economico che nella società odierna si risolve purtroppo in un potere politico deve, mediante l'esercizio privato delle grandi industrie connesse con un pubblico servizio, accentrarsi in irresponsabili società per azioni ed essere male usato da loro, meglio è che si raccolga invece nelle mani dell'amministrazione pubblica, il cui dispotismo, se vi è, è ormai per lunga tradizione meno odioso... »: *I monopoli cit.*, 97.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

due i casi, tra chi amministra e « chi ha un interesse diretto nel buon andamento dell'impresa » (20).

Insomma, se è difficile immaginare che l'autore de « I monopoli comunali » potrebbe essere, oggi, tra i fautori acritici delle privatizzazioni (oggi, quando ulteriori conoscenze, teoriche (21) e pratiche, si sono accumulate sulle conseguenze della, peraltro inevitabile, scissione tra proprietà e amministrazione nella grande impresa societaria), sarebbe certamente sbagliato ritenere che, ai suoi tempi, le sue idee fossero riconducibili a quel « socialismo municipale » cui certo guardavano alcuni dei propugnatori di una legislazione generale sulle municipalizzazioni (22) (che tuttavia, con la legge del 1903, sarebbe stata realizzata, per diversi profili, sotto il segno di una giolittiana equivocità (23)). Il fatto è che a Cammeo, del quale del resto Codacci Pisanelli vanta (24) la provenienza dalla sua scuola pisana, era del tutto estraneo un approccio ai problemi della municipalizzazione quale quello di chi, come il Montemartini, nel filone delle teorie sui fondamenti economici della democrazia, partiva dalle premesse che « il municipio è un'organizzazione politica »; che « ogni organizzazione politica è un' impresa industriale »; che « l'imprenditore politico - Municipio- ha per unica funzione di distribuire sulla municipalità i costi di determinate produzioni » (25). In defini-

---

(20) *Op. ult. cit.*, 95-96.

(21) A cominciare dall'ormai classico A. A. Berl, G. C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, New York 1932 (trad. it.: *Società per azioni e proprietà privata*, Torino 1966).

(22) Nella relazione Majorana si ricorda che è proprio la municipalizzazione dei servizi pubblici in sé « che molti, impropriamente chiamano socialismo e perfino collettivismo municipale... »: Collezione Legislativa Anidel cit., 42-43. Sul significato più generale di questa formula nel contesto del dibattito sulle municipalizzazioni v. F. Rugge, *Trasformazioni delle funzioni dell'amministrazione e cultura della municipalizzazione*, in *Archivio I.S.A.P.* 1985, 1265 ss.

(23) V. E. Ragionieri, *Accentramento e autonomie nella storia dell'Italia unita*, in *Politica e amministrazione nella storia dell'Italia unita*, Bari 1967, 169-170; G. Pischel, *op. cit.*, 229; F. Rugge, *op. ult. cit.*, 1278.

(24) Durante la discussione sul d.d.l. Giolitti: lo ricorda F. Rugge, « *Saperi speciali* » cit., 91.

(25) G. Montemartini, *Municipalizzazione dei pubblici servigi*, II ed. Milano (1909?), 345. Sull'importanza e l'attualità del pensiero di questo autore, v. G. Sapelli, *La*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tiva egli propugnava si l'« esercizio da parte dei Comuni, di sistemi industriali » ma non anche l'« intervento di questi stessi comuni per mutare la distribuzione della ricchezza » (26).

2. *Il problema costituzionale della gestione monopolistica dei servizi pubblici.*

Malgrado l'acuta capacità di osservazione del nostro giovanissimo giurista, il tema dei pubblici servizi viene dunque affrontato secondo una prospettiva culturale di fondo certamente non innovativa.

Se ne ha conferma anche quando l'autore affronta il tema dal suo specifico angolo di osservazione disciplinare. Questi studi non costituiscono, per lui né occasione per porsi consapevolmente la domanda se i « pubblici servizi » non potessere costituire addirittura il tratto caratterizzante dello Stato moderno (27) né, comunque, (malgrado l'intuizione che pare rivelata dal sopraricordato riferimento ai consumatori (28)) per indagare il rapporto tra l'amministrazione e gli utenti in relazione alla prestazione dei servizi (29) o per approfondire la utilizzabilità della concessione a fini di controllo e di

---

municipalizzazione: socialisti, cattolici e liberisti a confronto nel primo quindicennio del ventesimo secolo, in A. BERSELLI ed altri, *op. cit.*, 167 ss.

(26) Era invece la compresenza dei due elementi che definiva il « socialismo municipale » secondo V. PARETO, *I sistemi socialisti*, (1902-1903), Torino 1974, 682 (citato da F. RUGGE, *op. ult. cit.*, 1270).

(27) Ci si riferisce evidentemente alla prospettiva che emergerà da lì a poco in Francia con il libro di L. DUGUIT, *L'Etat: le droit objectif et la loi positive*, Paris 1901. Per una efficace esposizione sintetica, in prospettiva storica, delle diverse valenze che ha assunto in Francia il concetto di servizio pubblico v.: J. CHEVALIER, *Le service public*, Paris 1987 e A.-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, Paris 1991.

(28) V. *supra* nel testo in corrispondenza alla nota (16).

(29) Quest'ultima tematica del resto risulterà assente o almeno trascurata per lungo tempo nel dibattito giuridico italiano successivo, per il quale v., sinteticamente ma efficacemente, F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Nov.mo Dig. Ital.*, vol. XIII, Torino, 1970, 215 ss, e, per gli sviluppi più recenti, S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enc. del Dir.*, vol XLII, Milano 1990, 355 ss. Perché nella dottrina italiana si affronti organicamente, sebbene sempre dal punto di vista dello Stato, il tema delle prestazioni bisognerà aspettare lo studio di R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano 1956 (II ed.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

regolazione (profilo, anche questo, che pure sembrava aver colto (30)).

Infatti tornato nel campo specifico che gli appartiene, quello del giurista, il nostro autore mostra interesse ai servizi pubblici essenzialmente sotto il profilo dei rapporti tra l'amministrazione pubblica e i privati imprenditori, questi ultimi considerati sopratutto nella veste di concessionari. D'altra parte lo spunto per la ricerca era venuto al Cammeo non da una esigenza teorica ma dal tipo di stimolo pratico che per lui sarà anche successivamente consueto, cioè — come indica proprio all'inizio del suo scritto — da una serie di controversie affrontate dai giudici italiani (ma anche francesi e belgi) a proposito della clausola di esclusiva contenuta in concessioni relative alla conduzione del gas e dell'acqua ed al trasporto di passeggeri, controversie che richiedevano « di determinare fino a che punto fosse legalmente ammissibile la concorrenza in queste industrie » (31).

Comunque, nella prospettiva prescelta, il discorso svolto è di grande interesse perché dimostra, da un lato, un'informata attenzione ai profili di scienza delle finanze del problema e dall'altro una piena capacità di inquadramento costituzionale.

Il nostro imposta la questione partendo dal concetto economico-finanziario del monopolio, il quale consente al produttore di fare prezzi che producono un extraprofitto (cioè un profitto superiore a quello che otterrebbe in ordinario regime di concorrenza).

Egli mette innanzitutto da parte i monopoli « derivanti da libera convenzione » (32), limitandosi ad osservare che « per un curioso paradosso economico possono soltanto sorgere in uno Stato liberista il quale non intervenga in nessun caso a regolare i rapporti economici, quando i produttori di una data utilità, si accordino unendosi in sindacato (33).

---

(30) V. *supra* nel testo in corrispondenza alle note (10), (11), (12).

(31) I *monopoli*, cit., 296.

(32) Evidentemente non gli era ancora nota la prima legge antitrust americana, lo Sherman Act del 1890, malgrado l'attenzione rivolta al diritto amministrativo d'oltre-Atlantico (v.: *Il diritto amministrativo degli Stati Uniti d'America*, in *Giur. it.*, 1895, IV, 81 ss.).

(33) *Op. ult. cit.*, 299.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Vi sono poi monopoli di diritto e monopoli di fatto. I monopoli di diritto sono quelli concessi od esercitati dalla autorità sovrana per industrie in cui sarebbe possibile la concorrenza, la quale quindi è eliminata solo in forza della legge dello Stato. Essi hanno oggi come possibile soggetto solo lo Stato (da intendersi in senso ampio). Questi monopoli sono costituiti dallo Stato per procurarsi un'entrata (da qui il nome di monopolii finanziari) attraverso gli extraprofitti. Ma mentre il profitto è un'entrata d'ordine economico privato, l'extraprofitto ha natura di imposta e precisamente di imposta indiretta di consumo, rispetto alla quale il monopolio costituisce una forma di esazione. Sebbene eccezionali (l'opinione generale è concorde nel ritenerli dannosi), sono ammissibili anche monopoli comunali di diritto. Poiché però « ogni potere di imposizione comunale deriva negli Stati moderni dal diritto nazionale e nessun atto di sovranità del Comune può derogare da esso, i monopoli finanziari municipali, che importano non solo una sottrazione di una parte di reddito dei cittadini, ma una grave limitazione alla libertà personale e industriale debbono essere e sono costituiti esplicitamente per legge » (34).

Più complesso il discorso sui monopoli di fatto, « quelli che sorgono dalla impossibilità, difficoltà, inconvenienza sociale che si determini la concorrenza, secondo le stesse leggi ordinarie dell'economia politica e della scienza dell'amministrazione e delle finanze ».

Intanto vanno distinti quelli determinati da condizioni fisiche e naturali, che rendono impossibile la concorrenza in via assoluta (es.: quelle derivanti dalla proprietà di una miniera dalla quale soltanto è possibile estrarre un certo materiale) da quelli che si fondano su leggi economiche e amministrative (es.: i canali, la posta, il telegrafo, le ferrovie, i gazometri, gli acquedotti, le tranvie, gli omnibus, i mercati, i macelli).

Per eliminare le conseguenze negative derivanti anche da questi monopoli, si ha l'intervento dello Stato o degli enti pubblici locali, del resto reso necessario dall'uso che in tali casi normalmente si fa del suolo pubblico o comunque dalla connessione delle attività in

(34) *Op. ult. cit.*, 299-303, 311-312.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questione con servizi che le amministrazioni sono tenute a fornire per legge.

Si potrà trattare di un « intervento regolatore » o dell'esercizio diretto dell'attività. Strumento dell'intervento regolatore (in particolare per tentare di evitare gli inconvenienti del monopolio relativi ai prezzi e ai guadagni) saranno gli speciali atti amministrativi mediante i quali in primo luogo si regola l'uso non ordinario del suolo pubblico richiesto da tali attività, cioè le « concessioni », che costituiscono occasioni per porre condizioni, limiti o prescrizioni più o meno precise.

Inoltre, quando alla concessione si accompagna il pagamento di un canone e nell'ipotesi di esercizio pubblico diretto, si pone il problema della natura di queste entrate che in genere saranno entrate economico-private o tasse, essendo raro che si punti ad un extraprofitto eccessivo che si atteggerebbe ad imposta di consumo (35).

Ma quali sono le regole giuridiche relative ai monopoli cosi tratteggiati?

Per Cammeo, « vi è un principio supremo della nostra legislazione piuttosto consuetudinario che scritto »: « la libertà industriale ». Fa parte di « quel complesso di idee, che sorte dalla rivoluzione francese si diffuse in Europa con le armi Napoleoniche », ma che « in ogni modo ... risulta implicitamente dagli artt. 26 e 29 dello Statuto del Regno che affermano le idee affini di libertà individuale e di libertà e rispetto della proprietà ». Dunque, una legge può derogare a questo principio mentre, a pena di nullità, non potrebbe derogarvi un regolamento generale, né tanto meno un regolamento locale. Di conseguenza un semplice regolamento non può creare alcun monopolio di diritto relativo ad un'industria in cui sia possibile ed utile la concorrenza: « i regolamenti comunali non potrebbero adunque mai ... impedire che i singoli privatamente si provvedano dei mezzi di trasporto, né in generale vietare ad altri l'esercizio di quelle industrie che i comuni stessi credano opportuno di esercitare o fare esercitare per delegazione propria » (36). D'altro canto questa conclusione è confermata se si guarda al problema dal punto

(35) *Op. ult. cit.*, 299, 304, 309-310.

(36) *Op. ult. cit.*, 73.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di vista del diritto tributario: dal momento che, come si è già visto più sopra, i soprarredditi derivanti da un monopolio di diritto costituiscono imposte, la loro legittimità presuppone una legge che, ove si tratti di imposta comunale, dovrà fissare oltre la sua base e il suo carattere, la misura massima e i metodi di riscossione (37).

Ma il discorso è diverso per i monopoli di fatto. Infatti è vero che « la facoltà regolamentare comunale incontra un limite assoluto nel diritto nazionale vigente cioè non solo nelle norme legislative e regolamentari generali scritte, ma anche in quelle consuetudinarie e costituenti i principi supremi del nostro ordinamento ». Ed è altresì vero che « la podestà regolamentare del comune che è l'espressione della volontà di una persona giuridica pubblica incontra oltre questo limite, anche quello più generale del fine imposto all'ente: cioè il limite dell'interesse pubblico più o meno discrezionalmente inteso ». Senonché « come la libertà individuale e la proprietà sono limitate dalle leggi non solo, ma anche dai regolamenti generali e da quelli locali (38), così anche alla libertà industriale può sorgere una limitazione » ad opera di regolamenti. Anzi può addirittura « accadere che in virtù di regolamenti legali le limitazioni ad una determinata industria sien tali da escludere la possibilità della concorrenza e creare un monopolio ». Certo i regolamenti dovranno essere « legali » e « le limitazioni da essi imposte debbono aver quindi una ragione positiva nella tutela » dell'interesse pubblico. Cioè « i monopoli cosi fondati debbono avere sempre di necessità una base di fatto in un motivo di ordine amministrativo ed economico ». Un esempio: « la sicurezza e la circolazione nelle strade comunali impone che sia limitato il numero delle carrozze pei trasporti in comune, la ristrettezza del sottosuolo impedisce che si immettano in esso più di una condotta d'acqua o di gaz: ed il comune ordina che soltanto un numero fisso di omnibus od una sola linea di tram, o un unico tubo per l'acqua o per il gaz passi per le strade comunali ». Di più, « l'esercizio di queste industrie per la connessione loro col suolo pubblico è vincolato anche ad una concessione dell'autorità: questa

(37) *Op. ult. cit.*, 80.

(38) Il che Cammeo ritiene di poter desumere da « Statuto del Regno Art. 26 e 29 capoverso. Legge di pubbl. sic. e regolamento di polizia locale. Codice civ. art. 436. Regolamenti edilizi e di igiene ... ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riconosce che anche per la loro natura economica la concorrenza è impossibile o dannosa e nega le concessioni successive, regolando in complesso per il pubblico bene quelle esistenti ». Orbene, « col far questo gli atti amministrativi municipali sono perfettamente legittimi perché riconoscono e sanzionano soltanto uno stato di fatto che i Comuni sarebbero incapaci ad impedire: non creano un monopolio che già non esista, e non violano quindi né la norma giuridica, né la regola del pubblico interesse; anzi favoriscono questo ». Semmai è da tener presente che ove da questi monopoli di fatto derivassero soprarredditi questi costituirebbero imposte e sarebbero illegali in mancanza della previsione legislativa. Da qui la conseguenza che per la legalità di ogni monopolio di fatto vi è « 1'obbligo del comune di fissare almeno un maximum dei prezzi per il consumo privato ».

Quel che non si potrebbe fare sarebbe invece « estendere la privativa a casi in cui le ragioni economico o materiali cessano di giustificarla e sopratutto ad industrie che sebbene affini rispondono a bisogni alquanto diversi e che possono praticamente ed efficacemente farsi concorrenza tra loro, come il gaz, e la luce elettrica, gli omnibus ed i tramways... ». In questo modo infatti « si limita con atti dell'autorità la concorrenza dov'è possibile e utile, si crea un monopolio di diritto » (39).

Dunque la tematica dei servizi pubblici locali è inquadrata costituzionalmente sotto il profilo delle limitazioni pubblicistiche alla libertà di iniziativa economica dei privati, limitazioni che il nostro giurista onestamente liberale non esita ad ammettere quando le circostanze siano tali che, diversamente, si determinerebbero situazioni di monopolio o di oligopolio, con pubblico detrimento. Forse non tutti i passaggi del ragionamento sono pienamente convincenti, ma non è questo il punto su cui portare l'attenzione. Invece si deve notare che l'impostazione del problema appare metodologicamente corretta e (fatte salve ovviamente le conseguenze delle diversità del diritto positivo, sopratutto per quanto attiene al diverso sistema delle fonti) (40) suona anche particolarmente attuale alla

(39) *Op. ult. cit.*, 72-75, 81.

(40) Per una impostazione analoga, riferita alla Costituzione vigente, si cfr., se si vuole, il nostro, *Note sui « servizi pubblici locali » dalla prospettiva della libertà di*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

luce delle letture dominanti del diritto pubblico dell'economia di marca comunitaria europea. Ma in queste pagine può vedersi sopratutto la precoce testimonianza di una indubbia sensibilità costituzionale e di una fedeltà ad un certo modo di intendere il ruolo del giurista (prevalente sui convincimenti e le ideologie personali) che troveranno presto conferma nel modo in cui Cammeo tratterà sia lo scottantissimo tema dello stato d'assedio (41) sia altre delicate questioni come quella del licenziamento di maestri elementari per motivi politici (42) o, più tardi (43), quella della limitazione dell'accesso delle donne agli impieghi pubblici.

3. *La questione della natura delle concessioni.*

All'esame dell'aspetto costituzionale del problema, Cammeo aveva fatto precedere la disamina del profilo amministrativo, che pare quello che gli stava più a cuore: natura e sopratutto revocabilità delle « concessioni ».

Come subito vedremo, nell'affrontare gli aspetti amministrativistici la sincera preoccupazione dell'autore per l'interesse della generalità dei cittadini non riesce a tradursi in un discorso nettamente e chiaramente diverso dagli altri dell'epoca (ove l'« interesse pubblico » sembra evocato essenzialmente per legittimare l'autoritarismo dell'amministrazione) anche se la sua sensibilità costituzionale gli suggerisce stimolanti aperture.

« Il rapporto tra l'autorità comunale e l'esecutore di servizi industriali che essa crede opportuno di organizzare », si chiama « concessione », parola con la quale nel campo del diritto pubblico italiano e francese « si comprendono diverse manifestazioni della volontà dello Stato o degli enti sovrani minori diretto (*sic*) ad

---

iniziativa, economica e non, dei privati, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. II, Milano 1993, 1141 ss.

(41) Su cui v. M. FIORAVANTI, *I presupposti costituzionali dell'opera giuridica di Federico Cammeo*, in questo stesso volume.

(42) *Giur. it.*, 1897, III, 90. In merito v. le esatte osservazioni di M. FIORAVANTI, *op. cit.*

(43) *Giur. it.*, 1921, III, 77.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

accordare esercizi di diritti o di facoltà unicamente ed esclusivamente spettanti all'amministrazione » (44).

Proprio, anche se non solo, perché questo è l'oggetto della concessione, non è possibile vedere in essa un contratto in senso civilistico. Conferma questa conclusione in primo luogo la considerazione che la causa di questi atti non sta nella controprestazione del privato ma nell'interesse pubblico, cioè in un elemento che può cambiare nel tempo e che quindi tende a togliere a questi pretesi contratti la stabilità che è propria del contratto civilistico. D'altro canto la finalizzazione all'interesse pubblico ha anche per conseguenza che la concessione finisce per avere per i cittadini un rilievo che i contratti non hanno nei confronti dei terzi. Si aggiunga che la violazione delle clausole di una concessione può dar luogo ad un processo penale anche se, essendo ripetute in un capitolato e sottoscritte in un atto di obbligazione, assumono l'aspetto di clausole contrattuali. Ma, ancor prima, non si dimentichi che non è concepibile l'unione, la fusione delle due volontà in cui consiste un contratto quando « una nella stessa qualità entro i limiti del medesimo rapporto può comandare e vietare e l'altra deve obbedire » (45).

La considerazione dell'oggetto del preteso contratto sembra comunque restare dominante per respingere la tesi che la concessione abbia natura contrattuale, quando Cammeo si sofferma ad esaminare in particolare le clausole che più lo interessano, quelle con cui l'amministrazione si obbliga a non revocare le concessioni o a non farne altre concorrenti o a non imporre tasse. Così l'amministrazione « deduce in contratto un obbligo di fare o di non fare, che potrà avere in ultima analisi importanza patrimoniale, ma che è unicamente di diritto pubblico, avendo per contenuto azioni ed omissioni le quali non avrebbero alcun valore e pratico effetto se non entrassero nella sfera degli indiscutibili atti di autorità ». Ma fino a che punto l'amministrazione ha capacità di obbligarsi in simili materie? « Si comprende a prima vista che questa capacità non è e non può essere illimitata. L'amministrazione è depositaria degli interessi pubblici generali, essa ha per legge una sfera d'azione discrezionale entro la quale può muoversi liberamente allo scopo di

(44) *Op. ult. cit.*, 562-563.
(45) *Op. ult. cit.*, 574-581.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tutelarli. Ma avere libertà e discrezionalità d'azione non significa avere libertà di rinunciarvi contrattualmente a favore di privati. La legge dà questa libertà e la legge sola può ritoglierla... Una rinuncia temporanea, limitata, diretta a tutelare l'interesse generale, tale cioè da ingenerare nel concessionario un ristretto diritto soggettivo di natura pubblica può ammettersi; ma ciò non accade mai in un contratto civile che non si presta ad una interpretazione da farsi spesso con criteri di opportunità e che non può far sorgere se non diritti interi ed assoluti » (46).

Se non sono contratti, che natura hanno dunque le concessioni? Buoni suggerimenti possono venire dalla teoria tedesca che vede possibile il sorgere di diritti soggettivi « non solo dalle leggi amministrative ma anche dai regolamenti e dai provvedimenti singoli, che sulla base di queste leggi siano emanati » cosicché « quando la volontà concorde del legislatore e dell'amministrazione abbia inteso di creare un diritto soggettivo, questo, una volta sorto, non può essere più né violato né abrogato, neppure con l'abrogazione dell'atto, ma solo con le forme e coi compensi che sono del caso ». Secondo questa teoria (« che fu principalmente divulgata e quasi totalmente seguita dal Prof. Ranelletti », la cui opera sulle concessioni -della quale Cammeo dichiara di essersi giovato più volte- era peraltro ancora pubblicata solo in parte (47)) le concessioni sono atti amministrativi unilaterali che fanno sorgere diritti subbiettivi. Ciò avviene « in moltissimi casi » ma non sempre. Cioé diritti subbiettivi non sorgono da tutte le clausole di una concessione né comunque nascono sempre « senza limitazione in modo che si possano far valere in via assoluta in tutti i casi: alcune clausole possono fissare una semplice norma d'azione dell'autorità, altre costituire un diritto limitato, condizionato, revocabile in dati casi senza indennità; gli interessi più gravi soltanto ed essenziali di quelli cui è diretto l'atto

(46) *Op. ult. cit.*, 576-577.

(47) Il Cammeo segnala infatti (*Op. ult. cit.*, 573, nota 2) la recentissima uscita, nel fascicolo del 24 maggio 1894 della *Riv. it. per le sc. giur.*, del capitolo intitolato: *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, il quale apparteneva alla Parte II della *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, di Ranelletti. Sarebbe ancora seguita, in fascicoli del 1895 e del 1896 della stessa *Rivista*, la Parte III: *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

amministrativo assumono la forma di diritti pubblici ed hanno una garanzia completa nell'azione amministrativa » (48).

L'esperienza italiana consente, secondo il Cammeo, un'analoga lettura: la concessione è un atto unilaterale amministrativo, dal quale sorgono diritti. « Il diritto di essere mantenuto nella concessione insieme a qualche altra pretensione di carattere patrimoniale sono i principali diritti soggettivi che sorgono da questi atti amministrativi: dalle altre clausole è questione d'interpretazione il vedere fino a che punto sorgano diritti interi o condizionati, interessi legittimi o semplici interessi. I diritti che nascono da questi atti non possono essere violati impunemente; essi devono avere una difesa, e se l'interesse pubblico ne richieda il sacrificio debbono essere compensati con un diritto equivalente, il diritto all'indennità ». Quanto all'ammontare di questa indennità, la legislazione prevede ordinariamente il riscatto secondo il prezzo venale (quindi « senza aver riguardo ai lucri cessanti ») e tale principio è da ritenersi « tanto più giusto in quanto è conforme alla misura dell'indennità secondo la nostra legge di espropriazione ». Questi principi vanno peraltro applicati anche a quelle concessioni d'uso ritenute correntemente revocabili *ad nutum.* Qui, nei casi in cui la legge prevede espressamente la revoca, questa è possibile senza alcuna indennità « perché non c'era intenzione di creare alcun diritto ». Negli altri casi, « dove essa paia ammessa dalla nostra legislazione deve reputarsi possibile solo per pubblica utilità, sia questa pure intesa in modo lato », e sembra « doversi un'indennità per il danno emergente » (49).

Così, cioé attribuendo alla concessione natura di atto amministrativo unilaterale e non di contratto, secondo l'autore, è meglio risolto il problema derivante dal fatto che « la stessa necessità che ora ... costringe (l'amministrazione) a fare una concessione, domani la obbligherà a ritirarla o a farne una concorrente ». Infatti « se si accetta la teoria del contratto si entra nella via senza uscita delle violazioni di diritto che pur sono legittime, dovendosi da un lato ammettere un diritto intero e indiscutibile di natura civile nel concessionario, e non potendosi dall'altro negare la legittimità del provvedimento amministrativo che lo lede quando esso sia effetti-

(48) *Op. ult. cit.*, 571-572.
(49) *Op. ult. cit.*, 585-587.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vamente preso nell'interesse pubblico ed in conformità del diritto vigente » (50). Così invece « si stabilisce sopra più salda base il sistema del riscatto, riconducendolo piuttosto per analogia sotto la figura di espropriazione come in pratica avviene, che sotto quella di violazione di contratto e si diminuiscono così i casi in cui la autorità giudiziaria si trova di fronte a legittime violazioni di diritto senza avere un criterio per risolvere le controversie » (51).

È possibile in definitiva concludere che « la concessione è revocabile *con riscatto* in *ogni caso*, quindi gli interessi dei privati ricevono una sufficiente garanzia non inferiore a quella che tutela la privata proprietà, e gli interessi dell'amministrazione sono, come par giusto, meglio assicurati che con la teoria del contratto o del risarcimento dei danni per violazione di esso » (52). Però, con l'auspicata legge in materia, « bisognerebbe ben determinare le condizioni per la modificazione, e il ritiro di concessioni già fatte in modo da garantire egualmente gli interessi pubblici ed i diritti privati: e sopratutto fissare in ogni caso l'obbligo dell'indennità mediante riscatto, riconducendo questo esplicitamente sotto le norme dell'espropriazione per pubblica utilità le quali ora non sono appplicabili se non per analogia » (53).

4. *Per concludere.*

La conclusione di Cammeo sulla questione centrale della revocabilità delle concessioni è dunque intermedia rispetto, da un lato, alla tesi che Ranelletti esporrà di lì a poco nella terza parte della sua « Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative » (54) e, dall'altra, alla soluzione che finirà per prevalere nella legge sulla municipalizzazione dei pubblici servizi. Ranelletti infatti

(50) *Op. ult. cit.*, 577.

(51) *Op. ult. cit.*, 590.

(52) « ... né — aggiunge l'autore — è possibile lo sconcio che un legittimo provvedimento dell'autorità comunale, che per il bene pubblico introduce un nuovo mezzo d'illuninazione o di trasporto in una città civile, appaia un atto radicalmente illegale e a detta di alcuni revocabile dai tribunali »: *Op. ult. cit.*, 540.

(53) *Op. ult. cit.*, 542.

(54) V. la precedente nota 46.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

negherà che nel caso si potesse far riferimento al concetto di espropriazione e quindi prevedere un indennizzo (giacché nel riscatto non si ha, come invece nell'espropriazione, un conflitto tra un interesse pubblico e un interesse privato indipendenti l'uno dall'altro ma piuttosto la estinzione di una facoltà — quella derivante dalla concessione — che è « l'effetto di una causa intrinseca ad essa, di un male che affetta la facoltà medesima ») (55).

All'opposto, nella legge del 1903, per il riscatto, sebbene ormai previsto come un possibile modo ordinario di risoluzione del rapporto nato dalla concessione, si finirà per imporre il pagamento di « un'equa indennità », peraltro calcolata tenendo conto non soltanto del danno emergente ma altresì del « profitto che al concessionario viene a mancare a causa del riscatto » (da determinarsi secondo criteri sopratutto attenti agli interessi dei privati) e quindi in realtà modellata sul risarcimento del danno per atto illecito (56).

Peraltro, non si può non osservare che la tesi, probabilmente tutt'ora preferibile, del « riscatto » come atto di natura espropriativa (e pertanto di provvedimento intrinsecamente idoneo ad incidere, per ragioni di interesse pubblico, sui diritti veri e propri dei privati) bene, ed anzi meglio, si sarebbe potuta conciliare con la tesi della natura contrattuale delle concessioni e non avrebbe affatto richiesto quella equivoca ricostruzione in termini di atti amministrativi (57) i quali di per sé, secondo l'Autore, ben potevano — come si è visto — essere anche configurati dal legislatore come revocabili senza alcun indennizzo.

Ma il fatto è che, malgrado l'eccentricità del suo approccio al

---

(55) V. O. Raneletti, *Scritti giuridici scelti*, a cura di E. Ferrari e B. Sordi, vol. III, Camerino 1992, 311-312.

(56) V. il testo dell'art. 25 della legge, che fu oggetto di lunghe discussioni parlamentari: per indicazioni v. G. Pischel, *La formazione della iniziale legge del 1903 sulla municipalizzazione*, in *L'impresa pubblica*, 1976, n. 5, 234. Si veda anche il commento di C. Camera e A. Magnani, *op. cit.*, 158 ss., i quali riferiscono (171-172) tra l'altro della puntuale critica del Montemartini alla previsione contenuta nel progetto Giolitti.

(57) Per la critica alla ricostruzione delle concessioni in termini di atti amministrativi unilaterali autoritativi, v. M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, Napoli 1981; G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano 1984 e, se si vuole, D. Sorace e C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, in *Digesto*, IV ediz., vol. Torino 1989, 281 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto amministrativo (58) e nonostante la preziosa occasione fornitagli dallo studio dei servizi pubblici locali, il giovane Cammeo non sembra ancora in grado di concepire, da un lato, l'atto amministrativo se non in termini autoritativi e, dall'altro, il consenso se non quale base di un atto commerciale di scambio (59). Si pensi del resto a come, emblematicamente, anche nel « Commentario » (60) concluderà la discussione della tematica del contratto di diritto pubblico in relazione alla premessa che « ... le norme di diritto pubblico, e le facoltà discrezionali amministrative sono scritte e concesse per l'utile collettivo »: « di questo utile e dei modi per raggiungerlo e delle regole da applicare l'amministrazione, per funzione sua, è giudice esclusivo. Onde trattisi di atto di esecuzione o di atto discrezionale (né un atto amministrativo manca mai) esso ed esso solo stabilisce in conformità della legge o ad arbitrio, quello che in concreto deve

---

(58) Suggestivamente illustrata da B. SORDI, *Le pandette e il diritto amministrativo*, in questo stesso volume, ove è approfondita e affinata l'analisi del pensiero del Cammeo cui l'autore aveva già dedicato un capitolo del suo libro: *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Milano 1985, 379 ss. nel quale sono anche già messi in luce aspetti di contraddittorietà di quel pensiero. Anche, ma non solo, per quest'ultimo profilo, si vedano pure le pagine di P. GROSSI, *Stile fiorentino*, Milano 1986, 129 ss.

(59) Pertanto, in relazione ai limiti complessivi dell'approccio del giovane Cammeo al tema dei pubblici servizi, lascia qualche dubbio l'apprezzamento che M. FIORAVANTI, *op. cit.*, gli riserva, sottolineandone il richiamo ai limiti della capacità della pubblica amministrazione di vincolare contrattualmente la sfera d'azione messale a disposizione per la tutela degli interessi pubblici generali (v. supra il testo in corrispondenza alla nota 46) per contrapporlo all'idea che l'amministrazione non possa contrattare essenzialmente perché si trova su un piano di superiorità rispetto alle parti private. L'autore ritiene per questo di poter salutare l'apparire nel Cammeo della « dimensione costituzionale del servizio pubblico come utilità di diretta rilevanza collettiva e pubblicistica, come tale nel suo nucleo fondamentale assolutamente non commerciabile ». Ma in verità non risulta facile scorgere nel richiamo agli interessi generali fatto ordinariamente dal Cammeo una sostanziale diversità dall'analogo continuo richiamo agli interessi pubblici che, per esempio, servirebbe a Ranelletti (seguendo, più o meno scopertamente, il percorso argomentativo illustrato da U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, Bologna 1989, 470-471) per legittimare una, questa volta, inaccettabile autoritarietà dell'amministrazione. (Per una diversa lettura del pensiero di Ranelletti, v. G. CIANFEROTTI, *Stato di diritto, formalismo e pandettistica. Ranelletti e la costruzione dell'atto amministrativo,* in *I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato in Italia e in Germania tra Otto e Novecento*, a cura di R. Gherardi e G. Gozzi).

(60) *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, s. d. (ma scritto nel periodo 1900-1910), 89.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

darsi, quello che può pretendersi dalle parti con precisione, senza possibilità di dibattito o di intervento della volontà individuale per difetto di concorrenza e di scambio ».

Eppure, proprio (tra l'altro) vicende relative ai servizi pubblici (61), anche se quasi dopo vent'anni da quando aveva cominciato ad occuparsi della loro problematica, daranno a Cammeo (62) utile spunto per arrivare, per altri aspetti, a risultati sorprendentemente moderni.

Nel Corso infatti verranno annoverati nella categoria dell'atto amministrativo anche gli atti giuridici di diritto privato dell'amministrazione. L'ormai maturo giurista farà notare una cosa ancor oggi non per tutti sufficientemente significativa (63), che, cioé, in tali atti (i quali « pure, sebbene a mezzo del diritto privato, provvedono a soddisfare i fini dell'amministrazione ») sono regolate dal diritto pubblico la capacità ad essere soggetti di diritti, la capacità ad agire (competenza, rappresentanza, ecc.) e la procedura generale della formazione della volontà e della sua dichiarazione (esistono norme che disciplinano la conclusione di contratti di imprese pubbliche a mezzo di incanto, e l'ammissione ad essi di concorrenti, ecc.). Ma non solo, giacché mentre i privati nel dichiarare, o no, la volontà relativa ai negozi giuridici privati sono assolutamente liberi, la emanazione o no, delle dichiarazioni dell'amministrazione è spesso vincolata e sottoposta, comunque, alle regole dell'« equità amministrativa » (64) (che implica anche il rischio di invalidità degli atti per eccesso di potere). Il fatto è che si può dimostrare con esempi testuali « non esservi alcuna organica impossibilità a che siffatte norme equitative di diritto pubblico concorrano con le norme giuridiche di diritto privato nel regolare l'emanazione dei relativi atti ».

Certo, si può aggiungere, gli atti (con effetti giuridici) di diritto

---

(61) Si tratta del servizio ferroviario: v. *op. ult. cit.*, 552 nota (1).

(62) Nel *Corso di diritto amministrativo*, (1911-1914), ristampa a cura di G. Miele, Padova 1960, 551-553.

(63) Sia consentito rinviare al nostro: *Promemoria per una nuova 'voce' « Atto amministrativo »*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano 1988, 747 ss.

(64) Anche per il significato e l'importanza di questo concetto nel pensiero di Cammeo v. M. Fioravanti, *op. cit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

privato cui si applica un regime amministrativo devono essere atti di soggetti pubblici: sarà concepibile allora che una società commerciale (come l'AGIP, per esempio [65]) abbia la qualità di ente pubblico? Cammeo riterrà questo impossibile [66], la risposta sembra oggi un'altra, anche alla luce del diritto comunitario europeo [67]: le amministrazioni pubbliche, cioè le strutture organizzative istituite per curare gli interessi dei cittadini espressi secondo le procedure ed attraverso gli organi dello Stato democratico, possono assumere le forme più diverse, ma questo non consente loro di sfuggire a quelle regole del diritto amministrativo di cui di volta in volta risulti necessaria l'applicazione a garanzia della loro, e dalla loro, pubblicità.

Liberarsi dalle pastoie dei credi dominanti non risultò, insomma, né facile né sempre possibile, sopratutto in età giovanile, all'insigne giurista, ma certe sue intuizioni ed aperture, insieme alla sempre vigile sensibilità costituzionale, sono sicuramente elementi caratterizzanti di un approccio alla costruzione del diritto amministrativo la cui feconda « laicità » [68] non pare ancora compresa in tutte le sue potenzialità neppure dagli amministrativisti contemporanei.

---

(65) Sulla vicenda v. B. SORDI, *Origine e itinerari scientifici della nozione di « ente pubblico » nell'esperienza italiana*, in *Quad. Fior.*, 1992, n. 21, 333 ss.

(66) V. *Società commerciale ed ente pubblico* (opera inedita pubblicata in memoria), Firenze s.d. (ma 1947).

(67) Sia ancora consentito rinviare ai nostri: *L'ente pubblico tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1992, in part. 374 ss. e *Dal diritto comunitario a un nuovo diritto amministrativo italiano?*, in corso di pubblicazione negli *Atti del convegno nazionale sul tema: Lo stato delle istituzioni italiane: problemi e prospettive*, Accademia dei Lincei, Roma 30 giugno-2 luglio 1993.

(68) La notazione della « laicità » di Cammeo mi è stata suggerita da C. MARZUOLI, che debbo ringraziare per i commenti ad una prima stesura di questo scritto (le cui manchevolezze naturalmente restano soltanto mie).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARIO P. CHITI

FEDERICO CAMMEO COMPARATISTA (*)

1. Federico Cammeo non può certo essere considerato un comparatista puro. Nella sua vastissima produzione scientifica non sono molti, infatti, i saggi in cui utilizza palesemente il metodo comparatistico; manca un'opera di carattere generale, anche solo in forma di articolo, sulla comparazione e la sua rilevanza; pur operando nel momento della formazione scientifica delle grandi branche del diritto, non si è mai posto il problema dell'ambito proprio del diritto comparato. Eppure, come avviene per i più maturi giuristi, la comparazione risulta uno degli elementi fondamentali del suo metodo, pacificamente acquisito e costantemente utilizzato nell'intero corso della sua attività scientifica, aspetto tra i maggiori della sua continua curiosità intellettuale (1). Cammeo è così uno dei giuristi che non si consumano nelle trattazioni, talora stucchevoli, sulla natura del diritto comparato ed il suo ambito rispetto alle altre discipline, ma che avendo assimilato la comparazione fin dalla

(*) Gli scritti di F. Cammeo quà esaminati sono solo quelli più direttamente comparatistici. Non si trattano invece le sue opere (pressoché tutte) che contengono riferimenti, anche diffusi, a diritti stranieri. In questo si segue l'indicazione di A. Pizzorusso, (*Corso di diritto comparato*, Milano, 1983, 101-102), secondo cui il diritto comparato si caratterizza per « assumere come proprio oggetto di studio una pluralità di ordinamenti giuridici attualmente operanti (...) e di assumere come proprio obbiettivo finale, non tanto la conoscenza di ciascuno degli ordinamenti presi in esame in ogni suo dettaglio, quanto il confronto tra essi e la conseguente analisi delle differenze e delle analogie di strutture e di discipline ravvisabili ». Insomma nel diritto comparato propriamente inteso, « la conoscenza dei vari ordinamenti costituisce il presupposto e la comparazione lo scopo principale ».

(1) Parla di « innata e profonda curiosità giuridica » M.S. Giannini, *Prefazione* alla ristampa del *Corso di diritto amministrativo*, di F. Cammeo, a cura di A. Trabucchi, Padova, 1992, XIV.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gioventù scientifica la pratica con profitto in ogni occasione in cui appare di qualche ausilio per il tema trattato.

Per quanto è dato conoscere, in una sola circostanza Cammeo ha speso qualche parola sulla rilevanza della comparazione, in modo incisivo e assolutamente attuale. Rivolgendosi nella lontana Cleveland (Ohio, USA) agli avvocati americani riuniti nel 1918 per l'annuale American Bar Association Conference (2), Cammeo sottolineava a premessa del suo discorso che « permanentemente ed anche in tempi ordinari, gli studi di diritto comparato hanno un rilevantissimo valore teorico. Essi sono il solo mezzo per raggiungere una conoscenza scientifica del diritto, intendendosi conoscenza scientifica di un fenomeno quella che ne determina le cause. Mediante questi studi si accerta il contenuto del diritto presso i differenti popoli nel tempo e nello spazio; si constatano le identità, le differenze (...), poi coll'ordinario procedimento di induzione, da queste osservazioni si possono desumere le cause che agiscono sulla formazione, sulla conservazione o sulla mutazione del diritto (...). Conoscere ciò che è, determinarne le cause, schematizzare le conoscenze in nozioni generali, tale è il compito della scienza; e tale compito per il diritto è stato assolto soltanto e può essere assolto soltanto, in modo positivo, con il metodo delle indagini comparate. Le quali indagini, del resto, hanno anche un valore pratico. Col verificare ciò che vi è dissimile o di diverso nel contenuto degli ordinamenti giuridici dei vari paesi si apprende ciò che in esso vi è di buono o di cattivo, ossia di conforme o disforme, sia agli ideali giuridici che ispirano una data società in un dato tempo, sia alle esigenze pratiche che il diritto vuole soddisfare. Così si apprende ciò che è da conservare o da abolire, ciò che è da imitare e ciò che si deve respingere. Il diritto comparato è uno degli strumenti più efficaci delle riforme legislative ».

La lunga citazione pare davvero giustificata perché, da un lato, esprime perfettamente la piena consapevolezza del valore e della portata della comparazione, dall'altro in sintetiche frasi, come raramente avviene, manifesta tutte le variegate utilità della comparazione giuridica, quale esito della conoscenza dei vari ordinamenti e dei

(2) La conferenza fu pubblicata con il titolo *Il diritto comparato e l'unificazione legislativa della Società delle nazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, 285.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

loro tratti caratterizzanti e quale strumento delle riforme nell'ordinamento di riferimento.

Si diceva che la produzione cammeiana a diretta rilevanza comparatistica non è ampia. Essa inoltre riguarda paesi e culture giuridiche diverse, nonché istituti eterogenei, sì che non è facile trovarvi un chiaro filo conduttore. Naturalmente anche nelle opere generali maggiori, il Commentario e il Corso, sono numerosi i riferimenti e gli echi di altri ordinamenti e culture giuridiche (3), avvertibili specialmente nel Commentario che, per tipo di elaborato scientifico e pubblico cui era diretto, consentiva ampie citazioni e approfondimenti vari.

Siamo però qui di fronte a influenze culturali ed a riferimenti ad altri ordinamenti, come distinte dalla comparazione in senso proprio, che pertanto non consideriamo.

Colpisce che i lavori comparatistici più interessanti siano dedicati al diritto inglese e al diritto americano, ed in quel contesto alla ricerca di una problematica giuspubblicistica che la più autorevole dottrina di *common law* — in primis Dicey (4) — negava duramente. Così, proprio negli stessi anni in cui Cammeo traduceva e annotava Crome e altri autori tedeschi di scuola pandettistica, contribuendo a creare quel nucleo di istituti di origine privatistica e poi rimodellati sulle caratteristiche dell'amministrazione, veniva studiando il formarsi del nuovo diritto pubblico nei paesi anglo —americani con una anticipazione culturale non meno che cinquantennale, che rappresenta uno dei risultati scientifici più rilevanti di tutta la sua già eccezionale produzione.

È doveroso chiedersi la ragione di questi studi in parallelo sul diritto tedesco e sul diritto anglosassone, specie nell'ultimo decennio dell'ottocento. Ma la risposta è ardua, forse impossibile allo stato

---

(3) Si rinvia agli studi di B. Sordi in argomento, e principalmente a *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, 379 ss.; *Il ritorno di un « vecchio amico »* (a proposito di F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*), in *Quaderni Fiorentini*, 1992, 681.

(4) Per queste vicende posso rinviare al mio *Diritto amministrativo comparato*, in *Digesto*, V, *ad vocem*; ed a S. Cassese, *A.V. Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quaderni Fiorentini*, 1990, 6; A. Trowbridge Ford, *A.V. Dicey, the Man and his times*, Chichester, 1986.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle ricerche sul pensiero di Cammeo e senza adeguate notizie biografiche.

Possiamo ipotizzare che tali interessi diversi siano espressione della nota e durevole curiosità intellettuale del nostro, desideroso di conoscere le recenti evoluzioni di ordinamenti, come l'inglese, di antiche ed autonome tradizioni, oppure il definirsi di un nuovo ordinamento, come quello americano, sino ad allora conosciuto solo attraverso lavori generali alla Tocqueville, tanto premonitori quanto poco giuridici e sistematici. È peraltro possibile una diversa lettura di questi interessi, che rappresenterebbero una sorta di compensazione rispetto all'influenza della pandettistica tedesca di cui lo stesso Cammeo si fa autorevole strumento. Quanto la pandettistica offre sul piano sistematico e della ricostruzione scientifica dei maggiori istituti giuridici, tanto i giuristi angloamericani contribuiscono a garantire l'effettività del diritto con soluzioni praticabili ed incisive. I due interessi comparatistici di Cammeo, lungi dall'essere contraddittori, potrebbero dunque esprimere un'esigenza complementare in cui un adeguato spazio viene riconosciuto « all'ingegno anglosassone che — come Cammeo scrive nel saggio *Il diritto amministrativo degli Stati Uniti d'America* del 1895 (5) — a somiglianza di quello romano, svolge praticamente gli ordinamenti giuridici, senza formulare principi generali o imbarazzarsi nei difficili problemi della scienza del diritto ».

Altri due tratti generali degli studi comparatistici di Cammeo sono rappresentati, da una parte, dal riferimento anche ad altri rami del diritto, come il diritto privato e il diritto processuale civile, oltre alla giuspubblicistica; espressione della molteplicità degli interessi scientifici dell'Autore e della sua multiforme carriera accademica dall'altra, dall'utilizzo delle vaste conoscenze acquisite per l'elaborazione del nuovo ordinamento giuridico della Città del Vaticano (6). Il diritto comparato si dimostra così rilevante non solo per branche particolari del diritto, ancorché quelle più in evoluzione,

(5) in *Giur. it.*, 1895, IV, 81.

(6) Le due importanti opere di Cammeo al riguardo sono: *Per la sistemazione e l'interpretazione dell'ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, I, 113; *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, Firenze, 1933.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quanto per l'intero sistema giuridico; ed allo stesso tempo di massima utilità quando occorre legiferare su nuove materie o in nuovi ordinamenti.

Razionalizzando il proprio essenziale lavoro di *drafting* del diritto dello Stato della Città del Vaticano, Cammeo scrive che « agli effetti dello studio del diritto comparato è da rilevare che non solo nelle materie laiche si è in larga misura mantenuta in vita la legislazione italiana, ma anche quando sono state emanate norme speciali, essa è stata tenuta presente, per correggerla, o completarla, o, in via di necessaria antitesi, modificarla. L'esame del diritto vaticano offre quindi materia di continuo raffronto con quello del Regno, e dal paragone possono trarsi conclusioni istruttive per la interpretazione di entrambi. Poiché, d'altronde, il diritto italiano si riannoda, specie in questi istituti essenziali che trovasi riprodotti nello S.C.V., agli ordinamenti giuridici degli altri Stati civili, la comparazione, non di rado, può estendersi a sfera più ampia » (7).

2. La produzione comparatistica di Cammeo può essere divisa in riferimento ai vari rami del diritto considerati, oppure secondo le fasi dell'evoluzione scientifica dell'Autore, oppure ancora a seconda del carattere direttamente o indirettamente comparatistico delle opere.

In diritto privato, o meglio per la parte generale del diritto privato, già professore ordinario di procedura civile (all'epoca nell'Università di Padova), Cammeo — assieme al collega Ascoli, ordinario di diritto civile a Pavia — si impegna nella faticosa impresa culturale di tradurre ed annotare due opere del giurista tedesco Karl Crome. Si tratta della *Parte generale del diritto privato francese moderno* (8), originariamente pubblicato in Germania nel 1892, e delle *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese* (9), di poco successiva.

È ben noto come i giuristi tedeschi di fine ottocento, quasi non paghi dell'edificazione del loro compiuto e sistematico ordinamento, si dedicassero allo studio anche del diritto di altri paesi, talora con

(7) *Per la sistemazione e l'interpretazione*, cit., 114.
(8) Milano, 1906.
(9) Milano, 1908.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contributi insuperati per alcuni successivi decenni. È il caso, ad esempio, dei due volumi del Von Gneist — immediatamente conosciuti ed utilizzati da Cammeo — su *Das Englishe Verwaltungsrecht der Gegenwart* (10). Anche per il diritto privato i giuristi tedeschi dell'epoca diedero contributi a lungo ineguagliati; tra questi i due citati volumi del Crome sulla Francia. Cammeo fu attratto in particolare dalla Parte generale, ovvero dalla « esposizione sistematica di quelle disposizioni più generali del diritto privato, che trovano uguale applicazione nelle varie parti concrete di questo, e che sono per ciò riconducibili sotto concetti fondamentali comuni » (11). Si trattava di una parte assente sia nella letteratura giuridica francese che in quella italiana, rappresentando una grave lacuna cui avevano contribuito nei due paesi i rispettivi codici civili, carenti « di qualsiasi sistemazione anche rudimentale dei principi o delle disposizioni di applicazione più generale ». Da qui la decisione di tradurre, annotare e rendere variamente accessibile i due studi di Crome, il cui carattere fondamentale consiste « in una disposizione sistematica perfettamente razionale, unita ad una precisione concettosa di forma nel conciso testo dei paragrafi e con un corredo ampio di notizie bibliografiche e di dati della giurisprudenza pratica ».

Non deve stupire questa non lieve fatica di Cammeo e di Ascoli: anzitutto l'opera di traduttore-annotatore di classici stranieri è da considerare uno dei più raffinati lavori scientifici del giurista, ingiustamente lasciata di solito a traduttori professionali del tutto impari alla bisogna, solo di recente riscoperta. Inoltre, la « triangolazione » culturale franco-italo-tedesca consentiva di recepire una serie di sollecitazioni riformatrici sia sul piano del diritto che della scienza giuridica, solo apparentemente legate al diritto privato, ma in verità espansive per l'intera teoria del diritto, anche del diritto pubblico, come dimostra il successivo *Corso* (12).

---

(10) Berlin, 1884. Vedi anche J. ERLICH, *Local Government in England*, trad. ingl., London, 1903.

(11) Questa e le altre citazioni che immediatamente seguono sono tratte dalla *Prefazione* alla *Parte generale del diritto privato francese moderno* del Crome, cit.

(12) Richiamano l'attenzione su questo profilo M.S. Giannini e B. Sordi nei citati scritti di commento alla riedizione del *Corso* di Cammeo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. In diritto processuale civile, una delle due branche del diritto che hanno segnato maggiormente la vita scientifica di Cammeo, si ricorda un magistrale saggio comparatistico, pubblicato negli Studi in onore di Chiovenda e poi nel 1927 quale autonomo volumetto, dal titolo *Le azioni dichiarative nel diritto inglese e nordamericano* (13).

Il saggio parte da un richiamo essenziale del concetto di azione dichiarativa o di accertamento, ovvero quella che mira « ad ottenere una sentenza la quale constati semplicemente la esistenza o la inesistenza di un rapporto giuridico, o di un diritto nascente da un rapporto giuridico ». Le azioni in questione hanno un carattere negativo ed uno positivo: nel primo senso non tendono a conseguire né la condanna, né la produzione di effetti giuridici nuovi, diversi dalla semplice efficacia di cosa giudicata. Nel secondo senso, esse debbono « servire e servono ad eliminare la incertezza che cada sull'esistenza di diritti o rapporti giuridici, mediante l'accertamento compiuto dal giudice e mediante la efficacia di cosa giudicata della conseguente sentenza ».

All'epoca vi erano vari casi di azioni dichiarative espressamente previsti, ma non esisteva una previsione dell'azione dichiarativa quale istituto generale. Da qui una serie di questioni di incerta soluzione, come confermato dai contrasti giurisprudenziali e dottrinari. Proprio per contribuire alla soluzione di queste problematiche aperte, e stante la circostanza che « il concetto di azione, di giurisdizione, di interesse ad agire ed, in genere, i nostri principi generali in proposito sono comuni a tutti i diritti affini al nostro, a tutti i diritti di civiltà europea », Cammeo assume un più vasto angolo di esame che quello nazionale.

In effetti, secondo Cammeo, « lo studio del diritto comparato, in proposito, condotto prudentemente, cioè tenendo conto delle eventuali particolarità di ciascuna legislazione e fermando l'attenzione sulle analogie e sulle differenze, è, pertanto, un valido sussidio alla soluzione dei diversi punti indicati ». La sua attenzione non si concentra peraltro sul diritto francese, che manca di adeguati sviluppi normativi e dottrinari, né su quello germanico, che aveva già

(13) Padova, 1927.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dato alcune indicazioni riformatrici, bensì sul diritto di *common law* che in materia ha dato un contributo che Cammeo non esita a definire un vero « *monumento legislativo, dottrinale e giurisprudenziale* » (14).

Prima di analizzare la specifica questione, il saggio offre in pagine straordinariamente lucide ed essenziali un compiuto quadro del diritto processuale britannico ed americano, che partiti da un identico ceppo si sono poi in varia misura differenziati. Questa parte si segnala anche per l'accurata resa in lingua italiana di istituti e principi angloamericani di difficile traduzione in quanto talora senza adeguata corrispondenza, o privi di precedenti linguistici.

Altri in questo volume analizzano la specifica tematica processualcivilistica che lo scritto del 1927 tratta in modo così innovativo. Qui preme rilevare come Cammeo utilizzi con la massima padronanza il metodo comparatistico, anche in riferimento a ordinamenti i cui tratti unitari sono limitati: in Gran Bretagna, per la nota peculiarità del caso scozzese, di cui dà ampia notizia, e per la residua dicotomia *common law-equity*; negli Stati Uniti, in quanto la procedura civile rientra solo per una parte nelle attribuzioni della federazione.

Ebbene, colpisce nel saggio la conoscenza di tutta la dottrina e giurisprudenza in materia, anche di più difficile reperibilità, e per gli Stati Uniti anche della legislazione di stati minori (es. Kansas, Wisconsin) apparentemente studiata di prima mano; ciò che deve stimolare nuove ricerche sulle fonti utilizzate dall'Autore, sui suoi viaggi in tali Paesi e sui contatti con i colleghi stranieri, al momento solo in parte documentati.

L'aspetto comparatistico più interessante è ricollegabile alla dimostrazione di come, vuoi in Inghilterra che negli Stati Uniti, lo sviluppo dei *declaratory jugdments* sia solo in piccola parte dovuto alla *common law* e all'*equity*, e debba il suo sviluppo alla legislazione scritta. Ancora in un periodo in cui i giuristi inglesi (già meno quelli americani) continuavano a valorizzare la *common law* quale fonte di sviluppo anche per nuovi istituti propri dei nostri tempi, Cammeo dimostra che il « momento del diritto » in esame è principalmente

(14) *Op. ult. cit.*, 10.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

originato dal diritto scritto, intuendo così un più generale tratto del diritto anglo-americano di questo secolo che i giuristi di quei Paesi hanno riconosciuto molto più tardi e con notevoli resistenze.

Un terzo carattere del saggio che colpisce il lettore è l'insistito richiamo — confermativo di un atteggiamento generale che si è cercato di mettere in luce nel primo paragrafo — al carattere eminentemente pragmatico del diritto anglo-americano, che non sembra tanto importante per l'elaborazione teorica (specie a fronte delle amate costruzioni dogmatiche della dottrina tedesca) quanto per le svariate soluzioni pratiche che pare in grado di offrire, per questa come per altre numerose materie e questioni. Così, in tema di rapporti tra azione dichiarativa e concetto di giurisdizione, dopo un accurato esame della giurisprudenza condotto con taglio tipicamente angloamericano, Cammeo conclude che « non sono queste considerazioni (delle corti) sottilmente tecniche, ma sono praticamente corrette, chiare e convincenti ».

4. I contributi comparatistici di Cammeo più rilevanti sono comunque quelli in materia di diritto amministrativo. Il primo, sorprendente per l'epoca e per l'argomento prescelto, è del 1895 su *Il diritto amministrativo degli Stati Uniti d'America* (15). Erano anni in cui, come sottolinea Cammeo, l'espressione stessa « diritto amministrativo » era pressoché ignota e « le leggi amministrative andavano confuse con la grande massa delle leggi costituzionali o penali, o colla legislazione speciale, privata, che negli Stati Uniti assorbe tanta parte dell'attività delle assemblee legislative ». Ma in un repentino accendersi di interesse, certo non casuale, il già citato studio del Von Gneist sul diritto amministrativo britannico e molti altri studi condotti in America dalle scuole della John Hopkins University di Baltimora e dalla Columbia University di New York (16), avevano posto il problema della configurabilità di una vera e propria

(15) In *Giur. it.*, cit.

(16) Molto noti i contributi di F.J. Goodnow, *Administrative Comparative Law*, New York, 1983, e di A. Freund, *American Administrative Law*, in *Political Science Quarterly*, 1894, n. 4. Per queste vicende rinvio ancora al mio saggio *Diritto Amministrativo Comparato*, cit., 3 segg., ed a M. D'Alberti, *Diritto Amministrativo Comparato*, Bologna, 1992, 93 segg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

branca del diritto. Cammeo percepisce con immediata prontezza i nuovi contributi e ne dà riscontro al lettore italiano con una completezza e chiarezza che fanno ancora oggi del saggio in esame un imprescindibile punto di partenza per tutti coloro che studiano il diritto amministrativo americano ed inglese.

La tesi di Cammeo è che il diritto amministrativo americano « non è che uno svolgimento del corrispondente diritto inglese, modificato dai particolari bisogni della società americana, dalla sua tendenza spiccatamente democratica, dalla teoria classica sulla divisione dei poteri e sulla sovranità popolare ». Vi sono, è vero, talune modificazioni e svolgimenti originali, come nella formazione degli organi dell'amministrazione, « onde in quelle parti il diritto amministrativo può ritenersi, senza tema di errare, originale ed unico; ma a suo giudizio non sono certo le parti migliori ». Non siamo dunque di fronte ad un saggio encomiastico sul nuovo diritto americano, come troppo spesso capita ai comparatisti neofiti, del quale assieme alle indubbie qualità evidenzia con rigoroso riscontro gli « errori e i danni » causati anche in questo campo « dalle esagerate teorie sulla divisione dei poteri e sulla sovranità », mentre invece nelle parti in cui « si riannoda col diritto della madre patria, può dimostrare i *pratici* (corsivo nostro) vantaggi dei corretti criteri amministrativi cui è ispirato l'ordinamento inglese ».

Il saggio, pur non lunghissimo, è articolato in modo organico su alcune considerazioni introduttive; su un capitolo relativo alle norme, leggi e regolamenti; su un capitolo sugli organi, suddivisi in amministrazione centrale e amministrazione locale; infine, su un capitolo sui controlli, a loro volta articolati in controlli amministrativi, giurisdizionali, parlamentari.

I contributi più interessanti riguardano l'amministrazione locale e l'individuazione delle particolari caratteristiche della giurisdizione ordinaria sui problemi amministrativi. Dal primo punto di vista, Cammeo sintetizza magistralmente in quattro tratti maggiori le caratteristiche dell'amministrazione locale statunitense. Il primo è « la larga e sana applicazione del *self-governement*, integrata dal sistema della *local option* poiché la società non solo amministra gli enti locali con elementi liberi tratti dal suo seno, ma di per sé sceglie, nei limiti della legge, l'ordinamento di questa amministrazione ». Il secondo è la indipendenza gerarchica, che non è assoluta ma pur

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sempre assai più significativa che in Italia o Francia e rispetto alla quale il controllo giudiziario supplisce in quanto possibile al controllo amministrativo. Il terzo è l'attuazione del decentramento istituzionale, di cui ad avviso del nostro si è fatto persino troppo uso, ma che può dare ottimi frutti ove limitato ai servizi principali. Il quarto infine attiene al concetto giuridico che gli enti locali « non sono organizzazioni naturali, aventi propri diritti, (...) ma divisioni territoriali dello Stato i cui poteri sono specificamente enumerati dalle leggi. Questa è teoricamente la differenza più grande tra il modo di concepire gli enti locali in America e nell'Europa continentale. In pratica tale concezione ha prodotto la caratteristica conseguenza di istituire le legislature, come supremo organo di controllo sull'amministrazione locale ».

Per quanto poi riguarda il profilo del controllo giurisdizionale, Cammeo esprime con molta chiarezza la tesi — poi ripresa ampiamente nel discorso di Cleveland del 1918, su cui torneremo diffusamente — che i controlli dei tribunali nell'esercizio della ordinaria loro giurisdizione civile e penale non sono sufficienti a garantire la giustizia nell'amministrazione, ed i limiti di tale giurisdizione sono particolarmente evidenti dove, come negli Stati Uniti, manca il controllo gerarchico: « onde colà più che altrove era necessaria ed appare importante l'esistenza di una giurisdizione amministrativa speciale che direttamente imponga agli organi governativi l'esecuzione dei doveri d'ufficio, impedisca gli atti illegali con criteri, che se pur sono di diritto, non corrispondono certo ai criteri secondo i quali si applica la legge civile e penale ». Cammeo non ignora, ovviamente, i *writs* di prerogativa di origine inglese e gli altri principi che consentono una prima forma di controllo giurisdizionale sull'amministrazione, che anzi sono accuratamente descritti, ma ne dimostra anche i limiti di fronte al vario ed ampio dispiegarsi dell'azione amministrativa.

5. Sui temi della configurabilità di un diritto amministrtivo nei paesi anglo-americani Cammeo ritorna diffusamente, come accennato, nello scritto su *Il diritto comparato e l'unificazione legislativa nella Società delle Nazioni*, del 1918 (17). Malgrado che l'occasione

(17) Cfr. nota 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

particolare da cui trae origine lo scritto (il Congresso annuale degli avvocati americani, in quell'anno di guerra segnato dalle relazioni di insigni giuristi dei paesi alleati) spieghi il suo carattere assai originale, rimane incomprensibile la ragione dell'aver inserito una lunghissima nota sul diritto amministrativo nei paesi di *common law*, probabilmente una delle più belle e dense pagine della comparazione giuspubblicistica, un breve saggio compiuto e attualissimo. Non è poi al momento accertabile se la nota fosse direttamente contenuta nel testo scritto presentato al pubblico americano, oppure fosse un'aggiunta al discorso scritta espressamente per il pubblico italiano (18).

Rimane in ogni caso che Cammeo, in piena dominanza culturale diceyana, esprime l'avviso che il diritto amministrativo esiste anche nei paesi di *common law* e che la teoria negatrice si fonda sopra un equivoco intorno al concetto continentale del diritto amministrativo. Per il carattere fortemente anticipatorio delle argomentazioni ivi espresse (19) merita seguire i principali passaggi dello scritto, stranamente poco noto anche tra i cultori di diritto anglo-americano.

Il primo punto è che né in Inghilterra né in America manca quel complesso di norme, che noi comprendiamo sotto il nome di diritto amministrativo. « Se si intende per diritto amministrativo si intende quel complesso di norme che regola i rapporti fra lo Stato, quale autorità, ed i cittadini, in quanto lo Stato agisce per la conservazione dell'ordine e la promozione del benessere sociale, si vede che in Inghilterra e in America amplissime sono le funzioni statali (o locali per delegazione dello Stato) inerenti alla conservazione dell'ordine, essendo ivi rigorosamente disciplinata ogni forma di polizia, e ampie ed ogni giorno crescenti quelle di promozione del benessere sociale nel campo della vita fisica, economica ed intellettuale ». Seguendo le indicazioni del Goodnow — qui e altrove ripetutamente citate, in contrasto con la supponenza con cui furono generalmente accolte — Cammeo sul punto conclude che « la questione sull'esistenza o

(18) L'avvertenza premessa al testo è sul punto ambigua. È comunque da presumere che la nota, particolarmente ampia, fosse aggiunta successivamente.

(19) *Amplius*, in M.P. Chiti, *L'affermazione della giustizia amministrativa in Inghilterra: dalla Common Law al Droit Administratif?*, in *Cittadino e potere in Inghilterra*, a cura dello stesso, Milano, 1990, 3 segg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

meno del diritto amministrativo nei paesi anglosassoni non è quindi una questione di fatto, perché in fatto il gruppo di norme che noi distinguiamo con tale nome esiste; è una questione di classificazione dottrinale ».

Il secondo punto è la demolizione del pregiudizio britannico, influente anche sulla dottrina statunitense, circa il carattere del diritto amministrativo quale diritto privilegiato a favore dello Stato, come confermato anche dall'applicazione da parte di tribunali speciali. Per Cammeo è facile rilevare in generale che, anche a tutto concedere, ne discenderebbe soltanto che il diritto amministrativo continentale può essere, dal punto di vista degli ideali anglosassoni, « imperfetto, difettoso, illiberale; non già che esiste laddove queste asserite manchevolezze non si verificano ». Inoltre, i pretesi difetti del diritto amministrativo continentale o non esistono o sono caratteristiche inerenti al sistema dei rapporti tra Stato e cittadini che si ritrovano, in varia misura anche nell'ordinamento anglo-sassone. Gli autori britannici, principalmente il Dicey, hanno frainteso alcuni caratteri generali del sistema continentale o si sono basati su opinioni ormai antiquate. Quando nessuno altrove avrebbe osato dirlo (basti pensare alle cautele di Robson o di Jennings (20) nelle argomentazioni antidiceyane degli anni venti e trenta), Cammeo parla esplicitamente di errori di Dicey (21) nella comprensione del sistema continentale: « perdonabili errori per uno straniero (...), ma nondimeno errori ».

Così, l'esistenza di tribunali amministrativi in molti paesi continentali non significa certo che siano dei fori privilegiati per l'amministrazione. Basti pensare alla Francia ove il contenzioso amministrativo è connesso all'idea di giudici speciali nell'interesse medesimo dei cittadini, e « funziona con tanta larghezza ed equità da escludere ogni carattere di giurisdizione privilegiata ».

Inoltre Cammeo dimostra che anche nei sistemi anglosassoni le garanzie giurisdizionali del cittadino contro la pubblica amministrazione presentano vari caratteri speciali rispetto alle ordinarie proce-

---

(20) A. Robson, *Justice and Administrative Law*, London, 1928; I. Jennings, *The Law and the Contribution*, London, 1933.

(21) Gli stessi fraintendimenti sono stati di recente evidenziati da R. Errera, *Dicey and the French Administrative Law: a missed encounter?*, in *Public Law*, 1985, 695.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dure e principi, rendendo meno sicura e rigorosa la tutela giuridica del privato. Dopo una puntuale dimostrazione dell'assunto attraverso l'esame della portata del principio « il re non può violare la legge » e dei tradizionali *writs*, Cammeo conclude nel senso che « anche nei paesi anglosassoni esistono *privilegi* sostanziali e giurisdizionali dell'amministrazione (...). Volendo sottilizzare sembrerebbe quasi che nei paesi anglosassoni non esiste un diritto amministrativo per una ragione affatto opposta a quella generalmente invocata dalla dottrina locale: cioè, non perché il diritto amministrativo continentale sia diritto privilegiato, ma perché è privilegiatissimo quello dell'Inghilterra e degli Stati Uniti, fino al punto di non obbligare gli enti pubblici ».

Peccato davvero che queste idee così precise ed anticipatorie coincidessero con la fase della progressiva chiusura nazionale delle culture giuridiche tra le due guerre, perché — ove meglio conosciute — avrebbero potuto contribuire, specie in Inghilterra, ad una effettiva comprensione dei sistemi continentali, semplificando la tendenza alla convergenza dei diritti amministrativi chiaramente avverbitile solo negli ultimi due decenni (22).

6. Nel medesimo scritto su *Il diritto comparato e l'unificazione legislativa nella Società delle Nazioni*, Cammeo si impegna anche a individuare i settori dove con maggiore profitto può essere utilizzata la comparazione. Nel nuovo ordine mondiale, Cammeo prevede un notevole ruolo per la società delle Nazioni, a condizione che si addivenga in termini rapidi alla unificazione della parte più vitale del diritto; obbiettivo cui la comparazione può offrire un ausilio indispensabile.

Ben sapendo che sarebbe stato pura utopia (e in parte infondato) l'auspicio di una totale unificazione del diritto, Cammeo individua proprio nel diritto amministrativo e in alcune parti del diritto privato (proprietà mobiliare, obbligazioni, diritto commerciale e marittimo) i settori del diritto che è necessario unificare su

(22) Cfr. J. BELL, *Convergences and divergences in European Administrative Law*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1992, 3 segg.; S. CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?, ivi*, 1992, 23 segg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scala mondiale, lasciando il resto alle peculiarità dei vari stati e dei loro ordinamenti.

Colpisce il riferimento al diritto amministrativo, usualmente considerato strettamente collegato ai tratti più municipali dei vari sistemi giuridici. Ma Cammeo, ancora una volta in straordinario anticipo sui tempi, ne dà un'accezione fortemente economica, quale ramo del diritto pubblico che « concerne il commercio internazione e disciplina il sistema monetario, i pesi e le misure, i servizi di trasporto di notizie, persone e mezzi, i diritti d'autore, i brevetti, ecc. », e che rappresenta « il presidio e il completamento degli accennati rami del diritto privato ». È chiaro che in questi termini il diritto amministrativo partecipa strettamente alla globalizzazione progressiva dell'economia internazionale, sì che con le parole del nostro Autore possiamo dire: « al commercio mondiale occorre che corrisponda un diritto mondiale ».

Il diritto amministrativo non soltanto è un settore essenziale nel processo di progressiva unificazione, ma per Cammeo è già in larga misura omogeneo, ad onta di tutte le letture, allora e per lungo tempo dominati, sulla radicale diversità dei diritti amministrativi nazionali: « è di origine tanto recente e riflette materie tanto nuove, che non può avere alcun rapporto col diritto romano. Anzi, appunto per la sua recente origine e novità, è quello che, grazie alla non diversità delle esigenze e alla mancanza di tradizioni, è già il più uniforme e quello per cui i tentativi di unificazione si sono già più frequentemente verificati ».

In questa fine di secolo si preconizza un diritto senza stato, nel senso della sempre maggiore contraddizione tra ambito statuale tradizionale e ambito giuridico, che tende a corrispondere ad una più vasta dimensione, per certi versi globale, per altri versi regionale come nel caso della Comunità europea. Di conseguenza si auspica la progressiva armonizzazione del diritto sia nella sfera tradizionalmente privatistica che in quella pubblicistica, oltre ad una riconsiderazione del ruolo pubblico a fronte di una società matura e consapevole.

Ebbene, molti di questi sviluppi risultano già ben chiari negli scritti di Cammeo ove si sfatano tesi apparentemente insuperabili, come la inesistenza nei paesi anglosassoni del diritto pubblico; si evidenzia come davanti a problemi ed esigenze similari i vari paesi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diano risposte giuridiche altrettanto similari; si caratterizza il diritto amministrativo in senso fortemente economico e pragmatico, pur non disperdendo i saldi principi generali di origine pandettistica.

Come avviene spesso nei giuristi che usano la comparazione come metodo strumentale e non come oggetto primario dei propri studi, anche in Cammeo si avverte una tendenza a favorire la progressiva unificazione del diritto, che, una volta realizzata, rappresenta anche la fine della comparazione. Questa infatti presuppone la diversità dei sistemi giuridici e il suo persistere; ma quando la diversità lascia il posto alla unificazione, il giurista si trova di fronte un diritto omogeneo cui le precedenti peculiarità nazionali potranno al più fornire un ausilio per la migliore interpretazione, e solo fino a quando non si saranno affermati solidi criteri originalmente basati sul nuovo diritto comune.

Parafrasando alcune frasi di Cammeo possiamo concludere che se « le indagini di diritto comparato assumono un eccezionale valore » per fornire un elemento essenziale al perseguimento dell'unificazione amministrativa, raggiunto tale obbiettivo si esauriscono quasi completamente. Il trionfo del diritto comparato è dunque anche il momento del suo superamento.

È un altro dei molti insegnamenti del pensiero di Cammeo lasciati alla riflessione dei giuristi delle successive generazioni e che oggi, basti pensare al diritto comune prodotto in ambito europeo dalla Comunità, assume una straordinaria attualità.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CARLOS PETIT

LA ANECDOTA AMERICANA DE FEDERICO CAMMEO

Anécdota, simplemente. Fue con ocasión del encuentro de la *American Bar Association* de 1918. Cammeo, profesor de Bolonia, es recibido entre aplausos como miembro honorario de la corporación de abogados y pronuncia un discurso sobre « The Present Value of Comparative Jurisprudence », que sigue como apéndice a estas páginas.

La anécdota tenía, es claro, sus circustancias, lo mismo que circustancias tuvo la indiferencia posterior de los colegas transatlánticos hacia el saber administrativo del abogado *ad honorem* de 1918. Las primeras fueron circunstancias de guerra. La que ya en 1917 no era solamente europea recorre las actas del congreso anual de la *Bar Association* celebrado ese año en Saratoga Springs, Nueva York (1), la misma localidad en que, algunas décadas antes, había sido fundada la *Association*. En presencia de las Hijas de la Revolución Americana, la sesión pomeridiana del 6 de septiembre se inició con la inclusión de la bandera nacional entre los colores de los Aliados, que ya decoraban el estrado de oradores (2), siguió con una conferencia pronunciada por el belga Gastón de Laval (3), conveniente-

(1) Cfr. *Report of the Fortieth Annual Meeting of the American Bar Association*, Baltimore, The Lord Baltimore Press, 1917 [= *Report* 42 (1917)].

(2) *Report* 42 (1917), p. 98: "Just before the speaking began an aged color-bearer of the G.A.R. came into the rear of the hall with a big American flag. The program was about to begin when William A. Ketcham, of Indiana, a veteran of the Civil War, rushed to the front of the stage and shouted: 'Color-bearer, I want that flag up here with the others. They belong together' (...) The crowd rose to its feet as the aged soldier was led to a chair at the front of the stage, where he held the Stars and Stripes in front of the other flags throughout the afternoon session".

(3) Gaston de LAVAL, *Prussian Law as Applied in Belgium*, en *Report* 42 (1917), pp. 301-333.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente introducida con un canto antialemán entonado por el moderador de los debates, Alton B. Parker, y finalizó con la aprobación de un « War Committee » en el seno de la *Association*. Un año después el clima bélico al que no quisieron sustraerse los abogados domina de nuevo su congreso. Estamos en Cleveland, Ohio, a finales de agosto de 1918. Un jurista local, Andrew Squire, abrió las discusiones recordando la resolución aprobada en Saratoga a favor del inmediato despliegue de los ejércitos americanos en Europa (4). Para presentar el contenido de la sesión sexta, correspondiente a la tarde del viernes 30 de agosto, Jacob M. Dickinson, antiguo presidente de la *Association* y de la última jornada de su conferencia, expuso la actuación del Comité Ejecutivo en preparación del congreso anual: se trataba de reservar un papel protagonista a la Guerra festejando « the gallant Allies who have been fighting our battle as well as their own »; una sesión, decidieron los organizadores, debía dedicarse al homenaje de Italia (5). El brigadier George P. Scriven, invitado al acto tras su regreso como observador del ejército italiano en los Balcanes, disertó sobre « Italy, Our Ally; Her Great Part in the War » (6). Emilio Guglielmotti, agregado militar de la Embajada italiana, agradeció cumplidamente los elogios (7). Seguidamente Federico Cammeo, profesor de Bolonia pero activo en la Administración en Roma, pronunció su discurso « The Present Value of Comparative Jurisprudence » (8). El *Report* aclara que la *Association* se dirigió a su afiliado James Byrne, abogado neoyorquino que actuaba en Italia como representante de la Cruz Roja Americana, para organizar el *Italian afternoon*; a tal personaje, que seguramente conoció en Roma a Cammeo, se debe así la propuesta de su nombre como conferenciante en el congreso de Cleveland (9). Junto a otro invitado japonés, Tsunejiro Miyaoka, de Tokio, también orador en

(4) Cfr. *Report of the Forty-First Annual Meeting of the American Bar Association, held at Cleveland, Ohio, August 28, 29, 30, 1918*, Baltimore, The Lord Baltimore Press, 1918 [= *Report* 43 (1918)], pp. 19-27.

(5) *Report* 43 (1918), p. 113.

(6) *Report* 43 (1918), pp. 114-115, pp. 278-297; el discurso se publicó también en *The American Bar Association Journal* (ABAJ), 4 (1918), pp. 620-639.

(7) *Report* 43 (1918), pp. 298-302 y ABAJ 4 (1918), pp. 640-644.

(8) *Report* 43 (1918), pp. 303-313 y ABAJ 4 (1918), pp. 645-655.

(9) Cfr. *Report* 43 (1918), pp. 114-115.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Cleveland (10), Cammeo fue designado miembro honorario por el Comité ejecutivo de la *Association* y el anuncio se realizó formalmente por el secretario tras la intervención del jurista italiano (11). Su cortés misiva de agradecimiento, enviada desde Washington días después, fue publicada en el periódico corporativo (12).

La conferencia de Cammeo es de circunstancias: también marcada por la Guerra — por una guerra que finaliza y que desea evitarse en el futuro mediante los correspondientes mecanismos asociativos internacionales, cuya operatividad se quiere vincular al derecho comparado — y por el recurso a un argumento comparativo, tan explicable tratándose de un jurista extranjero que habla para colegas nortemaricanos. No faltan otras concesiones al público de la sesión, como la mención de los familiares nombres de Burgess y Goodnow, ni es casual la referencia al Presidente Wilson y sus propósitos de eliminar « every economical barrier » entre los futuros miembros de la Liga de Naciones, a cuyo objeto delimita Cammeo los fines unificadores (« every field of law directly or indirectly connected with international trade ») a que sirve una ciencia del derecho comparado. Pero razones nacionales de más peso hacían la opción de Cammeo particularmente feliz. Por entonces, en América, el mismo dato de la contienda aconsejaba canalizar las aperturas intelectuales de la llamada *Progressive Era* hacia Europa, singularmente hacia Francia, potencia aliada pero también patria de una crítica a la vieja *Exégèse* que enlazaba con la sensibilidad americana hacia unas reformas jurídicas bajo el signo de la uniformización del derecho (13). En ese ambiente intelectual de crítica al que se ha dado

---

(10) Tsunejiro MIYAOKA, *The Safeguard of Civil Liberty in Japan*, en *Report* 43 (1918), pp. 604 y ss.

(11) *Report* 43 (1918), p. 115 y ABAJ 4 (1918), pp. 549-550.

(12) Federico Cammeo al presidente de la *American Bar Association*, New Willard Hotel, Washington, 11 de septiembre de 1918, en ABAJ 4 (1918), pp. 546-547.

(13) Es sintomática la creación en 1917 de una *Society for American Fellowships in French Universities*, a iniciativas de un profesor de Derecho, John H. Wigmore (1863-1943). Vid. sobre todo *Science and Learning in France, with a Survey of Opportunities for American Students in French Universities. An Appreciation by American Scholars*, Chicago (Ill.), R.R. Donnelly & Sons Co., 1917, reseñado en la oportuna clave antigermánica: *Michigan Law Review* 16 (1917-1918), pp. 661-662 (Willard Barbour).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

en llamar *Classical Legal Thought* (14) la atención por los antiformalistas europeos, la creación de un *Comparative Law Bureau* (1907) en el seno de la *Bar Association*, la publicación de una *Modern Legal Philosophy Series* (1910) con traducciones de los grandes juristas continentales del momento (15), constituían el punto de referencia americano de la conferencia italiana de Cammeo.

Tras su estancia en Ohio y la referida intervención, la fortuna de Federico Cammeo se agota en la lista de miembros honorarios de la *Association* (16). No hay constancia de nuevos contactos, artículos o críticas del notable publicista italiano en América; sólo su *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano* (1932) encontró algún eco, por demás positivo aunque gracias a connacionales, en el sector inglés de la cultura jurídica *common* (17). Preocupaba el curioso caso del nacimiento de un nuevo Estado; interesaba la descripción de una entidad tan peculiar y tan importante para las demás naciones civilizadas. Nada más.

Si como vemos la visita de Cammeo fue un gesto de buena voluntad entre aliados en guerra, carente de causas más profundas, las hubo, en cambio, para la incomunicación intelectual. Desde unas famosas lecciones constitucionales de Albert V. Dicey (1835-1922) aparecidas en 1885, el jurista de *common law* tenía muy claro que, en Inglaterra y América, « there exists no true *droit administratif* » (18).

---

(14) Cubre por fin el periodo que ahora interesa Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1992.

(15) Carlos Petit, *'A Contributor to the Method of Investigation'. Sobre la fortuna de Gény en América*, en *Quaderni fiorentini* 21 (1991), pp. 201-269.

(16) Muy pocos inicialmente: un total de quince en 1918, de los que Cammeo era el único italiano; cfr. *Report* 43 (1918), p. 649. La última aparición de su nombre tiene lugar en el *Annual Report of the American Bar Association. Including Proceedings of the Sixty-Second Annual Meeting, held at San Francisco, California, July 10-14, 1939*, Chicago (Ill.), Headquaters Office 1939, p. 502, elenco de los socios fallecidos en 1938-1939.

(17) Cfr. *The Law Quaterly Review*, 49 (1933), pp. 278-279 (E. Ruffini-Avondo). Y me permito añadir que en la University of California (Berkeley), donde elaboro estas notas acogido nuevamente por la *Robbins Collection* y su director Laurent Mayali, la única obra de Cammeo presente en las riquísimas bibliotecas locales es el mencionado *Ordinamento*.

(18) Albert Venn Dicey, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Y mejor así, se añadía. Bastaba con actuar una *rule of law* para exigir responsabilidad a los oficiales públicos ante los tribunales ordinarios y vigilar además desde esa sede la legalidad de sus actuaciones (19). Juristas mejor formados, singularmente Ernst Freund (1864-1932), doctorado en Heidelberg (1884) antes que en Columbia (1897), empezaban por las fechas en que Cammeo vivió su anécdota americana a llamar la atención sobre la precipitada conclusión de Dicey, reduciéndola, desde el conocimiento más exacto de la técnica y con acertada visión de futuro, a verdadera *ideología* (20). Pero la pregnancia de esta simplificación jurídica, un mito más del *common law*, pudo perdurar después (21), apoyada en la dimensión tan diferente que, aún hoy, alcanza un *Administrative Law* dedicado a las *administrative agencies*, sus poderes y límites, en relación a un *Droit Administratif* europeo con todas sus incursiones *ratione materiae*, por ejemplo en el clásico capítulo de los funcionarios públicos, en la ciencia americana de los *Politics* (22).

Y a los problemas de dimensión se añadieron los limites de la comparación. Los ilustres ejemplos que Cammeo presentó en su con-

---

Constitution, London, Macmillan and Co., 1885 (décima ed. 1961). Cfr. Trowbridge H. FORD, *Albert Venn Dicey. The Man and His Times*, Chichester, Barry Rose, 1985.

(19) Cfr. Richard A. COSGROVE, *The Rule of Law. Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1980.

(20) Ernst FREUND, *Historical Survey*, en Ersnt FREUND et alii, *The Growth of American Administrative Law*, St. Louis, Thomas Law Book Co., 1923, 9-41. Cfr. Oscar KRAINES, *The World and Ideas of Ernst Freund. The Search for General Principles of Legislation and Administrative Law*, University, University of Alabama Press, 1974.

(21) De nuovo combatiendo el *dictum* de Dicey, James W. GARNER, *Anglo-American and Continental European Administrative Law*, en *New York University Law Quarterly* 7 (1929-1930), 387-414, especialmente p. 388 y n. 2; Dicey, cuyas fuentes eran Tocqueville y Vivien, fue convencido por Gaston Jèze y más profundas lecturas de los administratives franceses (Aucoc, Jèze, Laferrière, Hauriou) de su precipitada conclusión; pero dejó inalterado el texto de la *Introduction*, limitándose a insertar por vía de apéndice unas páginas en la edición sexta (1902) sobre "The English Misconception as to *Droit Administratif*" que no tuvieron, a lo que se ve, demasiada fortuna. Sobre ello ha vuelto Sabino CASSESE, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, en *Quaderni fiorentini* 19 (1990), 5-82, pudiendo aportar datos norteamericanos Morton J. HORWITZ, *Transformation of American Law, 1870-1960*, cit., pp. 213 y ss.

(22) Cfr. Bernard SCHWARTZ, *Administrative Law*, Boston, Little-Brown, 1976.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ferencia de 1918, J.W. Burgess (1844-1931) (23) y F.J. Goodnow (1859-1939) (24), ya levantaban acta de una preocupación intelectual que sólo cubría los ordenamientos de Inglaterra, Alemania y Francia. La tradición se mantiene (25). Italia pudo festejarse como potencia aliada, pero su *Diritto Amministrativo*, y con él Cammeo, tuvieron en América una presencia reducidísima.

APPENDICE (*)

THE PRESENT VALUE OF COMPARATIVE JURISPRUDENCE.

I esteem it a great privilege and honor to be called to address you. Among my fellow conuntrymen many eminent students, law professors, and leading lawyers, more conversant with your language and better versed in your law, could have been chosen. Yet the choice fell upon me; and I am proud of it.

Although this is a time more fitted for action than thought, althought we must.

"Stiffen our sinews and summon up our blood"

for the final contest before us, yet thought can never lose its empire entirely, and we are called to inquire into weighty problems which arise from the present war and from the settlement that the nations will require when the battle is over.

Many of these problems involve legal points. I will speak to you of one of them: the value that the comparative study of law possesses in the present moment; or, more briefly, of the present value of comparative jurisprudence. Great as is the worth of such research at any time,

---

(23) John William BURGES, *Political Science and Comparative Constitutional Law*, I-II, Boston, Ginn, 1902.

(24) Frank Johnson GOODNOW, *Comparative Administrative Law. An Analysis of the Administrative Systems, National and Local, of the United States, England, France and Germany*, I-II, New York, G.P. Putnam's Sons, 1893.

(25) Bernard SCHWARTZ, *French Administrative Law and the Common Law World*, New York, New York University Press, 1954; H.B. JACOBINI, *An Introduction to Comparative Administrative Law*, New York, Oceana Publications, 1990, pp. 129-130 sobre derecho italiano.

(*) (c) *The American Bar Association Journal*, 4 (1918), pp. 645-655. Reproducido con la amable autorización de la *American Bar Association.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

it acquires greater worth now; preparatory as it is to a sure basis for that league of nations that is the highest aim of the present war.

I will not dwell upon the work of comparative jurisprudence in ordinary times. Your country excels in such researches. Your treatises on private international law are based upon comparative inquiries relating to the municipal laws of every nation. One of your eminent jurists, John Wm. Burgess, is the author of a classical treatise upon Political Science and Comparative Constitutional Law. President Frank J. Goodnow edited a not less important work upon comparative administrative law.

In common times the researches in comparative jurisprudence have a theoretical value from two points of view. They are the only means to attain a scientific knowledge of the law. One has to inquire into the contents of the law of different nations; to ascertain similarity and dissimilarity of legal views; to establish what circumstances, ethnical, moral, political or economic attend the framing of the same and dissimilar rules. By a common process of induction one can so reach the causes that act upon the establishment of law. From another point of view, the researches in comparative jurisprudence afford the means to ascertain the universal unity of many legal institutions and notions common to every legal system; such as the notions of the sources of law (custom, statute, judicial precedents); concerning legal rights and duties; of persons corporate or incorporate; of things; of judicial acts (contract or will); of torts; of crimes; of rights or action; of estoppel or merger. Science in every branch of learning proceeds by generalization; and the widest generalization, the most perfect knowledge of juridical facts, is attained by comparative jurisprudence. As it has been said, comparative jurisprudence has the same theoretical value as the science of language; or comparative philology. But it also has a practical worth. By inquiring into the dissimilarity among laws of various nations, it shows what there is in them of good or of bad; what is to be rejected or to be retained and imitated. It is the surest basis of legal reform. Comparative jurisprudence is also the foundation of private international law. It is from this dissimilarity of the laws of different nations that spring the conflict of laws and the need of rules for the setting of such conflict.

But, as I have said, the researches in comparative jurisprudence acquire at the present moment an exceptional worth as preparatory to a well-grounded establishment of the league of nations. I do not wish to be drawn by the love of question I am dealing with, to exaggerate its importance. In the establishment of the league of nations many political, moral and economic elements must concur other than those that can be supplied by comparative jurisprudence. We see now under our own eyes the lining up of circumstances which will help us to reach the devoutly wished for consummation. But I take for granted that unity of

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

law on essential points is one of the conditions of an efficient working of the league of nations. First, it is to be held in mind that law is an eminently conservative force. The law of every nation has been until now essentially autonomous and exclusive. Therefore it tends to counteract, rather than to foster, community of aims; that bond of hearty co-operation which must underlie a society of nations. Such centrifugal action of law acting against the centripetal forces that tend to join the nations in a league, is strengthened by an obvious fact. Around every legal rule of a given country, be it in itself ever so immaterial, is soon interwoven a knot of interests; a texture of social customs that are by themselves a hindrance to international co-operation. Be it sufficient to mention that trade between England and the Latin nations has been seriously handicapped by the different systems of currency and of weights and measures. Yet you certainly remember what strong opposition every attempt at reform in this subject has encountered in Great Britain.

Far from me be the notion that law is the only cause of that spirit of exclusiveness which has until recent times animated every nation; the causes of this fact have been, until this time, more far-reaching. They were to be found in the dissimilarity of race, of climate, of soil, of economic conditions, of social customs. But the influence of such causes is, in the present moment, practically disappearing. The Allies have already reached such a perfect knowledge of each other, such uniformity of aims, such a brotherhood of sacrifice, such a bond of common interests, that they are ready to waive in every essential point all spirit of exclusiveness. Such being the case, can we allow the persistence of a force, be it even a less important force, such as the dissimilarity of law, to oppose it or at least to encumber the framing or the working of the league of nations? To the lawyers of the whole world, to those of this country, in which the noble purpose has grown, belongs the duty to prepare, as a topic of the after-war period, the unification of the laws on every essential point of all the nations of the league. I say "on every essential point", because it is obvious that the efficient working of the league does not require the total unification of their laws. The future association of states does not aim to absorb or to destroy the nations associating themselves for a permanent peace. It aims to bind them for common action on certain fields of social and economic life, in order to afford them full security for free autonomous development in other fields. The unification of law must not, therefore, go further than is required for that purpose. I take it for granted that those branches of the law which are strictly connected with, and dependant upon, the main features of each nation, that go to the root of its more peculiar ethnical, historical, political, economic tendencies, will remain outside the scope of unification. So it will be for constitutional law, for the law of domestic relations, for that of tenure of land,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

and of inheritance; for criminal law and for procedure, civil and criminal. The work of unification, I believe, will be confined to the law of ownership of moveable things, to the law of contracts and torts, to commercial and maritime law, and to some points of that branch of public law, which on the European continent is called administrative law. To sum up, I deem that unification should reach every feld of law directly or indireclty connected with international trade. A world-wide trade will require world-wide legislation. The need of such unified legislation will be so much more felt, as the league of nations, according to the words of the Presidnet of the United States, aims not only to establish amity between nations, but also "to the removal of every economical barrier and to the establishment of equality of trade conditions among all nations consenting to the peace and associating themselves for its maintenance". Such a purpose not only requires unity of law, but also the establishment of a common legal organization directed to ensure unity of action. To ascertain which branches of the law must remain untouched and which must be subjected to unification, belongs to the science of comparative jurisprudence. And only that science is apt to indicate the middle course, to work out the desired unification with the least sacrifice of vested interests and with the least change of every nation's customs.

This is the particular value of comparative jurisprudence in the present moment.

Another question is to be put, and can only be answered according to the results of comparative legal researches. Is it actually possible to work out such unification of the law as is required for the efficient operation of the league of nations? Nobody can doubt that the formal system of the law is everywhere almost similar. But this is not sufficient to work out unification of the law; there must be some kind of substantive similarity in the content of legal rules. Such similarity is to be found among the enactments of those countries that trace their historical descent from Roman law. But at first sight one feels tempted to doubt whether unification can be effected between those laws and the laws of England, of her dominions, of the United States, where the rules of the common law and those of equity prevail. I do not presume to deal with the momentous question of the scientific comparison of these two sets of laws. I deem it sufficient to submit some obvious remarks tending to show that the dissimilarity between Anglo-American law and the law of the Continental countries of Europe is not such as to counteract the proposed unification if it is to be confined to such topics as are required for the time being. Far from me to depreciate the value of Roman law. It is a proud boast of my country that Roman law has grown on her soil; has been kept alive during the dark ages in her cloisters and in her schools; has been recalled to light of her positive law. And I can confidently say that Roman law forever established the

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

main lines between right and wrong, the technical rules of judicial thought. But it must not be overlooked that upon the present positive law of Continental Europe, as of the states of South America, many influences besides that of Roman law have acted during the centuries — the same influences that have acted upon many branches of Anglo-American law. First, it is to be borne in mind that the unification does not concern itself, as I have said, with every branch of law, but only with those that are connected with international trade. The autonomous and wonderful growth of Anglo-American law has acted, instead, upon those branches that lie outside of the scope of unification; upon constitutional law, tenure of land, domestic relations, inheritance, civil and criminal procedure. From another point of view, the continental countries of Europe were all subjected after the fall of the Roman Empire to barbaric invasions which brought to those countries laws not dissimilar from the Saxon and Norman law, the historical basis of English law: It is true that the barbaric laws were soon superseded by Roman law. But one must not overlook the fact that they have left some marks of transient reign, as upon the law of ownership of movable things and upon the law of possession. It is more important to mention that commercial and maritime law, in many essential points, is of much later growth than the Roman law, and has no direct connection with it. Commercial and maritime law, in its present shape, dates from the Middle Ages. Its cradle was the Italian Republics of Amalfi, Pisa, Florence, Genoa, and Venice. A very interesting process of action and re-action relating to the commercial and maritime law ensures uniformity of legal rules in every country. As long as trade was in the hands of the Italian republics their law was paramount and every country adopted or imitated it. As soon as trade passed into the hands of other peoples, especially into the hands of England, she took the lead in commercial and maritime law and other countries sought there the model of their legislation. As for contracts and torts, Roman law reigned for many centuries in Continental Europe. But the connection between Roman law and the positive law of those countries was broken at many points by the French Revolution and by subsequent codification. The new ideas of liberty, equality and free competition superseded many of the principles of Roman law; as the same ideals acted in England and in the United States upon the common law. At last, that branch of public law that I have called administrative law, inasmuch as it concerns itself with international trade and rules, currency, weights and measures, patent and copyright, postal service, railroads, is of such recent growth and relates to topics so new, that it cannot have any connection with Roman law. In itself, as I shall show, this branch of law has been already subjected to attempts at unification in many respects.

The last point I wish to deal relates to the systems and methods to be followed for the unification of law. To contribute to the solution of

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

this question, I deem it proper to inquire into the many attempts at unification that have been made in recent times by means of international treaties. These attempts have been, as yet, absolutely desultory. They have been made without preconceived plan. Sometimes many of the civilized nations, or of those nations that were until now deewed civilized, have been parties to them. Sometimes only two or a few nations have agreed upon the work of unification. Sometimes the treaties dealt with important topics — sometimes with matters of no concern. The results on the whole have been trifling. But they offer a large field of observation; and many useful lessons may be drawn from them.

The absence of any preconceived plan is brought to light by the fact that, while the need of unification is more felt in private law and while many branches of that law offer a greater uniformity, the work of unification in these branches has been slight. It is quite useless to mention the well-known international treaties signed at The Hague on July 7, 1905, and which relate to the law of marriage, the status of lunatics and infants, and the execution of foreign judgments. They do not work any unification of law. They merely determine which of the municipal laws is to be followed in case of conflict. The only attempt at unification in matters of private law is found in the treaties at The Hague of January 23, 1908, relating to the collision of ships and their salvage. These two agreements do not work a total unification of the law. Every contracting state retains its own law. But if in the collision or in the salvage parties of different nations are concerned, a uniform and common law is to be followed.

The bulk of international agreements entered into with the purpose of unification relate to administrative law. The first attempt of this kind purporting to preserve order and public peace, can be found in the treaties signed by all the civilized nations for the suppression of piracy and of the slave trade. Every state which is party to these treaties is bound to enact, and has enacted, a similar statute against the two evils, and enforces it by land and sea. On analogous grounds, in 1905 and 1910, two agreements signed in Paris have been entered into by many states for the suppression of what is called on the continent, "white women trade", that is for the enrolment and immigration of women for illicit purposes, and against the sale of immoral books or printings. The contracting states are engaged to communicate to each other all valuable information; to enact laws against such immoral trade or practice, to confiscate every book or print falling within the meaning of the treaty; to assist the unfortunate women who require assistance. For the protection of the public health against infectious diseases, such as the plague or cholera-morbus, may be mentioned many treaties, signed between 1852 and 1899 in Paris, Dresden and Venice. Notice is to be given of the breaking up of such diseases; travel and trade between

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

immune places are restricted; long and useless quarantine is forbidden, short periods of seclusion or medical supervision are substituted; disinfection is regulated. Every contracting state has already framed its legislation according to these principles. Two international boards are created in Constantinople and in Paris, to receive notice, and give advice without direct legislative or administrative power.

A few words about the international agreements concerning themselves with copyrights, patent rights and trade-marks. (Berne, September 9, 1886. Berlin, November 13, 1908. Washington, June 2, 1911). These treaties are well known in your country which have been a party to them and has efficiently contributed to their framing. I will, therefore, confine myself to the following remarks: These treaties do not realize a total unification of the law of patents and copyrights. They prescribe the main lines of the legislation of every contracting state and leave the details to each municipal law. This is an evident defect. Yet these agreements are noticeable because they effect with a common executive board. For the sake of showing how international agreements have attempted to unify the law upon the most divergent topics, I will mention briefly the treaty of Berne, November 3, 1881, against the phylloxera. The treaty between some states of Continental Europe forbidding the use of poisonous white phosphorus in the manufacture of matches; two treaties between Italy and France, and Italy and the United States (Paris, June 18, 1910; Washington, July 3, 1913) concerning factory laws; the agreement signed in Paris, September 11, 1909, relating to circulation of motor cars. I will, instead, dwell upon the treaties concerning the circulation of wealth which will have a much greater importance for the solution of the problems arising at the close of the war. From this point of view the treaties concerning the postal service (Rome, May 26, 1906), telegraphic service (London, 1903), wireless telegraphy (London, July 5, 1912), and railroads (Berne, October 14, 1890) deserve mention. The three agreements first named were entered upon between most of the civilized countries, the United States included; the treaty relating to the transportation of goods on railroads was agreed to only by some of the States of Continental Europe (Italy, Germany, Austria, Belgium, the Netherlands and Switzerland). According to these treaties, letters, post-parcels, telegrams or goods forwarded from any contracting state are to be carried to any other contracting state. The treaties not only prescribe uniform legislation concerning the contract of carriage, but frame also in every detail the draft of the laws to be enacted. To the municipal laws of each state it is left only to establish the rules for the management of post and telegraphic offices or of railways and strikes, for internal taxes. A common international board is created for the supervision of giving and receiving notices and settling accounts between the different states. On these same grounds is remarkable, as a model, the agreement of Paris,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

May 29, 1875, entered upon between many Continental states of Europe and relating to the adoption of the metrical system of weights and measures. Also in this case a board is created in Paris to preserve the standard weights. I may mention also as a typical instance of law unification, the treaty of Paris in 1885, concerning the adoption of an uniform standard of coin. To this treaty Italy, France, Greece, Belgium and Switzerland were parties. Some of its clauses are of real worth. Every contracting state is bound to keep a decimal coinage system. Decimal moneys of each state are legal tender in every other contracting state. Thus far the agreement is open to no criticism; and it is to be wished that a similar treaty may be agreed upon by all the nations. But the treaty resolved itself into the question of the double standard, gold and silver, adopted both and tried, with unlimited coinage of gold and prohibition of the coinage of silver, to keep a parity of valute between the two metals. On this point the treaty proved a failure. At last a very instructive instance of international agreement is that of the treaty of Brussels, March 3, 1902, and August 5, 1903, entered into between certain sugar-growing countries of Continental Europe and concerning the suppression of a typical case of dumping. Dumping found governmental help either directly by means of export premiums or indirectly by means of affording to manufactures such favorable conditions in the home market as to empower them to sell sugar at very low prices on the foreign markets. Usually this was done by affording protection to manufactures in the home market, with low excise duty and a high import duty. Such practices were prohibited by the last-named treaty. Every contracting state was entitled to forbid the importation of sugar from such countries as disregarded the clauses of the agreement.

Summing up the results of previous experience, I conclude as follows:

(a) That a general plan of unification of law as a basis of the efficient working of the league of nations, is easily to be realized, since considering that in many cases and without any fixed plan, such unity has been attained.

(b) That no insuperable hindrance to such aim, not even in the most delicate matters pertaining to sovereignty as coinage and taxation, is to be feared, such matters having already formed a topic of more or less extensive unification by international agreements.

(c) That the stages of the process of unification are the following:

1. To establish rules available when two parties belong to differen states without changing or touching the municipal law of each state;

2. To establish by international agreement the main lines of law upon a given topic, leaving to each state to work out the details by separate enactments;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. To establish in every detail the rules required for the unification of law;

4. To create, in addition to the established rules, an international board for the supervision of the workings of unified law. As yet not legislative or executive power has been conferred on such a board.

I presume to say that according to previous experience, such will be the future process of unification of those world-wide laws as are essential to a pacific and sure world-wide trade among the nations associated by a common bond of stable amity. I shall not dwell upon the details and the extension of such process. I do not wish to tire you with dry facts or with tedious forecastings about the painstaking efforts that the great work of social and international reconstruction will exact from us. It is better to look, not upon the anxious period during which the work is to be done, but to the happy epoch when the work will have been accomplished. Nobody can doubt that the Allies will succeed in every one of their plans. Everybody has faith, unshakable faith, in the triumph of the Allies, because

''Thrice is he armed that hath quarrel just''.

And we perceive already that the history of this war has come to a turning point, and that a new era dawns for mankind. From today we can see, with unfailing eyes of hope and faith, the happy moment in the not distant future, when the dream of many generations of men, of many leading spirits, the ideal for which so many noble lives have been spent and lost, will be realize; when under the shield of a common bond of peace every nation will freely develop its own moral tendencies and economic forces, when in things essential, one aim, one love, one law, will reign over mankind; when the glorious and proud motto of your commonwealth will be the motto of the commonwealth of nations: ''*E Pluribus Unum*''.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

FRANCO CIPRIANI

FEDERICO CAMMEO E LA PROCEDURA CIVILE (*)

1. Federico Cammeo, un altro allievo di Mortara « passato » a Chiovenda. — 2. La vita e le opere di Federico Cammeo. Dalla scuola di Mortara alla cattedra di amministrativo di Cagliari. — 3. Il saggio per Scialoja e la cattedra di procedura di Padova. — 4. La chiamata a Bologna e il consiglio a Carnelutti. — 5. Ancora accanto a Mortara: la vittoria su Chiovenda e sull'oralità. — 6. Contro Mortara: dalle onoranze a Chiovenda alle onoranze a Cammeo. — 7. I vezzi di Federico Cammeo, le sue idee politiche e la sua triste scomparsa. — 8. Le *Lezioni di procedura civile*. — 9. La « maggiore iniziativa » del giudice.

1. *Federico Cammeo, un altro allievo di Mortara « passato » a Chiovenda.*

Lo studio dei rapporti tra Federico Cammeo e la procedura civile riveste non poca importanza non solo perché consente di approfondire un aspetto poco conosciuto della proteiforme personalità di uno dei più grandi giuristi del nostro secolo, ma anche perché s'inserisce nel processo di riscrittura della storia della procedura civile italiana, che è da qualche tempo in atto.

Federico Cammeo, infatti, non è stato solo un grande amministrativista, « fondatore », insieme con Oreste Ranelletti e Santi Romano, di quella scienza amministrativistica italiana che ha avuto il suo « padre nobile » in Vittorio Emanuele Orlando (1), ma è stato anche, e per una decina d'anni, un autorevole processualista, titolare di una importante cattedra di « Procedura civile e ordinamento giudiziario », autore di un pregevole corso di *Lezioni di procedura*

(*) Questo saggio sarà pubblicato anche negli *Scritti in onore di Mario Vellani*.

(1) Così GIANNINI, *Prefazione*, in CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, (1914), Padova, rist. 1992, p. VII. Peraltro, nel senso che il più grande processualamministrativista italiano sia stato Cammeo, v. lo stesso GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, I, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 523.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

civile, legatissimo, per più di trent'anni, a Lodovico Mortara e vicinissimo, ancorché per diversi motivi, dapprima a Francesco Carnelutti e poi a Piero Calamandrei. Perciò, se non lo si può considerare un processualista-puro, è più che giusto approfondire i rapporti ch'egli, sia a livello scientifico, sia a livello accademico, ebbe con la procedura e coi processualisti.

A tal fine, è forse il caso di dir subito che le ragioni per le quali si è finito col dimenticare il ruolo che Federico Cammeo ebbe nella processualcivilistica italiana dei primi decenni del nostro secolo, affondano le loro radici nelle complicatissime e tribolatissime vicende che la procedura civile italiana si ritrovò a vivere in quel periodo, vicende ch'erano fino a ieri avvolte nel mistero e nella leggenda e sulle quali solo di recente si è riusciti, sia pure, talvolta, con una certa qual approssimazione, a far luce (2).

In particolare, si è ormai capito che Federico Cammeo ebbe la « sfortuna » di trascorrere la sua vita accanto ad un maestro quant'altri mai ingombrante e scomodo, Lodovico Mortara (3), « un teorico che gli sviluppi della dottrina processualistica ed amministrativistica (nella materia della giustizia amministrativa) hanno accantonato » (4): e poiché l'« accantonamento », come ormai sappiamo, è stato piuttosto drastico, non meraviglia che ne siano stati coinvolti anche i suoi due massimi discepoli, non solo il processualista Carlo Lessona, che ha finito, come tutti sanno, coll'essere relegato nel dimenticatoio e presentato come un ammiratore della « vetta dell'Himalaya » (5), ma anche Cammeo, che è riuscito, per

(2) V. il mio *Storie di processualisti ed oligarchi*. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936), Milano, 1991.

(3) È certo e pacifico che il maestro di Cammeo fu Mortara: v. per tutti GROSSI, *Stile fiorentino*, Milano, 1986, p. 134.

(4) Così GIANNINI, *Discorso generale*, cit., I, p. 529, il quale assicura che il motivo dell'accantonamento, che è piuttosto misterioso, sarebbe « troppo risaputo ». Ma, nel senso che gli studi di diritto amministrativo di Mortara non meritassero affatto di essere « accantonati », v. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Milano, 1985, p. 301 ss. E v. già KLITSCHE DE LA GRANDE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova, 1961, p. 156 ss.

(5) Cfr. CALAMANDREI, *Il nostro Maestro*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, p. 303. Ma v. il mio *Le peripezie di Carlo Lessona tra Mortara, Chiovenda e Calamandrei*, ivi, 1991, p. 754 ss., spec. 769.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sua fortuna, a conservare i suoi estimatori tra gli amministrativisti, ma che ciò nonostante ha finito coll'essere considerato (anche lui!...) un « esegeta » (6), « precursore e collaboratore » di Chiovenda (7) (che pur aveva qualche mese meno di lui!...), tanto che si sarebbe fermato laddove si fermò Chiovenda e che il suo *Corso di diritto amministrativo* sarebbe chiovendiano (8). Insomma, l'inverosimile storia per la quale i processualisti italiani degli inizi del secolo sarebbero stati tutti, salvo Chiovenda, dei maldestri esegeti e sarebbero vissuti tutti contemplando i libri di Chiovenda, ha coinvolto anche Cammeo, che pure, come si vedrà, cominciò ad occuparsi di procedura sette anni prima di lui (9).

Sic stantibus rebus, mi pare evidente che, per avere idee chiare sul Cammeo processualista, è necessario non solo e non tanto rileggere le sue opere di procedura, ma anche e soprattutto ripercorrere la sua biografia e illustrare il contesto scientifico ed accademico nel quale la sua attività di processualista venne ad inserirsi.

---

(6) Così, anche se non in senso spregiativo, GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., p. 134, il quale, forte della « confessione » di MORTARA, *Lettera*, in *Studi in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, p. XIII, che parla di se stesso (in senso ironico) come di un « esegeta », considera esegeti, ancorché nel senso migliore della parola, sia Mortara sia Cammeo.

(7) Così CALAMANDREI, *Recensione* agli *Studi in onore di Chiovenda*, in *Arch. giur.*, 1929, p. 93.

(8) Così, senza motivazione alcuna, GIANNINI, *Discorso generale*, cit., I, pp. 524 e 526, che pur non dubita che il *Commentario* di Cammeo fosse mortariano: il che significherebbe che Cammeo, tra il 1910, anno in cui fu concluso il *Commentario* (che uscì a fascicoli, come quello di Mortara), e il 1914 (anno al quale risale il *Corso*), sarebbe « passato » da Mortara a Chiovenda. Non è questa la sede per parlare del Cammeo processualamministrativista. Ma, nel rilevare che il Giannini, nei suoi ultimi saggi, non ribadisce la « chiovendianità » di Cammeo (v. GIANNINI, *Prefazione*, in CAMMEO, *Corso*, cit.; ID., *Prefazione*, in CHIOVENDA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, rist. 1991, p. VII ss.), devo dire che la mia impressione è che Federico Cammeo non sia mai stato un seguace del suo coetaneo Chiovenda. Infatti, nel senso che Cammeo fosse, al pari di Mortara, su posizioni metodologiche e ideologiche del tutto opposte a quelle di Chiovenda, v. DI MODUGNO, *Le « Lezioni di diritto amministrativo » di Giuseppe Chiovenda e l'interesse legittimo come pura azione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 658 ss.

(9) Il primo saggio di procedura di Cammeo risale al 1892 (*Denuncia di nuova opera. Limiti della giurisdizione del pretore*, in *Giur. it.*, 1892, I, 1, c. 1157); il primo saggio di procedura di Chiovenda risale al 1899 (*Della condanna nelle spese a favore del procuratore*, in *Foro it.*, 1899, I, c. 883).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2. *La vita e le opere di Federico Cammeo. Dalla scuola di Mortara alla cattedra di amministrativo di Cagliari.*

Federico Cammeo (10), discendente, per parte della nonna paterna, di Benedetto Spinoza (11), nacque a Milano il 20 luglio 1872 da Cesare, funzionario di banca, e da Elisa Gerbi.

Dopo pochi anni si trasferì con la famiglia a Firenze. Si laureò *cum laude* nella vicina Pisa nel 1894, ma già nel 1892, ancor prima di laurearsi e appena ventenne, cominciò a pubblicare succose note a sentenza in tema di procedura civile sulla *Giur. it.* (12), della quale da quell'anno era divenuto direttore il suo maestro, Lodovico Mortara (13), che era ebreo come lui e che nell'Ateneo pisano era titolare di Procedura e incaricato di Diritto costituzionale.

Mortara a quell'epoca aveva trentasette anni, ma, dal punto di vista scientifico, ne dimostrava qualcuno di più: aveva già scritto una mezza biblioteca e, con la « famosa relazione » sulla riforma del

---

(10) Su Cammeo v. (MORTARA), *In onore del prof. Federico Cammeo. Un quarantennio di collaborazione*, in *Giur. it.*, 1932, IV, c. 33 ss.; FORTI, *Federico Cammeo (Compiendosi il trentennio del suo insegnamento)*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1933, I, p. 301 ss.; ANONIMO, *In memoria di Federico Cammeo*, Firenze, 1939; CARNELUTTI, *Federico Cammeo*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, I, p. 62; S. LESSONA, *L'opera di Federico Cammeo*, in CAMMEO, *Società commerciale ed ente pubblico*, Firenze, 1947, p. III ss.; JEMOLO, *Commemorazione del corrispondente Federico Cammeo*, in *Atti della Accademia nazionale dei Lincei*, 1948, *Rendiconti*, III, Roma, 1948, p. 130 ss.; CALAMANDREI, *Federico Cammeo (Nel decennale della sua morte)*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1949, p. 388, ora in *Opere giuridiche*, a cura di CAPPELLETTI, X, Napoli, 1985, p. 292 ss. (donde saranno tratte le successive citazioni); FINZI, in *Federico Cammeo*, Firenze, 1961 (a cura del Consiglio dell'Ordine degli avvocati e procuratori di Firenze), p. 5 ss.; CARNELUTTI, *Federico Cammeo nella storia della scienza italiana del diritto, ibidem*, p. 9 ss.; CRAVERI, *Federico Cammeo*, in *Diz. biogr. degli it.*, 17, Roma, 1974, p. 286 ss.; SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., p. 379 ss.; GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., p. 129 ss.; GIANNINI, *Prefazione*, in CAMMEO, *Corso*, cit. *Adde* la mia *Prefazione*, in CAMMEO, *Lezioni di procedura civile*, Padova, rist. 1992, p. V ss.

(11) Lo ricorda JEMOLO, *Commemorazione del corrispondente Federico Cammeo*, cit., p. 132.

(12) Si tratta di sette note a sentenza pubblicate tra il 1892 e 1894: vedine l'elenco in *Giur. it.*, 1932, IV, c. 35 e in *Studi in onore di Federico Cammeo*, I, Padova, 1933, p. XXVII.

(13) Cfr. CIPRIANI-MAZZAMUTO, *La « Giurisprudenza italiana » di Gabba e Mortara (1892-1936)*, in *Giur. it.*, 1992, IV, 497 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

procedimento sommario (14), aveva appena riportato un grande trionfo nel congresso giuridico nazionale tenutosi a Firenze nel settembre del 1891 (15).

Mortara, però, non si occupava solo di procedura. Si occupava di tutti i rami del diritto pubblico, tanto che fu « il maggiore artefice di quella che direi la trasformazione dello Stato liberale in Stato democratico (...), la trasformazione dello Stato di diritto nello Stato caratterizzato dalla discrezionalità amministrativa, nello Stato del nostro tempo » (16).

L'eccezionale versatilità di Mortara e il suo particolare interesse per il diritto pubblico spiegano la ragione per la quale Federico Cammeo, da studiar procedura, si ritrovò a studiare amministrativo: evidentemente, il suo maestro, che qualche anno prima aveva insegnato per incarico Diritto amministrativo nell'Ateneo pisano (17) e che per la procedura poteva già contare su un delfino del calibro di Carlo Lessona, capì ch'era il caso che quella fondamentale disciplina, che aveva visto moltiplicare la propria importanza con l'istituzione, nel 1889, della IV Sezione del Consiglio di Stato, fosse studiata *ex professo* da uno studioso che credesse come lui nei diritti del cittadino nello Stato libero e che si battesse insieme con lui affinché la p.a. rispettasse le leggi poste dal parlamento. In particolare, la svolta avvenne nel 1894. Quell'anno, mentre Carlo Lessona dava alle stampe il primo volume del suo *Trattato delle prove* (18), che alla fine avrebbe avuto cinque volumi e tre edizioni, e mentre Giuseppe Chiovenda, discepolo del romanista Vittorio Scialoja, esordiva assicurando che il diritto moderno era identico al diritto romano (19), Federico Cammeo lasciò la procedura civile e cominciò

---

(14) Cfr. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, p. 168.

(15) V. il mio *Storie di processualisti*, cit., p. 37 ss. È più che probabile che Cammeo, che abitava a Firenze, abbia partecipato a quel celebre congresso.

(16) Così JEMOLO, *Commemorazione del socio Mariano D'Amelio*, in *Atti della Accademia nazionale dei Lincei*, 1948, *Rendiconti*, III, Roma, 1948, p. 259.

(17) Cfr. MORTARA, *Pagine autobiografiche*, (1933), in SATTA, *Quaderni del diritto e del processo civile*, I, Padova, 1968, p. 52.

(18) Cfr. LESSONA, *Teoria delle prove*, Firenze, 1894.

(19) Cfr. CHIOVENDA, *Le spese del processo civile romano*, in *Bull. Ist. dir. rom.*, 1894, p. 275 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ad occuparsi di diritto amministrativo (20): ma, vuoi perché il primo amore non si scorda mai, vuoi perché non si può essere allievi di un Mortara senza pensare al processo, se ne occupò sempre tenendo ben presente la prospettiva processuale (21).

Nel 1899, all'indomani della chiamata di Mortara a Napoli e di Lessona a Pisa, Cammeo conseguì la docenza in diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione nella Sapienza pisana. Indi, nel novembre del 1900, mentre il civilista Vincenzo Simoncelli, allievo di Vittorio Scialoja, veniva « comandato » direttamente dal ministro della Pubblica istruzione Nicolò Gallo ad insegnar procedura a Roma (22), Cammeo, grazie all'ampia monografia sulla manifestazione di volontà dello Stato, pubblicata nel *Trattato* di Orlando (23), vinse il concorso a cattedra e perciò il 1° febbraio 1901 poté salire la cattedra di diritto amministrativo dell'Università di Cagliari.

In Sardegna stette fino al 1905. In quei quattro anni, mentre il giovane Cammeo si sposava con una giovane fiorentina, Clotilde Levi (24), la procedura civile italiana visse la drammatica vicenda dell'« invasione dei germanisti » (25): Vittorio Scialoja riuscì a portare dapprima Chiovenda sulla cattedra di procedura di Parma e poi Simoncelli su quella di procedura di Roma (26). Possiamo immaginare quel che ne pensarono i processualisti. Sta comunque di fatto che alla fine del 1902 Mortara lasciò la cattedra di Napoli e passò in magistratura come consigliere della Corte di cassazione di Roma (27).

---

(20) Il primo saggio di amministrativo fu *Sul licenziamento del medico condotto effettuato allo scopo che non acquisti stabilità*, in *Giur. it.*, 1894, III, c. 58 ss.

(21) Lo rileva anche GIANNINI, *Prefazione*, in CAMMEO, *Corso*, cit., p. XIV, che spiega la predilizione con « l'innata e profonda curiosità giuridica » di Cammeo. Viceversa, nel senso del testo, FORTI, *Federico Cammeo*, cit., p. 301, che scriveva mentre Cammeo era ancora in vita e che non lo considerava né un esegeta, né un chiovendiano.

(22) V. il mio *Storie di processualisti*, cit., p. 70.

(23) Cfr. CAMMEO, *Le manifestazioni di volontà dello stato nel campo del diritto amministrativo*, (1898), in *Primo trattato di dir. amm. it.*, diretto da Orlando, III, Milano, 1901.

(24) Che era ebrea e figlia del banchiere Teofilo, divenuto in seguito presidente del Credito italiano. Dal matrimonio nacquero tre figli, Maria (1902-1944), Cesare (1911-1941) ed Elisa, nata nel 1913, che vive a Firenze.

(25) V. il mio *Storie di processualisti*, cit., cap. II.

(26) V. l'*op. loc. ult. cit.*

(27) V. ancora l'*op. loc. ult. cit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. *Il saggio per Scialoja e la cattedra di procedura di Padova.*

Il peggio, però, nella procedura civile, doveva ancora venire. E venne col concorso bandito dalla Facoltà giuridica di Napoli per provvedere alla successione di Mortara.

Il concorso, che era per ordinario, aveva tutta l'aria di dover essere appannaggio di Lessona, che era già ordinario e aveva dalla sua una « pingue » produzione scientifica (28), ma alla fine, a marzo del 1905, fu vinto dal trentatreenne Chiovenda, ancora straordinario a Bologna, che si ritrovò così a scavalcare i ben più anziani, più autorevoli e più fecondi Lessona e Cesareo-Consolo, stabilendo un record senza precedenti e senza uguali nella storia dell'Università italiana (29).

Quel primato, però, non fu l'unico a essere stabilito in quel 1905. Se lo straordinario Chiovenda riuscì a prevalere su due ordinari, il suo maestro Vittorio Scialoja, ancora 49enne, fu onorato nel XXV anno del suo insegnamento (30), stabilendo così un record mondiale tuttora imbattuto.

Di fronte alla iniziativa in onore di Scialoja, tanto precoce da apparir inverosimile, Mortara e la sua scuola si guardarono bene dall'aderirvi, ma trovarono il modo di salvare le apparenze: gli dedicarono nella *Giur. it.* un vasto saggio a firma del giovane Cammeo (31).

Il saggio, lungo 80 colonne, verteva su di un tema cruciale, l'azione del cittadino contro la p.a. (che era il tema affrontato in generale due anni prima da Chiovenda nella sua prolusione bolognese): Cammeo lo affrontò con polso sicuro e con metodo scientificamente ineccepibile, proponendo soluzioni tanto originali quanto giudiziose, senza astruserie e senza astratte divagazioni, dimostrandosi più che a conoscenza della pandettistica tedesca e

---

(28) Così, con malcelato sarcasmo, la relazione della Commissione giudicatrice del concorso, che leggesi nel mio *Storie di processualisti*, cit., p. 480.

(29) V. la mia *op. ult. cit.*, p. 109 ss.

(30) V. *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, 2 voll., Milano, 1905.

(31) Cfr. (Mortara), *Recensione* agli *Studi in onore di Vittorio Scialoja*, in *Giur. it.*, 1905, IV, c. 285, che tiene a precisare che « la *Giur. it.* fu lieta di contribuire a queste onoranze con la pubblicazione del dotto e importante studio del prof. Federico Cammeo su *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione* ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dando conto nelle note del pensiero di tutti, non solo dei tedeschi, ma anche dei francesi e degl'italiani (32) (i quali, dunque, come ognuno può constatare, esistevano, pensavano e scrivevano). Con la conseguenza che il lettore, nel constatare che Cammeo non pendeva affatto dalle labbra del suo coetaneo Chiovenda, ha modo di chiedersi come può essere stato possibile che si sia arrivati a dire ch'egli fu « catturato dallo splendido sistema di Chiovenda » (33).

Il saggio sull'azione non doveva però avere il solo scopo di onorare Scialoja. Il 6 luglio 1904, nelle more del concorso di Napoli, quando la sconfitta di Lessona (e di Mortara) non s'era ancora delineata, era morto Gaetano Franceschini, « un maestro di secondo piano » (34), che insegnava procedura a Padova. Si rese così disponibile la cattedra di procedura di Padova, che fu messa poco dopo a concorso.

Al concorso presentò domanda anche Cammeo, che doveva essere interessato a lasciare la Sardegna e ad avvicinarsi a casa. Mi pare perciò probabile ch'egli abbia scritto il saggio sull'azione nei confronti della p.a. al fine di procurarsi un titolo per quel concorso. Ed *ex post* bisogna riconoscere ch'egli seppe fare più che bene i suoi calcoli, perché, a novembre del 1905, la Commissione (Mariani, Triani, Chironi, Simoncelli e Chiovenda) lo preferì ad Alfredo Rocco e ad Agostino Diana (35), consentendogli così di salire la cattedra di procedura

---

(32) Cfr. CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 1905, IV, c. 23 ss., il quale, tra l'altro, riferisce che Mattirolo ammetteva l'azione a tutela del contratto preliminare e precisa che il primo ad avvertire la problematica delle sentenze costitutive era stato, in Italia, Mortara (cc. 45 e 47, in nota). *Qui vult capere capiat*.

(33) Così, senza motivazione alcuna, GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, II, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 17. In senso opposto v. però ora le motivate pagine di DI MODUGNO, *op. loc. cit.*

(34) Così, con riferimento a Franceschini (del quale fu studente a Padova), ma senza nominarlo, CARNELUTTI, *Federico Cammeo nella storia della scienza*, cit., p. 18. Gaetano Franceschini (1858-1904), allievo di Giuseppe Manfredini, fu titolare di procedura a Padova dal 1897 alla morte.

(35) La relazione finale leggesi in Min. Pubbl. Istruz., *Boll. uff.*, 1906, I, p. 1260 ss. Al concorso presentarono domanda nove studiosi (nell'ordine: Vincenzo Galante, Luigi Ferrara, Agostino Diana, Raffaele Cognetti De Martiis, Tommaso Siciliani, Enrico La Loggia, Alfredo Rocco, Federico Cammeo e Vittorio Emilio Tiranti). Per il primo posto, quattro voti andarono a Cammeo, uno a Diana; per il secondo, quattro a Rocco e uno a Diana; per il terzo, quattro a Diana e uno a Ferrara. La Commissione espresse su Cammeo il seguente giudizio: « Federico Cammeo. Libero docente di diritto ammi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di Padova, la stessa sulla quale dieci anni dopo sarebbe salito, provenendo dal commerciale di Catania, Francesco Carnelutti, il futuro « pontefice massimo » della procedura civile italiana.

4. *La chiamata a Bologna e il consiglio a Carnelutti.*

A Padova Cammeo insegnò procedura per sei anni, sino al 15 ottobre 1911, quando passò ad insegnarla a Bologna. Ciò significa

---

nistrativo nell'Università di Pisa nell'anno 1899 —900: professore ordinario della stessa disciplina nell'Università di Cagliari dal 1° febbraio 1901; incaricato dell'insegnamento del diritto canonico pel 1901-1902, 1902-1903 nella stessa Università; e così per gli anni successivi; proposto dalla facoltà di Parma pel trasferimento a quella cattedra di procedura civile; classificato secondo nel concorso per professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università di Pavia. La Commissione (...) considerò con particolare compiacenza la carriera di questo studioso e la sua attività scientifica. La quale prese le mosse da studi di diritto processuale (n. 1 a 7 dell'elenco dei titoli), e poi si estese man mano in altri campi del diritto pubblico, specialmente amministrativo (n. 9 a 42 dell'elenco), con escursioni anche in quello del diritto privato. Questa produzione frammentaria dapprima e quasi frammezzata all'esercizio della pratica, si arricchì poi di una larga e notevolissima monografia sulle "manifestazioni di volontà dello Stato", cui seguirono incessantemente nuovi studi, in cui si venne delineando la predilezione per le questioni sulla giustizia amministrativa (num. 46, 47, 51, 56, 57, 60, 62, 64, 66, 67, 68, 69, 72 dell'elenco). Questi studi furono in parte raccolti in un volume di "Questioni di diritto amministrativo", in cui merita speciale menzione lo scritto sul conflitto fra "eccezione d'incompetenza e eccezione di cosa giudicata". Profonda cultura così nel campo del diritto pubblico come del privato; ingegno lucido, acuto, versatile; eccellente temperamento di teorico e di pratico, risultavano dai suoi lavori e risultano dal più vasto, non anche compiuto, il "Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa". Questa pubblicazione, frutto di una lunga preparazione teorico-pratica, non è scevra di difetti, perché vi si notano disuguaglianze, ripetizioni, incertezze di sistema, dovute in parte al modo di pubblicazione. Ma la trattazione è ampia e spesso magistrale, e, ciò che più interessa agli effetti del presente concorso, l'ampio modo d'intendere la giustizia amministrativa permette al candidato d'attrarre nel suo studio il processo civile, dedicando a questo digressioni di principale importanza, tali da costituire monografie vere e proprie che occorrerebbero ogni più maturo studioso della materia. E il saggio sulla "azione del cittadino contro la pubblica amministrazione", parzialmente rifuso nelle ultime parti stampate del Commentario, facendo geniale applicazione di moderne teorie e partizioni processuali nella sfera d'intepretazione degli artt. 2 e 4 della legge sul contenzioso amministrativo, porta nell'intricatissimo tema come un riordinamento generale. Senza una profonda conoscenza della disciplina speciale che è oggetto di questo concorso, il Cammeo non avrebbe potuto conferire un così prezioso contributo allo studio della giustizia amministrativa del quale può dirsi veramente benemerito ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che l'aureo *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa* (che sembra, per forma e sostanza, il sesto volume del *Commentario* di Mortara (36), al quale è non a caso dedicato) fu da lui in larga parte scritto mentre insegnava procedura a Padova e mentre continuava ad inondare di note a sentenza la parte III della *Giur. it.*, che avrebbe curato per quasi mezzo secolo, sino al 1938, « scegliendo le decisioni, formulando le massime e le note di confronti e richiami » (37).

Naturalmente, essendo ormai un processualista, cominciò a far parte delle commissioni per i concorsi a cattedra di procedura: ad ottobre del 1907 lo troviamo commissario, insieme con Simoncelli, Castellari, Lessona e Chiovenda, del concorso per la cattedra di Palermo, del quale risultò vincitore, davanti ad Alfredo Rocco e Giuseppe Messina, Francesco Menestrina (38).

A Padova ebbe subito l'incarico di diritto commerciale. Sì che, un giorno del 1908, « nel cortile cinquecentesco dell'Università, mentre ne stava uscendo », si vide avvicinare da un giovane avvocato, alto, robusto e biondo, un tale Francesco Carnelutti, che gli era stato indirizzato da Angelo Sraffa (direttore, con Cesare Vivante, della *Riv. dir. comm.*) e che gli si disse intenzionato a dedicarsi allo studio del diritto commerciale. Cammeo lo squadrò per bene e gli rispose « testualmente con queste parole: "va vene, va bene; badi però che il diritto commerciale è la mia *non materia alla seconda potenza*" » (39)!

Nell'anno accademico 1909-10, per un singolare gioco del destino, mentre il processualista Chiovenda pubblicava a Roma in edizione litografata delle *Lezioni di diritto amministrativo*, l'amministrativista Cammeo pubblicò a Padova, anche lui in edizione litografata, delle *Lezioni di procedura civile*: le due opere, quasi a riprova dell'intelligenza del Fato, sono state di recente ristampate pressoché contemporaneamente (40).

---

(36) L'editore, i caratteri della stampa e, direi soprattutto, il c.d. metodo, ossia il modo di affrontare e risolvere i problemi, sono infatti gli stessi.

(37) Così (MORTARA), *In onore del prof. Federico Cammeo*, cit., cc. 33-34.

(38) Cfr. Min. Pubbl. Istruz., *Boll. uff.*, 1908, I, p. 583 ss.

(39) Così CARNELUTTI, *Federico Cammeo nella storia della scienza*, cit., p. 10. Da notare che, mentre insegnava commerciale, Cammeo pubblicò, in edizione litografata, delle *Lezioni di diritto commerciale*, 1907.

(40) Cfr. CAMMEO, *Lezioni di procedura civile*, raccolte dagli studenti Elio Lovadini Fabiani e Nino Costantini-Bonanni, (Padova, lit., 1910), Padova, rist. 1992; CHIOVENDA,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nel 1911, Alfredo Rocco, nel fare il punto della situazione a cinquant'anni dall'Unità d'Italia, stilò una specie di classifica dei più grandi processualisti italiani viventi: pose al primo posto Mortara e poi, nell'ordine, Castellari, Chiovenda, Cammeo e Menestrina (41).

Nello stesso 1911, mentre i rapporti tra Mortara e Lessona s'infrangevano *coram populo* (42), Cammeo, come già ricordato, fu chiamato alla cattedra di procedura di Bologna, ove quattro anni dopo, nel 1915, poté finalmente tornare ad insegnare Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione.

Insegnava ancora procedura a Bologna, quando, a giugno del 1914, la Facoltà patavina decise di coprire con un concorso quella ch'era stata la sua cattedra.

Il concorso era destinato ad avere una grande importanza nella storia della procedura civile italiana: alla cattedra di Padova, infatti, si ritrovarono ad essere interessati sia Carnelutti, allievo di Polacco (43), sia Calamandrei, allievo di Lessona, i due grandi « amici » della procedura civile italiana. È perciò opportuno approfondire.

Dello svolgimento del concorso abbiamo, oltre gli atti ufficiali, delle notizie piuttosto interessanti, dateci in parte da Calamandrei e in parte da Carnelutti.

Calamandrei, nel 1949, trovò il modo di raccontarci che nel 1914, mentre era « barricato tra cataste di vecchi trattati di diritto comune, si sentì chiamare al telefono. Una voce secca e metallica disse: — Parla Cammeo » (44). Ebbene, secondo Calamandrei, Cam-

---

Lezioni di diritto amministrativo, redatte dal dott. Riccardo Ventura, (Roma, lit., 1910), Milano, rist. 1991.

(41) Cfr. Rocco, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 303.

(42) V. la furibonda stroncatura di (Mortara), *Recensione* a Garsonnet, *Trattato*, tradotto da Lessona, in *Giur. it.*, 1911, IV, c. 144.

(43) Nei miei precedenti saggi sulle vicende della processualistica italiana ho sempre affermato che Carnelutti, come commercialista, era allievo di Sraffa. Ma, alla luce di quel ch'egli sostiene proprio nel saggio su *Federico Cammeo nella storia della scienza*, cit., p. 9, ove afferma di avere avuto un maestro, Polacco, e due amici, Sraffa e Cammeo, mi correggerei: il maestro (in senso molto lato) di Carnelutti fu il civilista Vittorio Polacco (al quale egli dedicò *La prova civile*, Roma, 1915). Il che significa che Carnelutti non ebbe maestri neppure come commercialista. (Sia detto tra parentesi: Cammeo non ha mai scritto un rigo sulla « Processuale »).

(44) Calamandrei, *Federico Cammeo*, cit., p. 291 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

meo, che neppure lo conosceva, gli avrebbe telefonato per sapere, non si sa bene a qual fine, se intendeva partecipare al concorso di Padova, del quale lui, Calamandrei, nulla sapeva (45)!

Di fronte a sì inverosimile telefonata (forse interurbana) dell'autorevole prof. Cammeo all'ignaro e giovanissimo (25 anni) dott. Calamandrei, m'era parso di poterne dedurre che Calamandrei aveva ritenuto di richiamare la nostra attenzione su quel concorso e che probabilmente il concorso (vinto, come ognun sa e come si sta per dire, da Carnelutti) era stato chiesto per lui (46).

La deduzione trova secondo me conferma in quel che ci ha raccontato Carnelutti: di recente, infatti, ho avuto modo di apprendere che nel 1960, quando Calamandrei era scomparso da quattro anni, Carnelutti, parlando a Firenze (Carnelutti, finché c'è stato Calamandrei, deve aver messo piede a Firenze solo come turista...), ebbe anche lui modo di dirci la sua sul concorso che lo portò sulla cattedra di Padova. Si tratta di una versione che contrasta solo in apparenza con quella di Calamandrei e che ci consente di avere idee ancor più chiare su quel che accadde nel 1914.

La versione di Carnelutti è questa. Nel luglio del 1914, e cioè poco dopo il bando del concorso di Padova, mentre era straordinario di commerciale a Catania, egli, nel tornare a casa, a Venezia, dalla lontana Sicilia, si fermò a Bologna per far visita al suo amico Cammeo, al quale confidò le sue pene per la cattedra tanto lontana da casa e le sue preoccupazioni per le scarse possibilità di un trasferimento al nord. Ebbene, Cammeo, per tutta risposta, gli « consigliò energicamente il concorso padovano » di procedura. Carnelutti, naturalmente, si schermì opponendogli la propria « ignoranza di diritto processuale », ma Cammeo insisté: « Parigi val bene una messa. Scrivi un libro » (47)!

Fu così che « in tre mesi » (48) (!) Francesco Carnelutti scrisse quel capolavoro che è *La prova civile*, di recente non a caso

---

(45) V. ancora CALAMANDREI, *op. loc. ult. cit.*

(46) V. il mio *Storie di processualisti*, cit., p. 186 in nota. La relazione finale del concorso leggesi in Min. Pubbl. Istruz., *Boll. uff.*, 30 settembre 1915, n. 39, p. 2879 ss.

(47) CARNELUTTI, *Federico Cammeo nella storia della scienza*, cit., p. 18, che non pubblicò nella « Processuale » quel suo importante saggio, rimasto sconosciuto ai più.

(48) Lo ricorda lo stesso CARNELUTTI, *op. loc. ult. cit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ristampato (49), che ad aprile 1915 gli valse la palma del vincitore nel concorso per la cattedra di Padova, ove prevalse sul giovane (ma, come processualista, più anziano!...) Calamandrei: la Commissione era presieduta da Lessona e composta da Rocco, Cammeo, Chiovenda e Messina (50).

Ne dedurrei che, stante la « confessione » di Carnelutti, possiamo considerar certo che il concorso di Padova non fu chiesto per lui. E possiamo considerare ancor più probabile di quanto già non lo fosse che quel concorso fu chiesto per Calamandrei: a quanto pare, Carnelutti si ritrovò a parteciparvi e a vincerlo per volontà di Cammeo (che evidentemente, forse perché legatissimo a Mortara, non doveva essere in troppo buoni rapporti con Lessona e la sua scuola). Il che col senno di poi significa che Cammeo, forse non del tutto involontariamente (egli non poteva certo immaginare che Carnelutti sarebbe rimasto a procedura), segnò il destino della procedura civile italiana: ognuno infatti comprende che, se Carnelutti fosse rimasto al commerciale, il *dominus* della procedura civile italiana sarebbe stato, non foss'altro che per mancanza di concorrenti, Calamandrei.

5. *Ancora accanto a Mortara: la vittoria su Chiovenda e sull'oralità.*

Chiusa la parentesi sul concorso di Padova, deve ora dirsi che la commissione giudicatrice di quel concorso ebbe pure a pronunciarsi sulla domanda di promozione ad ordinario a Parma di Redenti: il responso porta la data del 15 aprile 1915 e fu positivo (51). Ciò significa che Cammeo recitò un grande ruolo anche nella vita di Enrico Redenti, suo successore sulla cattedra di procedura di Bologna.

Nello stesso 1914-15 fu presa l'iniziativa per le onoranze a Simoncelli (52), divenuto titolare di civile a Roma, genero di Scialoja e, come abbiamo visto, sua *longa manus* nell'« invasione » nella procedura civile italiana. Anche questa volta si trattava di un'inizia-

(49) Cfr. CARNELUTTI, *La prova civile*, Milano, rist. 1992, con prefazione di DENTI.

(50) V. il mio *Storie di processualisti*, cit., p. 186 ss.

(51) Cfr. Min. Pubbl. Istruz., *Boll. uff.*, 23 settembre 1915, n. 38, p. 2791.

(52) Che uscirono due anni dopo: v. *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1917.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tiva piuttosto precoce, ché anche Simoncelli era ancora al venticinquesimo anno d'insegnamento. Sta di fatto che Mortara, divenuto nel frattempo Primo Presidente della Cassazione di Roma, Lessona, Cammeo e Calamandrei non vi aderirono, senza preoccuparsi, questa volta, di salvare almeno le apparenze.

A settembre del 1917, ossia alla vigilia della disfatta di Caporetto e quando la conclusione della guerra era ancora di là da venire, Vittorio Scialoja, ministro senza portafoglio nel governo Boselli, riuscì a fare istituire « una commissione per l'esame e la proposta dei provvedimenti relativi al passaggio dallo stato di guerra a quello di pace, e al tempo successivo alla stipulazione della pace » (d.lg. 16 settembre 1917, n. 1529) (53). La commissione avrebbe dovuto essere presieduta dallo stesso Scialoja (art. 2, 3° comma, del citato d.lg.), ma la caduta del governo e fors'anche le vicende della guerra impedirono alla Commissione di espletare il suo mandato.

Scialoja non si dette per vinto e, a marzo del 1918, col governo Orlando, riuscì ad avere partita vinta: la commissione, sia pure con finalità parzialmente diverse, fu nuovamente istituita (d.lg. 21 marzo 1918, n. 361), ma, benché dovesse occuparsi di tutti i problemi italiani (54) e benché fosse formata da ben seicento esperti (un altro record mondiale...) (55), non vi trovarono posto né Mortara, né Cammeo.

Nello stesso 1918, subito dopo la fine della guerra, fu istituita una Commissione più ristretta, quella sulle violazioni dei diritti delle genti commesse dal nemico. A presiederla fu chiamato Mortara (56), con al suo fianco Cammeo, che scrisse parte della relazione finale (57).

---

(53) In *Gazz. uff.*, 1° ottobre 1917, n. 231, e in *Lex*, 1917, n. 10, p. 1109.

(54) V. il mio *Storie di processualisti*, cit., p. 192 ss.

(55) V. ancora l'*op. ult. cit.*, p. 194 s.

(56) Cfr. G. MORTARA, *Appunti biografici su Lodovico Mortara*, (1955), in *Quaderni fiorentini*, 19, 1990, p. 112 s., che conosceva benissimo Cammeo (v. *infra* il § 6), ma che ciò nonostante si limita a ricordare che il padre, in quella commissione, ebbe per valido collaboratore Asquini. Possiamo perciò esser certi che Mortara e Cammeo finirono col litigare. Purtroppo, però, non sappiamo né quando, né perché: v. comunque *infra* ancora il § 6.

(57) V. CAMMEO, *Il regime della proprietà mobiliare nelle province invase durante*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A fine giugno 1919, col governo Nitti, Mortara divenne guardasigilli. Le conseguenze non si fecero attendere: con r.d. 14 settembre 1919, n. 1735, la maxicommissione presieduta da Scialoja fu sciolta (58); nella sottocommissione delle riparazioni alla Conferenza della pace fu inserito, come « esperto », Cammeo (59). I due, quindi, ancora nel 1918-19, si muovevano all'unisono.

Nel 1923, all'indomani dell'epurazione di Mortara dalla prima presidenza della Cassazione, il discorso inaugurale dell'anno accademico 1923-24 presso l'Università di Bologna fu tenuto da Cammeo, che scelse un tema quant'altri mai significativo, l'equità nel diritto amministrativo (60), battendosi ancora una volta contro gli abusi del potere esecutivo (che da un anno era tenuto, nel modo che oggi tutti sappiamo, da Mussolini).

Nel 1924, Firenze, appena privata della Cassazione, ebbe, quasi a mo' di compensazione, l'Università: Cammeo, col più giovane Calamandrei, fu tra i fondatori della Facoltà giuridica, della quale sarebbe stato preside dal 1935 al 1938.

Nello stesso 1924, a giugno, Mortara, prevalendo su Chiovenda, ottenne la presidenza della Sottocommissione C della Commissione reale per la riforma dei codici, che aveva l'ambitissimo compito di redigere il testo del nuovo codice di procedura civile. Al suo fianco vi era, ancora una volta, Cammeo (61), che pur non insegnava procedura da nove anni (62).

---

l'occupazione austriaca, in *Relazione della Commissione reale sulla violazione del diritto delle genti commessa dal nemico*, citata in *Studi in onore di Federico Cammeo*, cit., I, p. XXXIV.

(58) Ma l'VIII e la IX Sezione della I Sottocommissione rimasero in vita (il presidente dell'VIII Sezione era Chiovenda): furono unificate, costituite in commissione autonoma e poste sotto la presidenza di Scialoja (v. l'art. 1 del r.d. 14 settembre 1919, n. 1735). Non so dire che fine abbia fatto questa nuova commissione.

(59) Cfr. JEMOLO, *Commemorazione del corrispondente Federico Cammeo*, cit., p. 130, in nota.

(60) Cfr. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, in *Annuario Univ. Bologna*, 1923-24, Bologna, 1924, p. 17 ss.

(61) Cfr. COMMISSIONE REALE PER LA RIFORMA DEI CODICI. SOTTOCOMMISSIONE C, *Codice di procedura civile. Progetto*, Roma, 1926, p. XI.

(62) Da notare che Cammeo, ancor dopo avere lasciato l'insegnamento della procedura, veniva votato dai colleghi ai fini della formazione delle varie commissioni per i concorsi di procedura: per es., nelle votazioni del 17 dicembre 1919 e 20 febbraio 1920

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nulla sappiamo del comportamento di Cammeo in quella Sottocommissione, ma, se consideriamo ch'egli fu inserito da Mortara nel comitato ristretto che segnò la definitiva sconfitta di Chiovenda e dell'oralità (63), possiamo ben immaginarlo: Cammeo fu sicuramente tra coloro che si schierarono con Mortara e contro Chiovenda. Egli, quindi, nel biennio 1924-26, fu tra i massimi protagonisti di uno dei momenti più importanti della storia della procedura civile italiana.

6. *Contro Mortara: dalle onoranze a Chiovenda alle onoranze a Cammeo.*

Con la misteriosa conclusione dei lavori della Sottocommissione C e con la « commovente cerimonia » delle onoranze a Chiovenda (64) (anche lui onorato nel giubileo...), le cose dovettero cambiare.

Cammeo non fu tra i promotori delle onoranze a Chiovenda, ma partecipò all'iniziativa con un saggio (65): egli, quindi, io direi, continuava a muoversi all'unisono con Mortara, che non a caso in quell'occasione si limitò a scrivere una « nobile lettera » (66).

Sennonché, con la pubblicazione del volume delle onoranze, ci si dovette rendere conto che la lettera di Mortara non era propriamente « nobile ». Non sappiamo che cosa sia di preciso accaduto, ma abbiamo qualche fatto e qualche data su cui lavorare e il senno di poi su cui contare. In particolare:

a) nel 1929 Calamandrei, nel recensire il volume delle onoranze a Chiovenda, presentò Cammeo come un precursore e un collaboratore di Chiovenda (67) (!);

---

egli risultò il sesto degli eletti, dopo Chiovenda, Redenti, Castellari, Carnelutti e Zanzucchi, e prima di Bruschettini, La Rosa, Calamandrei e Diana (v. Min. Pubbl. Istruz., *Boll. uff.*, 13 maggio 1920, n. 20, p. 721).

(63) Per più ampi ragguagli v. il mio *Storie di processualisti*, cit., pp. 268 e 513.

(64) Cfr. (Carnelutti), *Onoranze a Giuseppe Chiovenda*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, I, p. 260, e il mio *Storie di processualisti*, cit., cap. XI.

(65) Cfr. Cammeo, *Le azioni dichiarative nel diritto inglese e nord-americano*, in *Studi in onore di Chiovenda*, cit., p. 173 ss.

(66) Così (Carnelutti), *Onoranze*, cit., p. 260.

(67) Così Calamandrei, *Recensione* agli *Studi in onore di Chiovenda*, cit., p. 93.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

b) nel luglio del 1930 Cammeo fu nominato socio corrispondente dell'Accademia dei Lincei (68), della quale era presidente dal 1926 Vittorio Scialoja (69): *ergo*, qualche cosa aveva spinto Cammeo nelle braccia dell'avversario storico del suo maestro;

c) l'11 febbraio 1932 Cammeo licenziò per le stampe una vasta monografia (479 pp.) sull'*Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, dedicandola all'avv. Francesco Pacelli e non trovando mai il modo e l'occasione di citare il suo illustre maestro Mortara: il cui nome non compare neppure nelle pagine sull'ordinamento giudiziario dello Stato della Città del Vaticano (70)!

Ne possiamo dedurre (*post hoc propter hoc*...) che, a seguito della inverosimile vicenda delle onoranze a Chiovenda, i rapporti tra Mortara e Cammeo, tra la fine degli anni Venti e l'inizio degli anni Trenta, ebbero una brusca svolta: i due continuavano a mandare avanti assieme la *Giur. it.*, ma lo spirito non doveva più essere quello di una volta.

A riprova sta la eloquentissima vicenda delle onoranze a Cammeo. Non sappiamo bene quando e da chi fu presa l'iniziativa, ma sappiamo che a febbraio del 1932 Mortara, nella ricorrenza del quarantesimo anno di collaborazione di Cammeo alla *Giur. it.* (che era pure il quarantesimo anno della sua direzione...), pubblicò una affettuosa (troppo affettuosa...) pagina « In onore del prof. Federico Cammeo », spingendosi fino ad elencare per otto lunghe colonne tutte « le note e le monografie del professore Federico Cammeo inserite nella "Giurisprudenza italiana" dal 1892 al gennaio 1932 » (71).

Le ragioni della strana onoranza resa a Cammeo dal suo ben più anziano e più autorevole maestro (che non era stato ancora onorato e non lo sarebbe mai stato...), dovettero apparire evidenti l'anno dopo, 1933, quando furono pubblicati gli scritti in onore di Cammeo, meno precoci di quelli per Chiovenda, ma non per questo

---

(68) Cfr. JEMOLO, *Commemorazione del corrispondente Federico Cammeo*, cit., p. 132.

(69) Cfr. *Notizie biografiche* di Vittorio Scialoja, in *Bull. Ist. dir. rom.*, 1934, p. 23. E v. anche TROMPEO, *Vittorio Scialoja*, Roma, 1939, p. 13.

(70) Cfr. CAMMEO, *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, Firenze, 1932, p. 145 ss., su cui v. l'entusiastica recensione di CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, p. 312 s.

(71) Cfr. (MORTARA), *In onore del prof. Federico Cammeo*, cit., c. 33 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

meno sorprendenti, a tacer d'altro perché si aprivano con ben quattro lettere (ancora un record mondiale...), la prima delle quali portava la firma di, *incredibile dictu*, Vittorio Scialoja, che si diceva lieto di avere apprezzato Cammeo sin dai tempi della laurea (72) (*qui vult capere, capiat*...).

Non credo di sbagliarmi se dico che le onoranze a Cammeo, che segnarono la condanna ufficiale di Mortara (73), furono il *pendant* delle onoranze a Chiovenda: un *pendant* che l'onorato consentì e accettò. Non sorprende, quindi, che Mortara si sia guardato bene dall'aderire alle onoranze per Cammeo ed abbia accuratamente evitato di degnare di uno sguardo i due volumi di scritti gratulatori, che infatti non furono neppure segnalati dalla sua *Giur. it.* E tanto meno sorprende che Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Giorgio Mortara, figlio di Lodovico, aderirono sì all'iniziativa (74), ma in vario modo: mentre Carnelutti e Calamandrei vi parteciparono con un saggio, Chiovenda e Giorgio Mortara si fermarono alla mera adesione. Poco dopo, però, Chiovenda (quando aveva ormai constatato l'assenza di Mortara) pubblicò un articolo scusandosi per non aver fatto in tempo a partecipare all'iniziativa e assicurando che a Cammeo dovevano « un omaggio particolare i seguaci della nuova scuola processuale per l'autorevole consenso ch'Egli ha dato fra i primi alle sue dottrine, avvalorandone i risultati con acute illustrazioni e con applicazioni geniali » (75): dal saggio, però, si apprende

---

(72) Cfr. SCIALOJA, *Federico Cammeo*, in *Studi in onore di Cammeo*, cit., I, p. XV. Gli autori delle altre lettere furono Philip C. Jessup (della Columbia University), il rettore di Firenze, Bindo De Vecchi, e il presidente del Consiglio dell'ordine degli avvocati di Firenze, Serragli. Se si considera che Mortara e Scialoja erano avversari storici, tanto che si lasciavano andare a pubbliche litigate (v. FERRERI, *Ricordi di un vecchio avvocato romano*, Roma, 1942, p. 194 ss.; e il mio *Il primo presidente Mortara e i « due illustri rissanti »*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 12 ss.); e se si tiene presente che, mentre le onoranze a Chiovenda, allievo di Scialoja, furono presentate da Mortara, quelle a Cammeo, allievo di Mortara, furono presentate da Scialoja, si comprenderà che i nostri Padri avevano in alto grado il senso dell'*humor*.

(73) In quel 1933 furono pubblicati anche gli studi in onore di d'Amelio, successore di Mortara alla prima presidenza della Cassazione. Cioè a dire, furono onorati l'allievo e il successore di Mortara, ma non Mortara!

(74) V. gli *Studi in onore di Federico Cammeo*, cit., I, pp. VIII e X.

(75) CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1933, p. 3, in nota.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che Cammeo, almeno in tema di giudicato e preclusione, aveva opinioni « sostanzialmente errate » (76).

Se ne può arguire che Cammeo, dopo essere stato per trentacinque anni un fedelissimo di Mortara, di fronte, si direbbe, agli eventi del 1926-27, si schierò anche lui con Calamandrei e contro Mortara e Carnelutti. Infatti, negli anni Trenta Cammeo ostentò la più assoluta noncuranza per il suo ormai non più amato maestro (77), alla cui morte, nel 1937, non profferì verbo: egli, evidentemente, sapeva bene che il libro di Mortara era stato « violentemente sopraffatto e chiuso » (78), e trovava giusto che non lo si riaprisse.

7. *I vezzi di Federico Cammeo, le sue idee politiche e la sua triste scomparsa.*

Per completare il ritratto di Federico Cammeo, resta da ricordare che fu avvocato sommo, non a caso delegato per l'Italia nel 1918 alla Conferenza della associazione del foro americano (79), e da dire delle sue caratteristiche e dei suoi vezzi.

Calamandrei ce lo ha descritto così: *a)* « poteva parere superbo »; *b)* aveva « una voce secca e metallica »; *c)* era « buono, disinteressato, generoso e quasi prodigo (di denaro, e più di intelligenza e di lavoro gratuito) »; *d)* « uno dei suoi passatempi preferiti era l'attenta lettura della *Gazzetta Ufficiale* », ma il suo ingegno fu « universale », anche se egli soleva dire che, al di fuori dell'amministrativo, « era un ignorante »; *e)* non fu un buon oratore e, anzi, aveva la « conversazione dimessa e discontinua » (« Lo sapete, io non so parlare »), ma, « quando nell'aula delle Sezioni unite si udiva la voce acuta e scattante di Cammeo, giudici e avvocati trattenevano davvero il respiro per non perdere una parola »; *f)* in

(76) Così CHIOVENDA, *op. ult. cit.*, p. 46.

(77) V., spec. CAMMEO, *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, cit., *passim*, e, tra i suoi ultimissimi scritti, spec. *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato e della G.P.A.*, in *Giur. it.*, 1937, III, c. 65 ss.

(78) Così SATTA, *Attualità di Lodovico Mortara*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, p. 460.

(79) Cfr. JEMOLO, *Commemorazione del corrispondente Federico Cammeo*, cit., p. 130, in nota.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

treno, « cominciava a parlare a Firenze e continuava senza risparmiarsi fino a Roma »: e non faceva che parlare delle sue cause; *g)* fumava in continuazione « micidiali sigarette » (80).

Viceversa, Carnelutti, che lo ebbe strenuo avversario nel celeberrimo processo dello smemorato di Collegno, che rappresentò uno dei più grandi trionfi professionali di Federico Cammeo (81), ce lo ha descritto così: « piccolo, magro, guizzante, con un profilo aguzzo, occhi vivacissimi e un fare leggermente scanzonato, aveva piuttosto l'aria d'uno studente che di un professore », ma « *honni soit qui mal y pense*, non aveva vocazione per alcuna forma di castità » (82)!

Infine, quanto alle idee politiche, Cammeo, « liberale per coscienza e per formazione culturale, non fu antifascista » (83). Il che significa che fu (spero che almeno oggi lo si possa dire) fascista. Nel 1938, però, in quello che sarebbe stato l'ultimo saggio da lui pubblicato in vita, mostrò di aver capito che « il Partito Nazionale Fascista, istituto ausiliario dello Stato, da esso organizzato e riconosciuto, la cui attività non sembra, per ora, giuridicamente rilevante » (84), non era un normale partito. Ormai, però, era troppo tardi: le infami leggi razziali, che furono e restano la pagina più oscura dell'Italia di questo nostro modernissimo XX secolo, lo privarono della cattedra, gli inibirono le aule giudiziarie e, quasi fossimo ancora nel c.d. medio evo, gl'impedirono persino di scrivere, tanto che il suo ultimo saggio apparve postumo, nel 1947 (85).

Il dolore per sì inimmaginabile sventura fu più grande di lui: ne

---

(80) Son tutte affermazioni di CALAMANDREI, *Federico Cammeo*, cit., p. 291 ss.

(81) Lo ricordano, senza menzionare Carnelutti, sia JEMOLO, *Commemorazione del corrispondente Federico Cammeo*, cit., p. 131, sia CALAMANDREI, *Federico Cammeo*, cit., p. 295, che scrive: « nel processo per lo sconosciuto di Collegno, in cui il suo discorso dimesso si trovò in lizza colla grande oratoria, il trionfo non fu dalla parte della grande oratoria ».

(82) CARNELUTTI, *Federico Cammeo nella storia della scienza*, cit., pp. 10 e 12.

(83) Così, nel 1949, CALAMANDREI, *Federico Cammeo*, cit., p. 297, che in quegli anni fu l'unico a ricordare che il maestro di Cammeo era stato Mortara. In precedenza lo aveva ricordato FORTI, *Federico Cammeo*, cit., p. 301.

(84) Così CAMMEO, *Il licenziamento dei dipendenti privati coprenti cariche sindacali*, in *Giur. it.*, 1938, III, c. 5.

(85) Cfr. CAMMEO, *Società commerciale ed ente pubblico*, cit., che avrebbe voluto destinare il saggio agli *Studi in onore di Santi Romano*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

morì poco dopo di crepacuore, il 17 marzo 1939 (86). Volle essere sepolto (come il suo maestro) in un cimitero israelitico (87), ma, per via delle leggi razziali, ben pochi si azzardarono ad accompagnare la sua salma verso il camposanto (88). Quasi non bastasse, non si potette pronunciar verbo, né tanto meno scrivere qualche rigo per ricordarne la scomparsa: a Firenze fu stampato, a cura, sembra, di Calamandrei, un opuscoletto con la biografia e l'elenco delle opere (89); Carnelutti, onde evitare che gli sopprimessero la « Processuale », rinunciò a ricordarlo sulla *Rivista*, ove il necrologio apparve solo nel 1946 (90); Silvio Lessona lo commemorerà nel 1947 (91); ai Lincei lo commemorarono solo nel 1948 (92); Calamandrei, infine, gli dedicò un lungo saggio nel 1949, nel decennale della scomparsa (93).

---

(86) La morte evitò a Federico Cammeo di assistere alle altre tragedie che colpirono la sua famiglia: il figlio Cesare (del quale v. *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1937) si suicidò nel 1941 (v. CALAMANDREI, *Diario 1939-1945*, a cura di Agosti, I, Firenze, 1982, p. 302); nel maggio del 1944 la moglie, la figlia Maria e la cognata Lina Levi furono deportate ad Auschwitz, donde non sono più tornate. La signora Elisa Cammeo Manci, unica figlia superstite del Nostro, mi ha riferito ch'ella, di fronte alla deportazione della madre, della sorella e della zia, si rivolse al Papa, che le fece sapere di essere nella impossibilità di aiutare le sue congiunte.

(87) Lo riferisce JEMOLO, *Commemorazione del corrispondente Federico Cammeo*, cit., p. 132.

(88) Cfr. CALAMANDREI, *Federico Cammeo*, cit., p. 298.

(89) L'opuscolo, *In memoria di Federico Cammeo*, cit., è anonimo, ma viene attribuito a Calamandrei da MONDOLFO-CAPPELLETTI-CORDIE, *Bibliografia di Piero Calamandrei*, in CALAMANDREI, *Opere*, cit., X, p. 635. Da notare che nell'opuscolo viene ricordato il necrologio di Cammeo apparso in *Riv. dir. pubbl.*, 1939, I, p. 279.

(90) Alla morte di Cammeo, Carnelutti avrebbe voluto commemorarlo sulla « Processuale », ma, temendo il peggio, ne parlò con Farinacci, suo vecchio amico, il quale gli disse: « se tu pubblicherai quel necrologio, ti darò un bacio, perché dimostrerai di essere un uomo di coraggio; però non venire poi a lamentarti con me se la "Rivista" sarà soppressa ». Lo riferisce, in data 20 aprile 1939, CALAMANDREI, *Diario*, cit., I, p. 21, il quale aggiunge: « naturalmente Carnelutti non pubblicherà il necrologio, quantunque sia facilmente comprensibile che il premio di un bacio di Farinacci lo attirerebbe molto ». Nulla so del bacio, ma posso confermare che Carnelutti pubblicò il necrologio solo nel 1946, nel primo numero uscito dopo la guerra (v. CARNELUTTI, *Federico Cammeo*, cit., p. 62). È però il caso di aggiungere che Cammeo fu regolarmente commemorato dalla *Riv. dir. pubbl.*, 1939, I, p. 279, che non fu soppressa.

(91) Cfr. S. LESSONA, *L'opera di Federico Cammeo*, cit.

(92) Cfr. JEMOLO, *Commemorazione del corrispondente Federico Cammeo*, cit.

(93) Cfr. CALAMANDREI, *Federico Cammeo*, cit., del quale v. anche il breve cenno

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

8. *Le* Lezioni di procedura civile.

Ricordate la figura e la vita di Federico Cammeo, e illustrati i suoi rapporti con la procedura e i processualisti, possiamo ora soffermarci sulla sua principale opera di procedura, le *Lezioni di procedura civile*, che sono state di recente meritoriamente ristampate a cura di Alberto Trabucchi (94).

Le *Lezioni* risalgono all'anno accademico 1909-10, ossia al periodo più inesplorato della nostra storia, quello nel quale, secondo la nostra storiografia ufficiale, si era già nel tempo di Chiovenda: da questo punto di vista, esse, nella misura in cui ci aiutano a capire come stavano a quell'epoca le cose a livello scientifico e accademico, sono già per questo estremamente preziose.

Nell'accostarci al libro, va anzitutto notato che Cammeo non usa la stampa, ma la litografia e consente che le *Lezioni* siano redatte da due suoi studenti (95). Ciò significa che l'autore preferisce non

---

fatto a Cammeo in *Giulio Paoli*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, I, p. 202 ss. (apparso nel 1945). Peraltro, nel senso che Calamandrei avrebbe dedicato a Cammeo « un commosso e coraggioso ricordo sulla "Rivista di diritto processuale civile" », GALANTE GARRONE, *Introduzione*, in CALAMANDREI, *Diario*, cit., I, p. CXVI.

Da segnalare, in epoca successiva, le affettuose e commosse parole di CARNELUTTI, *Recensione* a Cammeo, *Corso*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 462, e la commemorazione tenuta a Firenze il 12 dicembre 1960 dallo stesso CARNELUTTI, *Federico Cammeo nella storia della scienza*, cit. Più di recente, per un ampio esame della personalità e delle opere di Cammeo, GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., p. 129 ss.

(94) Si tratta delle lezioni dell'anno accademico 1909-10, le uniche, di procedura civile, che siano segnalate nell'elenco delle opere di Cammeo apparso in *Studi in onore di Cammeo*, cit., I, p. XXXI (elenco verosimilmente approntato dallo stesso Cammeo). Viceversa, in *In memoria di Federico Cammeo*, cit., p. 7, si legge che il Nostro avrebbe pubblicato, sempre in edizione litografata, molte altre *Lezioni di procedura civile*: nel 1909 e, in tre volumi, nel 1910 a Padova; nel 1912, nel 1913 e nel 1914 a Bologna. Di tali opere non ho altre notizie.

(95) La vicenda di Cammeo e delle sue *Lezioni di procedura civile* è più che illuminante al fine di capire quella, per molti aspetti parallela, di Carnelutti. Invero, all'inizio del secolo era del tutto normale che i professori universitari, pur di avvicinarsi a casa, si adattassero a insegnare altre materie. La trasmigrazione, però, non si risolveva mai in un'invasione, oltre tutto perché gl'interessati restavano legati alla propria materia d'origine: non a caso, essi, pur quando osavano scrivere delle lezioni sulla nuova materia, usavano quasi sempre la litografia. Quindi, non sorprende che Cammeo e Carnelutti siano passati, il primo dall'amministrativo di Cagliari, il secondo dal commerciale di Catania, alla procedura di Padova. E neppure sorprende che sia Cammeo sia Carnelutti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

impegnarsi più del necessario a livello scientifico: non certo, ovviamente, per incapacità, bensì, mi pare evidente, per conservare intatta la propria identità di amministrativista e per non invadere oltre misura il campo altrui. Egli, insomma, tiene a far capire che la procedura è una sua « non materia », che la insegna solo per necessità di cose, per passare dalla lontana Cagliari a Padova, e in attesa di tornare alla sua disciplina prediletta, che è e resta l'amministativo. Il che, peraltro, non gl'impedisce d'insegnare da par suo la procedura.

Quanto al contenuto, le *Lezioni* di Cammeo si fermano, come i *Principii* di Chiovenda, alla cognizione (96) e consentono subito al lettore di capire che il loro autore, nell'insegnar procedura, non perde, né tanto meno smentisce le sue caratteristiche: cimentarsi sui temi più ardui « senza ostentazioni e senza clamori », seppellendo « sotto una cortina di espedienti tecnici » la sua « filosofia politica, tutta proiettata in un progetto coraggioso » (97).

Gli è che Cammeo non aveva verità da rivelare, né ricette infallibili da propagandare, ma solo riflessioni da prospettare e un ideale da perseguire, quello della tutela dei diritti del cittadino nello Stato libero. Egli, un borghese individualista e garantista, aveva appreso « da Lodovico Mortara il valore dell'umiltà nel laborioso sacrificio esegetico » (98) e preferiva restar fedele al metodo del suo

---

abbiano pubblicato delle lezioni di procedura usando la litografia. Sennonché, mentre Cammeo le fece redigere da due suoi studenti (il che implica il massimo del distacco formale da una materia che pur interessa: se non interessasse, non si pubblicherebbe alcunché), Carnelutti, nel 1919, le scrisse in prima persona. Ecco, voglio dire che sarebbe interessante sapere quando e perché Carnelutti decise di rinunciare definitivamente al commerciale e di diventare a tutti gli effetti un processualista. La mia impressione è che nella sua decisione abbia avuto un rilievo preponderante la prospettiva di una rivista, che nel commerciale era esclusa: v. il mio *Le peripezie di Carlo Lessona*, cit., p. 772.

(96) Credo sia pressoché inevitabile leggere il libro di Cammeo pensando ai *Principii* di Chiovenda, che sono, a ben vedere, l'unico manuale di quei tempi che noi conosciamo a fondo. Si tenga però presente che nel 1909-10 dovevano essere noti, tra gli altri, anche i seguenti manuali: MATTIROLO, *Istituzioni di diritto giudiziario civile italiano*[2], Torino, 1899; MORTARA, *Manuale della procedura civile*[3], 2 voll., Torino, 1910; LESSONA, *Manuale di procedura civile*[3], Milano, 1906.

(97) Così GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., p. 133.

(98) Così, sulla scia della « confessione » di Mortara (v. *supra*, nt. 6), GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., p. 134, che pur riconosce che Cammeo « si libra molto in alto nel cielo ardito delle maestose costruzioni sistematiche » (ivi, in nota) e « sceglie la strada più

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

maestro, che poi, a veder bene, non era tanto « esegetico » come ci han detto che fosse.

Cammeo, infatti, è con tutta evidenza uno studioso di razza, un giurista classico, un amministrativista che, nell'insegnar procedura, si muove nel solco della nostra migliore tradizione, quella, luminosissima, dei Pescatore, dei Pisanelli, dei Mattirolo e dei Mortara, esprimendosi sempre con la massima chiarezza, senza mai ricorrere a formule astruse e senza mai pretendere di predicare il « Verbo ». Per esempio, secondo Cammeo il processo sarebbe informato ad « un'idea », che è modestamente questa: « dovendo il processo durare un certo tempo, l'attore non sia pregiudicato da tale durata e possa conseguire quanto avrebbe conseguito al tempo della citazione » (p. 155). Non solo, ma egli tiene a precisare che quell'« idea », per la quale « la sentenza retrotrae i suoi effetti alla data della citazione » è piuttosto antica (p. 156) e « soffre, per economia dei giudizi, alcune eccezioni », una delle quali, « universalmente ammessa », si ha, come insegnava Mortara, in presenza di una *causa superveniens* (p. 160). *Qui vult capere, capiat*.

Quanto alla posizione (diciamo così) accademica dell'autore, è sufficiente sfogliar le *Lezioni* per rendersi conto della situazione. Gli autori più citati sono Mortara (pp. 130, 146, 160, 260, 385) e Chiovenda (pp. 5, 57, 62, 171, 217, 279, 446, 617). Il grande Mattirolo (che era scomparso nel 1904) è menzionato una sola volta (p. 6), per ricordare che preferiva chiamare « diritto giudiziario » la procedura civile; Cesareo-Consolo, Castellari, Rocco sono ignorati; Lessona (che a quell'epoca aveva già rotto i ponti con Mortara e, ad onta della sconfitta nel concorso di Napoli, era pur sempre il più fecondo processualista italiano in cattedra) è citato una sola volta (p. 187), ma non sulle prove, al cui proposito viene invece citato Chiovenda (p. 617) (!), bensì a proposito della rilevabilità *ex officio* dell'*exceptio iudicati*: Cammeo ricorda che i più ritengono non rilevabile d'ufficio quell'eccezione e precisa che la tesi era contestata da Chiovenda e Lessona. In realtà, chi l'aveva contestata per primo era stato Lessona (99), ma Cammeo preferisce attenersi all'ordine alfabetico.

---

coraggiosa, più appagante, ma anche più ardua per un giurista: quella di una "dogmatica" elaborata con fantasia e forza speculativa » (p. 140).

(99) Cfr. LESSONA, *Carattere della eccezione di cosa giudicata*, in *Foro it.*, 1904, I, c.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ne possiamo dedurre che nel 1910, quando l'invasione dei germanisti e l'ascesa del giovanissimo Chiovenda sulla cattedra di Roma erano ormai un fatto compiuto, mentre l'*ex* mortariano Lessona si mostrava impermeabile al verbo chiovendiano, tanto che si accingeva a tradurre il francese Garsonnet (100), il mortariano Cammeo, che non aveva esitato a tradurre il tedesco Crome (101), non aveva difficoltà a dialogare con Chiovenda e a riferirne, talora adesivamente talaltra no, il pensiero. Ciò sembra significare che nel 1910 Mortara e la sua scuola fossero irrimediabilmente contro Lessona (102), ma piuttosto possibilisti nei confronti di Chiovenda, il cui « germanesimo » non li preoccupava più di tanto. Del resto, Chiovenda non aveva alcuna colpa di ciò ch'era accaduto nei vari concorsi e si stava rivelando sempre più valoroso.

Per conseguenza, Cammeo, che ovviamente non dubita che la procedura civile sia un ramo del diritto pubblico (p. 6), non esita a riconoscere l'importanza della storia per lo studio del processo e per l'interpretazione delle leggi processuali (p. 214), né ad accogliere alcuni istituti costruiti da Chiovenda: la competenza funzionale (pp. 369 e 375), i presuposti processuali (pp. 368 e 577), il litisconsorzio necessario (p. 467) e la sostituzione processuale (p. 478). Non solo, ma ammette, come Chiovenda e a differenza di Lessona, l'azione di accertamento anche nei casi nei quali si potrebbe agire in condanna (p. 98 ss.).

Non credo però che dalla disponibilità di Cammeo al dialogo con Chiovenda possa legittimamente dedursi che le *Lezioni* siano chio-

---

351 (poi in *Scritti minori*, II, S. Maria Capua Vetere, 1912, p. 1 ss.), seguito da CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata*, (1907), in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1931, p. 409, in nota.

(100) V., infatti, GARSONNET, *Trattato teorico e pratico di procedura civile*, tradotto e arricchito di note italiane da LESSONA, 5 voll., Roma-Milano-Napoli, 1911-1916.

(101) V., nella trad. it. di ASCOLI e CAMMEO, CROME, *Parte generale del diritto privato francese moderno*, Milano, 1906, e *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, Milano, 1908.

(102) Non a caso l'anno successivo, 1911, si sarebbe arrivati alla rottura in pubblico: v. (MORTARA), *Recensione* a GARSONNET, *Trattato*, tradotto da LESSONA, in *Giur. it.*, 1911, IV, c. 144. Rivedrei perciò quanto ho affermato in *Le peripezie di Carlo Lessona*, cit., p. 771, ove, dal rilievo che Lessona e Cammeo erano stati entrambi allievi di Mortara a Pisa, ho dedotto che fossero — nel 1914 — « vicinissimi ». Oggi direi che, quando i buoni rapporti tra Mortara e Lessona s'infransero, Cammeo si schierò con Mortara.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vendiane, ché Cammeo, sull'essenziale, non si discosta di un millimetro dal suo maestro Mortara: è vero che lo scopo del processo civile va al di là della mera tutela dei diritti dei privati, ma, come sosteneva Mortara, « scopo immediato del processo è la tutela del diritto subiettivo » (p. 31), non certo l'attuazione della legge, pure vero è che l'espressione « procedura civile » non rende l'importanza della materia (p. 5), ma, come insegnava Mortara, non è il caso di cambiarla.

Si aggiunga che, sul tribolatissimo problema della riforma, Cammeo mostra di essere su posizioni addirittura opposte a quelle che proprio in quel 1910 cominciò a « propagandare » Chiovenda (103): egli, infatti, non prende neppure in considerazione l'idea che il processo civile possa finire ancor prima di cominciare, e cioè alla prima udienza, ché, anzi, con un realismo che gli fa onore, ammonisce che l'ipotesi della causa che si esaurisce in un'udienza « non può essere che un caso eccezionale » (p. 564). Senza dire ch'egli è dell'avviso, nient'affatto chiovendiano, che la discussione orale possa ben essere pretermessa (p. 39) e che il dilemma oralità/scrittura, pur essendo « interessante », non meriti troppa attenzione (« Non possiamo occuparcene »!) (p. 510). E, forse, aveva ragione, perché nel 1910, quando il 98% dei processi si svolgeva col rito varato da Mortara nel 1901 (p. 151) e quando il processo civile italiano era il più celere del mondo (104), si poteva pure pensare che il problema non avesse ragione di essere.

9. *La « maggiore iniziativa » del giudice.*

Un discorso a parte meritano, per la loro importanza e la loro attualità, le pagine delle *Lezioni*, in cui Cammeo, pur riconoscendo che il processo ha per scopo immediato la tutela del diritto soggettivo, trova opportuno che il giudice, stante l'interesse dello Stato « nella gran massa dei processi in cui si tutela il diritto privato

(103) CHIOVENDA, *Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali*, (1910), in *Saggi*, cit., I, p. 395 ss., spec. 430.

(104) V. le statistiche da me riportate in *Storie di processualisti*, cit., pp. 159 in nota e 202 in nota. E v. anche il mio *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992, p. 19, anche in nota.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dispositivo », non si limiti a rispondere alle istanze delle parti, ma abbia una « maggiore iniziativa » (p. 32 s.).

Cammeo non precisa in che cosa debba consistere la « maggiore iniziativa » del giudice, ma è un fatto ch'egli, al pari del suo maestro Mortara e di Chiovenda, crede che sia utile puntare sul giudice, che è, come oggi tutti sanno, il *leitmotiv* al quale ci si è ispirati per tutto questo nostro secolo nel tentativo di dare al processo (civile di primo grado) una velocità più alta di quella voluta dalle parti (105): ad agosto del 1991 il IX Congresso mondiale di diritto giudiziario si è concluso a Lisbona con un inno all'« activisme du juge », che taluni tuttora considerano come la strada da percorrere (106).

È un fatto, però, che, almeno in Italia, la « maggiore iniziativa » del giudice non ha dato i risultati sperati. Anzi, statistiche alla mano (107), nel nostro paese, dacché i giudici hanno avuto più poteri, e cioè dal 21 aprile 1942, la durata dei processi, anziché diminuire, è aumentata!

Non è questa la sede per stabilire come mai la « maggiore iniziativa » del giudice si sia rivelata un *boomerang*. Tanto meno è questa la sede per stabilire le ragioni per le quali s'insista in un'« esperienza fallita » (108) o, peggio ancora, per rimproverare a Cammeo e agli studiosi del suo tempo di averci portato dove ora ci troviamo. Questa, però, è forse la sede migliore per dire che quegli studiosi, al massimo, errarono: essi, infatti, sia pure perché non ne ebbero la possibilità, non perseverarono.

---

(105) Ma, nel senso che il processo civile appartenga alle parti, v., richiamandosi a Mortara, MONTELEONE, *Note sui rapporti tra giurisdizione e legge nello Stato di diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 18.

(106) V. quanto riferisce, in senso critico, FAZZALARI, *Il « IX Congresso mondiale di diritto processuale »*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 1105 s.

(107) Con l'entrata in vigore del c.p.c. 1940, la durata media del processo civile ebbe, nei tribunali italiani, un'impennata, ché si passò dai 237 giorni del 1941 ai 450 del 1947 (i dati dal 1942 al 1946 mancano): v. CECCHI, *Analisi statistica dei procedimenti civili di cognizione in Italia*, Bari, 1975, p. 78.

(108) Così con riferimento al c.p.c. 1942, CARNELUTTI, *Polemica sulla riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, I, p. 149. E v. anche il mio *Il codice di procedura civile*, cit., cap. III.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Letture

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ITALO BIROCCHI, *La carta autonomistica della Sardegna tra antico e moderno. Le « leggi fondamentali » nel triennio rivoluzionario (1793-96)*, Torino, Giappichelli, 1992 (Il Diritto nella Storia. Collana coordinata da Umberto Santarelli, 2).

Il volume di Italo Birocchi può essere letto, e dunque recensito, da diversi punti di vista. Il nostro non può essere interno, per evidenti ragioni di competenza, alla storia ed alla storiografia della Sardegna tra Sette ed Ottocento; e si colloca invece sul versante più generale della storia delle costituzioni e del costituzionalismo moderno. Del resto, il volume di Birocchi sollecita certamente riflessioni a più ampio raggio poiché nasce proprio da questo lodevole intento: inserire il più possibile la storia specifica di cui ci si occupa nel volume in un contesto più generale, che è per l'appunto quello della storia costituzionale moderna.

Quest'ultima si trova oggi per suo conto in una situazione di grande fermento, non solo per la grande massa di materiali che hanno recentemente prodotto le celebrazioni del bicentenario delle due grandi rivoluzioni di fine Settecento, francese ed americana (1); ma anche per il maturare, più lento e sedimentato, di precise tendenze storiografiche, che soprattutto in Germania stanno dando luogo a pregevoli risultati, attinenti all'intero percorso di vita e di sviluppo di ciò che fino ad oggi siamo stati abituati a chiamare 'Stato moderno' (2).

Tra gli esiti ultimi e più cospicui di queste interessanti riflessioni se ne può contare uno che a nostro avviso sta anche al centro del volume di Birocchi. Si tratta, per dirla in una parola, della messa in discussione del carattere epocale di frattura tra 'antico' e 'moderno', tra le leggi fondamentali proprie dei sistemi politici di antico regime e le costituzioni in senso moderno.

Diremo in seguito quale sia la nostra opinione sul punto. Per ora preme sottolineare come il discorso di Birocchi sulla Sardegna di fine Settecento s'inserisca perfettamente entro questo quadro complessivo. Infatti, la caratteristica peculiare delle *cinque domande* rivolte nel 1793 a Vittorio Amedeo III di Savoia — che stanno al centro del volume di

---

(1) Per questa letteratura sia consentito rinviare a M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, I, *Le libertà fondamentali: presupposti culturali e modelli storici*, Torino, 1991.

(2) Per un'ottima ed aggiornata rassegna della storiografia costituzionale tedesca cui si allude nel testo, si veda ora A. DE BENEDICTIS, *Una « nuovissima » storia costituzionale tedesca*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, XVI (1990), pp. 265 e ss.; sulla questione storiografica dello 'Stato moderno' si veda anche M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1990, vol. XLIII, pp. 708 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Birocchi (pp. 77 e ss.) — era quella per un verso di essere strutturate nella forma della richiesta di conferma di quella tradizione che si riteneva incorporata nelle *leggi fondamentali*, secondo il tradizionale modello della definizione normativa del privilegio da parte del sovrano; ma per altro verso di contenere in sé, nello stesso tempo, il possibile esito sovversivo — come sostiene lo stesso Birocchi — della « nazione sarda » come vero e proprio « soggetto politico cosciente dei propri diritti » (p. 103). Certo, questa nazione non si poneva esplicitamente come soggetto del potere costituente nel senso della rivoluzione francese — vedremo in seguito con quali conseguenze —, poiché finiva per rivendicare un proprio posto esclusivamente secondo le linee tradizionali della monarchia mista delineatasi in epoca aragonese-spagnola; ma non v'è dubbio che alla fine quelle rivendicazioni del 1793 avrebbero potuto condurre — come sostiene Birocchi, ma sul punto preciseremo qualcosa in seguito — alla *auto-rappresentazione della nazione*, dunque alla rottura dei tradizionali vincoli di obbligazione politica, in definitiva anche nei confronti di quel re cui pure *le cinque domande* ossequiosamente e disciplinatamente si rivolgevano.

Ecco dunque che Birocchi ci mostra un caso storico concreto, quello della Sardegna del triennio rivoluzionario, tra il 1793 ed il 1796, in cui 'antico' e 'moderno' ben difficilmente si distinguevano: la rivendicazione che si svolgeva sotto la bandiera delle *leggi fondamentali* era tutta nella ottica della tradizione, della conferma di un patrimonio normativo consolidato, ma era nello stesso tempo in ogni momento ad un passo dal divenire l'occasione per la creazione del nuovo, per la opposizione al sovrano della costituzione in senso moderno.

È per questo motivo, ed accorgendosi che questo era il vero nodo problematico del suo lavoro, scaturente direttamente dalla analisi delle fonti, che Birocchi ha avvertito il bisogno di confrontarsi direttamente con la storia del concetto di leggi fondamentali (pp. 159 e ss.). Da questa storia tra Cinque e Settecento, l'Autore trae conferma di ciò che già risultava dallo studio degli eventi sardi di fine Settecento. Nella sua trattazione le leggi fondamentali non appaiono come statico ordinamento normativo della società e delle istituzioni di antico regime, ma nella loro veste — nella storia del costituzionalismo inglese e della monarchia mista, nelle rimostranze dei parlamenti francesi verso il sovrano, come anche nel triennio rivoluzionario in Sardegna — di oggetto, ed insieme di strumento, di rivendicazione di una strutturazione policentrica dei regimi politici, che può assumere in certe fasi la caratterizzazione prevalente di difesa corporativa degli interessi di ceto, ma che in altri casi può trasformarsi nel presupposto storico necessario per l'affermazione delle costituzioni moderne e del sistema moderno di garanzia dei diritti (p. 202). Sotto questo profilo, non è certo un caso che l'Autore si sia spesso appoggiato nella sua trattazione a Matteucci, a McIlwain, ad una certa storiografia inglese, ovvero a tutti coloro che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

più tradizionalmente sostengono il nesso vitale tra costituzionalismo 'antico' e 'moderno', anche e soprattutto sul terreno della garanzia dei diritti.

Anche noi riteniamo, per parte nostra, che una tendenza di questo genere sia feconda e da perseguire, e lo abbiamo altrove sostenuto, mettendo in rilievo il lavoro di tutta quella storiografia che ormai da tempo si sforza di valorizzare il ruolo in senso lato liberale svolto nell'intero arco della storia costituzionale e politica moderna da quelle forze di resistenza alla concentrazione del potere che non di rado si sono richiamate proprio a quelle leggi fondamentali così centrali nella trattazione di Birocchi (3).

C'è tuttavia un punto critico in ricostruzioni di questo genere, che è il punto, a nostro avviso, oltre il quale non si può procedere nel demolire la differenza tra 'antico' e 'moderno', tra leggi fondamentali e costituzioni in senso moderno. Questo *punto critico* è quello del *potere costituente*, che non a caso non è mai preso in considerazione nel volume di Birocchi. A questo proposito, e proprio a partire dall'interno delle vicende che in quel volume sono descritte, c'è da domandarsi: perché il progetto autonomistico fallì, perché non si arrivò all'esito ultimo di una nazione veramente capace di darsi un suo diritto fondamentale, seppure sulla base della tradizione storica consolidata?

Qui le risposte di Birocchi (pp. 154 e ss.) sono precise e puntuali, ma questa volta tutte interne alla logica degli eventi: le divisioni tra le forze autonomistiche, la mancata congiunzione delle rivendicazioni cittadine e di quelle delle campagne, la mancata soluzione al problema dei feudi. Ma noi chiediamo allora: la debolezza del movimento autonomistico su tutti questi punti non era forse indice, o segno, di qualcos'altro che tiene uniti tutti questi aspetti? Per noi, questo *quid* che manca nella vicenda del triennio rivoluzionario sardo è proprio *il potere costituente*. In altre parole, è proprio il mancato strutturarsi esplicito del movimento autonomistico in potere costituente che determina il suo fallimento. In ultima analisi, proprio le vicende descritte da Birocchi mostrano come il moderno possa essere rivendicato attraverso l'antico, attraverso la conferma della tradizione; ma anche come quel moderno non possa nascere compiutamente se non attraverso una cesura netta ed esplicita, il passaggio di una fase in cui qualcuno rivendica il potere di creare un nuovo diritto. In definitiva, il movimento autonomistico si esaurisce perché non può troppo a lungo fondarsi sul semplice richiamo alla storia ed alla tradizione: la *Nazione Sarda* non poteva esistere solo attraverso quel richiamo, e per determinarsi politicamente e costituzionalmente in senso pieno avrebbe dovuto divenire esplicitamente *forza costituente*. È questa forza, e forse anche questa aspirazione, che manca nelle vicende descritte da Birocchi.

---

(3) Vedi *supra*, nota precedente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sia consentito solo di aggiungere, a questo proposito, quella che certamente apparirà una mera curiosità. Leggendo le fonti riportate nel volume di Birocchi su molti punti ho avuto modo di ripensare alle rivendicazioni dei coloni americani verso la madre patria: anch'esse presero inizialmente la forma della richiesta, o della petizione, al sovrano, anch'esse si fondavano essenzialmente sulla necessità di confermare il tradizionale patrimonio normativo — in quel caso gli istituti di garanzia della *common law* —, anch'esse si svolsero, come nel caso delle *cinque domande* del 1793 in Sardegna, saltando ogni altra autorità, e rivolgendosi direttamente al sovrano. Anche in quel caso — vorremmo aggiungere — tutto il movimento si produsse nella forma 'antica' dell'esercizio del diritto di resistenza contro l'atto di tirannia, puntando al ripristino di una legalità già conosciuta e infranta piuttosto che alla creazione di una nuova legalità. Ma in quel caso — a differenza di quello sardo analizzato da Birocchi — c'è un momento in cui tutto questo si trasforma, e diviene potere costituente: è da lì, e solo da lì, che nasce la costituzione in senso moderno, quella opponibile allo stesso potere legislativo in nome dei moderni diritti individuali. Certo, la tradizione di *common law* rimane viva anche dentro la nuova costituzione, ed è anzi di notevole peso e rilievo per la configurazione di quel sindacato di costituzionalità cui sopra si alludeva; ma la cesura c'è stata, ed è quella, e non altro — non la mera riproposizione della tradizione —, che consente di parlare di popolo americano, di nazione americana.

Certo, il paragone tra la vicenda sarda e quella delle colonie americane è in mille sensi improprio: si tratta solo di una curiosità, come sopra si diceva. Ma che serve a sottolineare questo: le tendenze a ricostruire una storia costituzionale a partire dall'antico regime, e dalle stesse leggi fondamentali, è certamente positiva, ma non fino al punto di annullare le differenze tra 'antico' e 'moderno', di dimenticare che la costituzione in senso moderno ha la sua insopprimibile specificità prima di tutto nella sua qualità di atto normativo generato da un potere consapevole del suo ruolo e della sua forza. Che un potere di questo genere non avesse ispirato le *cinque domande* del 1793 in Sardegna significa solo che non era presente in quel momento la *Nazione Sarda come soggetto costituente*, ma non significa affatto sminuire l'importanza di quegli eventi, risospingerli nella dimensione pienamente cetuale della conferma del privilegio da cui così sapientemente Birocchi li ha disseppelliti. Tra i due 'estremi', quello di una situazione autenticamente costituente, e quello della mera rivendicazione cetuale, c'è nella storia concreta delle cose un'infinita varietà di situazioni intermedie, ed è merito di Birocchi averci restituito attraverso la vicenda sarda la complessità di tutto questo, e dunque anche la consapevolezza della infinita complicazione storica del rapporto tra 'antico' e 'moderno'.

Infine, un'ultima notazione. Il fatto che muovendo da un'indagine

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come quella di Birocchi si sia finiti a discutere di potere costituente e di altre rivoluzioni non deve essere interpretato come un'invasione di campo; questo discorrere ad ampio raggio è dovuto piuttosto ad un'ottima e semplicissima ragione: il volume di Birocchi non è frutto di mera erudizione, non si limita ad illustrare le vicende e ad analizzare le fonti, ma è nutrito di una solida cultura costituzionale, ed aiuta quindi tutti noi a porci problemi che, come abbiamo visto, muovono dalla storia della Sardegna, ma finiscono fatalmente per trascenderla.

MAURIZIO FIORAVANTI

A. DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire — Droit, individu et pouvoir de l'Ecole du Droit naturel à l'Ecole du Droit historique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991, pp. 281.

Storia degli avvenimenti e storia delle idee sono sempre state compresenti nell'opera scientifica di Alfred Dufour. Sia che si rivolgesse alla storia del diritto privato — esemplari le sue ricerche sul diritto matrimoniale nel diciottesimo secolo — sia che si intrattenesse su grandi figure della scienza giuridica, la sua ricerca è sempre stata indagatrice dei nessi profondi tra la realtà storico-politica e la meditazione scientifica, politica, filosofica. Scrutatore delle grandi tendenze come delle sfumature, egli si è sempre caratterizzato per la comprensione e ricostruzione degli aspetti di continuità che persistono nei mutamenti della storia; la sua è una storiografia antiideologica, capace di prescindere dalle motivazioni polemiche o strumentali per scendere alla profondità delle motivazioni. Gli studi su momenti e protagonisti del giusnaturalismo e dello storicismo giuridico, su cui lo studioso svizzero si è più volte trattenuto, hanno sempre illuminato strati meno evidenti, meno noti alle grandi sintesi. Alla serenità del suo sguardo ha certamente contribuito l'indipendenza da specifiche scuole nazionali o dottrinali, la stessa formazione e attività accademica all'intersezione fra grandi nazionalità europee e grandi correnti religiose.

Simili caratteri sono evidenti nel volume qui considerato, che può ben essere visto come *summa* teorica dell'autore, nell'armonico e sistematico snodarsi degli argomenti in esso trattati. Dalla sua ampia produzione saggistica, Dufour ha tratto gli studi più appropriati a rappresentare al lettore il disegno scientifico e filosofico che è alla base delle sue ricerche. Ne è scaturito un testo organico, caratterizzato da precise e significative rispondenze interne, talché esso può essere letto e studiato — crediamo senza alcuna forzatura — come un lavoro sistematico in senso filosofico. Come tale esso sarà qui fatto oggetto di esame da un lettore che ha molti e fondamentali motivi di consenso, non da oggi, con le analisi di Dufour. Se un tale consenso si è finora rivelato a proposito di autori di ispirazione storica, oggi esso può

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

estendersi a un orizzonte più ampio, fino a comprendere autori di ispirazione giusnaturalistica, che nella trattazione di Dufour vanno a costituire, con gli altri, una costellazione avente molti tratti unitari e una notevole continuità di ispirazione. Si noti subito l'attenzione portata alla continuità nella affermazione dei diritti dell'uomo da parte delle due scuole, giusnaturalistica e storica — pur nelle trasformazioni della sensibilità, della atmosfera culturale, della stessa ispirazione filosofica —. Già il titolo del volume, le osservazioni introduttive e preliminari, e poi gran parte delle specifiche analisi scientifiche, sono orientati su questo tema. Se vogliamo enunciarlo sinteticamente, precorrendo quindi le osservazioni analitiche che dovranno essere svolte, possiamo dire che il giusnaturalismo ha fondato i diritti degli individui, e la successiva tendenza storica ha fondato i diritti dei popoli: ma si tratta di una enunciazione necessariamente sintetica, che riduce la ricchezza e complessità dell'indagine. Dev'essere invece subito notato l'ampliamento dell'attenzione verso temi, figure, correnti, nell'ambito giuridico, politico e filosofico: basti dire, per rimanere al confine fra diritto e filosofia, della considerazione per autori come gli enciclopedisti e Rousseau, come William Blackstone o come Christian Wolff, per alludere alla fondazione, sistemazione, anche volgarizzazione, dei temi delle libertà fondamentali, operata in distinti ambiti europei nel secolo diciottesimo; e poi della considerazione per le svolte avutesi, fra Sette- e Ottocento, con Joseph de Maistre, Edmund Burke, August Wilhelm Rehberg (pp. 17-18 e *passim*). Sono soltanto alcuni nomi fra i tanti, relativi alle esperienze francese, inglese, tedesca; ma altrettanta attenzione è dedicata dall'autore alla cultura spagnola (come la tarda scolastica, di cui egli è attento e partecipe conoscitore) e alla fortuna italiana di molte idee da lui studiate. L'attenzione ampia alle varie correnti nazionali, e la consuetudine approfondita con temi o figure solitamente trascurati (se ne vedranno fra poco, e si può già accennare a Jacob Grimm), permettono a Dufour di contrastare come luogo comune, affermazione priva di corrispondenza con la realtà, la frequente opposizione fra un diritto naturale preliberale e un diritto storico antiliberale se non addirittura pretotalitario.

La trattazione del diritto naturale si concentra prevalentemente sulle figure di Grozio (« Grotius et le droit naturel du XVIIe siècle ») e di Pufendorf (« Pufendorf penseur politique — Tradition et modernité de la conception pufendorfienne de l'état »); ma anche Hobbes ha un rilievo notevole, e l'esame dei vari autori della tradizione giusnaturalistica è sempre ampio e analitico. Questa coppia di autori è presa in considerazione come particolarmente rappresentativa al fine di mostrare, grazie alla concretezza storico-politica del loro pensiero, la continuità di motivi ispiratori con le tendenze storiche sette-ottocentesche. L'ampliamento di sguardo oltre questa coppia di nomi è assai rilevante negli studi di carattere teorico (« Questions de méthode » li

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

denomina complessivamente Dufour) che seguono, e che permettono una trattazione sistematica del pensiero giusnaturalistico sui temi esaminati. Su due autori si concentra altresì l'attenzione nella parte del libro dedicata alla tendenza storica; si tratta qui di figure profondamente diverse da quelle dei due pensatori giusnaturalisti: il giurista Friedrich Carl von Savigny e il discepolo di questo, Jacob Grimm, glottologo, giurista, studioso di mitologia germanica. Coppia di autori profondamente diversa dalla prima, e di autori profondamente diversi tra loro. Entrambi radicati in una cultura storica, fin nelle premesse ultime del loro argomentare, Savigny e Grimm furono tuttavia diversissimi quanto ad ambiti di studio e quanto a sensibilità, fortemente sistematica nel primo, poetica nel secondo. Pure, questi due autori rappresentano in modo eminente, intenso ed esteso, il mondo di pensiero della tendenza storica fiorita in Germania nel primo Ottocento. Essi consentono di mostrare, per ciò stesso, la trama delle idee che sottostanno alla cultura storica nell'ambito del diritto; e insieme la continuità con i ricordati pensatori del giusnaturalismo.

Tra i meriti del volume è da considerare l'attentissimo studio degli esponenti della tendenza storica nonché della loro influenza fuori dalla Germania. Assai lucido è il quadro degli autori tedeschi, che Dufour connette in un saldo contesto teoretico e problematico. Se si pensa alle classiche sintesi storiografiche di Landsberg e di Wieacker, ed anche alla modernità di ispirazione e di sensibilità di quest'ultima, si dovrà peraltro riconoscere nella trattazione di Dufour la compattezza della visione teorica, a cui sono limpidamente ricondotti i contributi dei vari esponenti. E a proposito di questi dev'essere notato l'ampliamento dell'orizzonte a figure che abitualmente restano al di fuori della trattazione. Possiamo dire che alla triade romanistica Hugo — Savigny — Puchta si affianca qui la triade germanistica Grimm — Eichhorn — Beseler. Tutti questi autori sono presenti negli studi teorici che fanno seguito — anche nella parte dedicata alla tendenza storica — ai due studi dedicati specificamente alle figure di Savigny e di Grimm (e gli studi teorici sono denominati complessivamente « Concepts cléfs »). Merita una menzione particolare l'attenzione molto approfondita che è rivolta a Beseler, e che costituisce una novità in un esame teorico complessivo della scuola storica, completando sul versante germanistico l'abituale attenzione dedicata a Puchta sul versante romanistico. Una convincente periodizzazione storica della scuola, sempre ispirata dalla consapevolezza teorica del problema, si trova alle pp. 184-185 ed è implicita o parzialmente esposta altrove (*passim*, con riguardo a specifici problemi). Ma resta fermo che le figure fondamentali sono quelle di Savigny e di Grimm, non soltanto nella trattazione specifica che essi ricevono, ma anche in occasione dei singoli problemi teorici affrontati nella seconda parte del volume: così ad esempio a proposito del tema fondamentale del rapporto fra diritto e linguaggio, ove essi sono visti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come gli alfieri delle distinte scuole romanistica e germanistica (p. 216). In questa attenzione specifica rivolta a Grimm giurista — si è già detto e ancora si dirà — è uno dei tratti più originali del libro. Il quale merita di essere ricordato, in proposito, accanto ad uno studio italiano recente, sorto in altro ambito scientifico e precisamente letterario, ma ispirato da un vivificatore intento interdisciplinare. Ci riferiamo al libro di M. Carolina Foi, *Heine e la vecchia Germania: Le radici della questione tedesca tra poesia e diritto* (Milano, 1990), che già nel sottotitolo rivela la centralità attribuita all'opera teorica di Jacob Grimm. Anche tale libro, che risente di suggestioni mitteleuropee ed è suscitato da un interesse prevalentemente politico-letterario, gravita sulla coppia Savigny — Grimm, per mostrarne insieme la contiguità teorica e le differenti prospettive culturali e politiche.

Anche l'influenza degli autori di tendenza storica è attentamente indagata e documentata da Dufour, e con particolare riguardo alla fortuna delle loro idee in Francia e in Italia, dai primi echi ottocenteschi fino alle voci più recenti. Si vedano le osservazioni sulla recezione ottocentesca di Savigny, con gli importanti contributi francesi di Edouard de Laboulaye, e al contrario i rilievi sulla sostanziale ignoranza del significato scientifico e culturale dei lavori di Jacob Grimm. Si veda inoltre, sul piano delle divisioni non nazionali ma disciplinari, quanto Dufour osserva sulla cattiva conoscenza delle idee dei giuristi tedeschi di ispirazione storica da parte dei cultori e degli stessi storici del diritto pubblico, in contrasto con la risonanza che presso di loro hanno sempre avuto gli autori del diritto naturale moderno, e in contrasto con la ben nota e grande risonanza delle idee storiche presso gli studiosi di diritto privato. Su questo fenomeno Dufour si intrattiene nell'importante capitolo conclusivo, « L'individu face au pouvoir dans l'école du droit historique » (pp. 259 ss.): e sono pagine che illuminano tutto il tema, centrale nel libro, dei diritti dell'uomo nella meditazione giusnaturalistica e storica.

Se questo è l'ambito degli autori e dei temi trattati, occorre dire del metodo seguìto nel libro. È un metodo che mira ai problemi, e che indugia, sempre fruttuosamente, sugli aspetti sistematici presenti nelle opere storiche e giuridiche degli autori. Deriva da tale metodo l'interesse che queste pagine rivestono per la teoria generale del diritto, per la filosofia del diritto, per la filosofia in generale. Già la bella architettonica del libro, di cui già si è detto e più si dirà, vale a motivare questo giudizio, con una corrispondenza sostanziale fra i temi trattati nelle due parti, quella sul giusnaturalismo e quella sulle tendenze storiche. Una tale corrispondenza deriva dalla tesi centrale, che è quella, già accennata, di una continuità fra movimento giusnaturalistico e movimento storico. Proprio una tale convinzione conduce l'autore, quasi istintivamente, ad esaminare alcuni nuclei teorici per come si configurano nell'uno e nell'altro movimento scientifico. Ed è ancora una tale con-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vinzione che induce l'autore a proporre una innovazione terminologica radicale. Fin qui si sono usate di proposito espressioni non-tecniche, liberamente designanti i due movimenti o tendenze, o scuole: la giusnaturalistica e la storica. Se così si è fatto in queste osservazioni, è per non dire anzi tempo di questa innovazione terminologica. È consuetudine costantemente osservata dagli studiosi quella di definire le due tendenze come scuola del diritto naturale e come scuola storica del diritto. Così gli storici della cultura, della filosofia, del diritto. Dufour propone, e pratica sistematicamente, una diversa disposizione dell'aggettivo 'storico', e ritiene più proprio riferirlo al sostantivo 'diritto' anziché a 'scuola'. Ci ricorda Dufour (p. 219) che già Jacques Droz, in *Le romantisme politique en Allemagne* (Paris, 1963) e in *Le romantisme allemand et l'état: Résistance et collaboration dans l'Allemagne napoléonienne* (Paris, 1966), ha adottato questa soluzione (che non ci risulta seguita fuori di Francia). Il vantaggio sarebbe appunto quello di accostare i due modi di studiare il diritto, vedendo quest'ultimo prima come naturale, poi come storico; prima come radicato nella natura, poi come emergente dalla storia. Il confronto fra le due scuole, così, risalterebbe più direttamente. Si dovrebbe domandarci se l'oggetto 'diritto' faccia parte della natura, e come debba essere intesa questa natura, se essa sia divina o umana, costante o mutevole, e così via; o se faccia parte della storia, e se questa storia sia retta in qualche modo da leggi uniformi o sia invece il regno della libertà di individui o di gruppi, o anche se essa provenga da Dio che vuole la libertà degli uomini e opera attraverso di essi. Il dire diritto naturale e diritto storico, facilita queste indagini e questi confronti, e conduce ad accostare i due modi diversi di guardare a quell'unico oggetto; diciamo che accosta i due movimenti culturali come due momenti della meditazione sul diritto. D'altra parte è vero pure che, così facendo, si pone in seconda linea la parentela stretta, che a Dufour sta tanto a cuore, tra il diritto e gli altri oggetti d'interesse degli studiosi di ispirazione storica, quali la lingua, il mito, l'economia, e via proseguendo; una parentela che quegli autori avvertirono strettissima, tanto da sentirsi uniti in un unico movimento, e da essere talora versati in modo enciclopedico — Grimm ne fu l'esempio eminente — in tutti quegli ambiti. Fu Wilhelm Dilthey che più di tutti insisté sull'unità di ispirazione fra studiosi di cose storiche, e ne parlò come di un movimento che rivoluzionò il modo di pensare; paragonò nella *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, del 1883, la creazione del sistema naturale delle scienze sorto dalla collaborazione fra i popoli dell'Europa nel Seicento, e la creazione della moderna coscienza storica, grazie agli sforzi degli studiosi dell'Università di Berlino nell'Ottocento. Paragonò la gloria europea del Seicento alla gloria tedesca, meglio berlinese, dell'Ottocento, negli anni in cui egli vi studiò. Ora, dicendo 'scuola del diritto storico', anziché 'scuola storica del diritto', si pone in seconda linea quella atmosfera scientifica unitaria

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con i suoi aspetti metodologici comuni, per cui si parla ancor oggi, accanto a una scuola storica del diritto, di una scuola storica della lingua, di una scuola storica dell'economia, e soprattutto di una scuola storica in senso lato, al modo di Dilthey e poi al modo di tanti altri storici, filosofi, studiosi di cose umane; e qui lo studio di quel movimento unitario si collega allo studio delle scienze dello spirito e dello *Historismus*. Pur condividendo le fondatissime esigenze scientifiche che muovono Dufour in questa proposta di innovazione terminologica, e i risultati dell'accostamento fra diritto studiato in modo giusnaturalistico e diritto studiato in modo storico, temiamo che qualcosa di prezioso vada perduto con l'abbandono di un immediato inserimento degli autori di ispirazione storica entro la cornice di una scuola che da molti dei suoi protagonisti — da Savigny stesso, come Dufour ci ricorda a p. 157 — fu avvertita come essa stessa, essenzialmente, innanzitutto, 'storica'. E ciò diciamo senza riferirci a una presunta novità nell'interpretazione metafisica, ontologica, dell'oggetto 'diritto', grazie a una nuova filosofia dello *Historismus*; perché anzi si può ritenere che in tal modo il problema si complicherebbe moltissimo. Infine, teniamo ben presenti quali e quante siano le difficoltà dell'introdurre innovazioni e correzioni terminologiche nella prassi scientifica. Ma poiché interessano più le cose che i loro nomi, crediamo giusto badare alle esigenze che muovono Dufour a un diretto confronto fra due modi di studiare lo stesso oggetto 'diritto'. Tenendo presente appunto questo diretto confronto fra le due scuole, crediamo opportuno individuare due nuclei tematici sui quali intrattenerci per mostrare i risultati più rilevanti delle analisi di Dufour. Vogliamo dire: a) la concezione della ragione e della scienza; b) il problema del rilievo della legge entro le fonti del diritto.

Nello stesso secolo che vede nascere la moderna scienza fisico-matematica, e con le stesse pretese di universalità, compare nel 1625 il *De jure belli ac pacis* di Grozio. Il « giureconsulto del genere umano » — come lo definì Vico — dà vita con quest'opera a una nuova disciplina giuridica, la scienza del diritto naturale; per tale ardimento metodologico, Cassirer ha potuto avvicinare il suo nome a quello di Galileo. Dufour ha cura di ricostruire, all'interno della temperie culturale del Seicento, la specificità dell'insegnamento di Grozio nella « netta delimitazione degli àmbiti del diritto naturale e del diritto divino positivo a partire dall'affermazione dell'autonomia della ragione nei confronti della rivelazione » (p. 60). Di più, nel diritto naturale, egli ha cura di differenziare ciò che è di diritto naturale assoluto e ciò che è di diritto naturale relativo (p. 62). Avvicinato ad Erasmo per il distacco dalle grandi lotte confessionali, Grozio si rivela prudente costruttore di pace nell'ordine politico-giuridico e, con la sua opera ecumenica *Via ad pacem ecclesiasticam*, del 1642, nell'ordine religioso. Accanto a Grozio, Dufour pone Pufendorf pensatore politico. Proprio in questo aspetto della sua opera egli vede i tratti metodologici più propri del suo secolo:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nella concezione dello stato e della sua genesi complessa e differenziata, nella innovatrice trattazione della personalità dello stato e della sua sovranità, nella teoria delle libertà pubbliche e nella connessa problematica del diritto di resistenza. Il suo *De jure naturae et gentium*, del 1672, è visto da Dufour in questa luce, alla ricerca di una impostazione metodologica che tenga conto del procedimento dimostrativo della nuova scienza, e per ciò stesso « fonte diretta della sistematica delle principali codificazioni moderne » (p. 110).

In queste figure del giusnaturalismo moderno — per non dire di Hobbes, pure presente nella trattazione — è studiato il tributo del pensiero giuridico alla nuova scienza di Descartes e di Galileo. Questa nuova concezione della ragione e della scienza è soprattutto indagata nel primo capitolo dedicato alle « questioni di metodo » (p. 93 ss.). È essa che costituisce il termine di confronto con la concezione della ragione (e quindi della scienza) nella giurisprudenza storica, che è affrontata, per parte sua, nel primo capitolo dedicato ai « concetti chiave », sotto il titolo « Rationel et irrationel dans l'école du droit historique » (pp. 179 ss.). Gli autori della scuola storica, anche i più sistematici, anche i più interessati alle questioni di metodo come pure ai confronti fra i metodi delle diverse scienze, non hanno avuto un pari interesse per la metodologia delle scienze naturali. Nel mezzo fra le due grandi esperienze, la giusnaturalistica e la storica, c'è stata la dissoluzione del cosmo unitario sei-settecentesco, con la connessa scoperta della coscienza storica. Questa trasformazione è avvenuta lentamente. L'hanno descritta, sul versante filosofico e della cultura complessiva, le grandi opere di Dilthey, di Meinecke, di Cassirer. Sul versante più propriamente giuridico, resta fondamentale un contributo limpido e penetrante di Hans Thieme, *Die Zeit des späten Naturrechts*, apparso nel 1936, come pure altri studi dell'illustre storico del diritto, tutti ricordati da Dufour (v. p. 125), ove è illustrato il graduale trapasso da un giusnaturalismo matematico-deduttivo a una visione storica ed empirica delle varie, distinte realtà giuridiche. Figure di transizione sono emerse in chiara luce. Già un autore tipicamente ascritto alla giurisprudenza storica, come Gustav Hugo, si può vedere come figura di transizione, intriso com'è ancora di mentalità illuministica, settecentesca, e per molti versi, giuridicamente non secondari, dichiaratamente kantiana.

Dufour pone subito in evidenza l'antitesi razionale — irrazionale. A ben vedere, l'irrazionalità, messa in primo piano dai giuristi storici, può essere ricondotta a tre elementi fondamentali, che Dufour enuncia e analizza chiaramente a proposito di Savigny, ma estendendone l'esame ad altri autori: totalità organica, storicità, particolarismi nazionali (pp. 182 ss.). Certamente, la nuova coscienza storica ha avuto una nuova sensibilità per il valore dell'intero che ci sovrasta, e non ha pensato che tutta la realtà culturale possa essere spiegata in termini di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

azione individuale e di interazione reciproca. Anche le particolarità nazionali — i *Volksgeister* — sono totalità che sovrastano le singole esistenze umane, come ben chiarisce Savigny (p. 181). Anche la storicità, vista come libertà creativa dello spirito di contro alla necessità meccanicistica della natura, fa appello ad una fonte insondabile che sfugge alla nostra capacità di spiegazione analitica. Eppure, Dufour ha cura di ridimensionare queste analisi, là dove hanno portato a valutazioni infondate ed eccessive, a « un giudizio troppo unilaterale », com'egli scrive riferendosi alle denunce di A. Brimo (*Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état*, Paris, 1968), che giunge addirittura a vedere, nelle dottrine di Savigny e degli altri giuristi storici, un preludio al totalitarismo nazionalsocialista (Dufour, pp. 155, 188). Il problema teorico è certamente grave e complesso, e non giova semplificarlo in tal modo. È fondato invece attenersi alla grande tradizione degli studi sullo *Historismus* tedesco, sulla scuola storica in genere, sulla scoperta di una nuova scientificità e sui criteri di validità oggettiva che per essa possono valere: la valorizzazione del *Verstehen*, la comparazione e la tipizzazione, il procedimento ermeneutico. In questa direzione, devono essere apprezzate le osservazioni di Dufour che ricollegano la giurisprudenza storica alle tendenze umanistiche (ad es. , a p. 210, sull'umanesimo giuridico francese della scuola di Bourges; ma anche altrove, *passim*). Il problema è allora quello del limite della *spiegazione* individualistica (nel senso di spiegazione meccanicistica che riconduce ogni fenomeno culturale a cause individuali) nelle scienze della cultura, per chiunque non ritenga sostenibile una riduzione del nostro conoscere ad un monismo metodologico: che non era presente neppure nelle tendenze giusnaturalistiche influenzate dalla scienza fisico-matematica, come hanno ricordato le analisi, sopra brevemente riferite, di Grozio e di Pufendorf, pronte a distinguere il divino dal naturale, e nel naturale l'assoluto dal relativo. Le osservazioni di Jacob Grimm sul valore di quelle che egli chiamava le 'scienze inesatte' (*Über den Wert der ungenauen Wissenschaften*: così il discorso di Francoforte nel 1846, al congresso dei germanisti) — e che poi sono state chiamate scienze dello spirito, scienze umane, scienze della cultura — sono tali da illuminare l'effettivo, specifico procedimento scientifico delle singole scienze, contro livellamenti unificatori, e come tali sono argomentazioni che hanno diritto di cittadinanza in una odierna discussione epistemologica. E per altro verso, l'attenzione savignyana, e poi di altri, anche germanisti, per la *Genealogie der Begriffe*, per la genesi e la costruzione concettuale, sono elementi razionali che convivono con la consapevolezza dei limiti esistenti ad una spiegazione individualistico-causale del mondo umano.

Il problema della ragione e della scienza presenta motivi di collegamento con il problema della legge e delle fonti del diritto, di cui si dirà tra poco. Parlare della legge significa illuminare questo ampio

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concetto, nel suo sorgere e nel suo modificarsi, per vedere se la legge di cui parla il giusnaturalismo — come parla di assiomi e di postulati — sia una legge che regge la natura, e quella parte della natura che è il mondo degli uomini e della storia, cioè abbia valore dichiarativo di ciò che accade nell'ordine dell'universo, oppure sia una legge che vuole modificare il comportamento degli uomini, cioè abbia un valore costitutivo o prescrittivo di diversi comportamenti voluti dal legislatore. È questo un tema che porta luce anche sulla concezione della ragione e della scienza quale fu presente ed elaborata nella riflessione giusnaturalistica e poi nella giurisprudenza storica. Ancora, collegata al tema della ragione e della scienza è la visione storica del formarsi del diritto, quale è arricchita dall'illuminante e prediletto paragone tra diritto e linguaggio, su cui pure si tornerà fra poco. Hugo riflette sull'effettivo peso della legge nella vita del diritto, nello scritto *Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten*, del 1812. Egli svolge questo paragone, se non con la profondità di Grimm, certamente con rigore analitico e immune da qualsiasi immedesimazione romantica, in un modo che pare precorrere odierne teorizzazioni dell'individualismo metodologico. Egli tende ad escludere qualsiasi accenno all'organicismo, alla totalità, ad implicazioni teologiche, per non dire del mistero, o del mistero dell'individualità. Non accade altrettanto, è indubbio, per giuristi più genuinamente storici e più genuinamente espressioni dello *Historismus*, come Savigny e Grimm.

Osserva Dufour a proposito del giusnaturalismo, che « la teoria generale della legge alimenta (...) generosamente la riflessione dei principali autori della scuola da Hobbes a Pufendorf e da Cumberland a Wolff » (p. 114). Aggiunge che « la scuola giusnaturalista appare (...) tutta intera attraversata dalle grandi correnti intellettualista e volontarista tratte dalla Scolastica che ispirano, la prima, la concezione della legge del Grozio della maturità, di Leibniz e di Wolff, e la seconda quella non meno gravida di conseguenze di Hobbes, di Pufendorf e di Thomasius » (pp. 114-115). Ciascuno degli autori giusnaturalisti si cimenta, in proprio, col problema dei rapporti tra diritto e legge e del luogo che spetta alla legge tra le fonti del diritto » (p. 115). Grozio parla, nel *De jure praedae*, di *regulae et leges*, e di una loro equivalenza con le *notiones communes* dei matematici (si intenda: assiomi e postulati); egli pare propendere per una loro funzione definitoria, anche se con qualche ambiguità (pp. 117-118). La duplicità intrinseca al concetto di legge si manifesta chiaramente in Hobbes e in Pufendorf, « egualmente tributari, in gradi differenti, della tradizione nominalista volontarista d'Occam » (p. 120). Scrive Hobbes nel *De Cive*: « Lex autem proprie atque accurate loquendo sit oratio ejus, qui aliquid fieri vel non fieri aliis jure imperat » (*ibidem*); ed ancora, nel *Leviathan*: « And first it is manifest, that law in general, is not counsel, but command; nor a command of any man to any man; but only of him,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

whose command is addressed to one formerly obliged to obey him » (pp. 120-121). C'è una oscillazione terminologica, che Dufour documenta e analizza nel capitolo « La notion de loi dans l'école du droit naturel moderne » (pp. 110-124), dal quale abbiamo attinto queste citazioni. Ambigua nel linguaggio di Pufendorf, la parola legge attiene, talora « all'ordine *normativo* degli imperativi », talora « all'ordine *descrittivo* delle analisi scientifiche » (p. 124). Dufour può notare « l'interferenza della metodologia delle scienze fisiche e matematiche sulla tradizione del pensiero giuridico ereditato dalla Scolastica » (*ibidem*), e aggiungere, conclusivamente, che da questa contaminazione giusnaturalistica con le scienze esatte, il pensiero giuridico guarirà soltanto allorché « la scuola del diritto storico » metterà in evidenza « la natura storica del diritto » (*ibidem*). Si possono quindi vedere due accezioni del termine *legge*, l'una volontaristica, normativa, prescrittiva, di derivazione scolastica, l'altra descrittiva, derivata dalla metodologia fisico-matematica. Ne risente il modo in cui deve essere visto il rapporto della legge con il diritto: se quest'ultimo sia da intendere come più ampio o come equivalente della prima. Ma questo problema sarà visto con chiarezza soltanto dalla *forma mentis* storica dell'Ottocento.

Eminentemente chiarificatore, nella riflessione della giurisprudenza storica, è il paragone fra diritto e linguaggio. Esso è argomento spontaneo, inevitabile, in tutti gli autori aventi una vocazione teorica. Dufour ne parla con felice capacità di comprensione, ed ampliando le analisi già svolte da altri studiosi, tra i quali l'autore delle presenti osservazioni, che avverte, specialmente attraverso questo tema, una profonda consonanza di intenti. Alludiamo al capitolo « Droit et langage dans l'école historique », al quale avvertiamo come internamente collegato il successivo, ampio capitolo, « La théorie des sources du droit dans l'école du droit historique ». A risultati parziali di questi due capitoli è già accaduto di riferirci in precedenza. Si può dire ora che essi costituiscono come un unico blocco teorico, nel quale viene esposta la dottrina del diritto e della legge che fu propria della giurisprudenza storica, della tendenza che qui può ben dirsi, come preferisce Dufour, « scuola del diritto storico ». Sottratto a una natura retta da leggi costanti, che ne descrivono il divenire, il diritto fa ormai parte di quella natura degli uomini che è, vichianamente, la storia. Gli uomini, come esseri liberi, danno vita alle più varie realtà, singolari e collettive, nei campi distinti ma affini del conoscere e dell'agire. Li guida un'unica libertà, che si esprime nel linguaggio e nel diritto, due realtà culturali che vengono a simboleggiare, per loro forza rappresentativa, rispettivamente il pensiero e l'azione. Non è un caso che un simile paragone sia nato nell'età della grande filosofia classica tedesca. Nonostante l'indole antispeculativa dei giuristi della scuola storica, e la loro avversione per le avventure idealistiche, c'era una vena comune, che era fondamentalmente romantica, e che li portava a vedere una medesima scaturigine

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del conoscere e dell'agire — della teoria e della prassi — nella libertà dell'uomo. Non pensò ancora in tal modo Hugo, nonostante la sua insistenza analitica e chiarificatrice sul paragone fra diritto e linguaggio; pensarono in tal modo le due maggiori menti scientifiche, Savigny e Grimm. Ed è questa importanza rivelatrice del celebre paragone, che permette, anzi impone, di considerare proprio Grimm, glottologo e giurista, come la coscienza teorica dell'unitarietà delle espressioni della cultura (e in questo senso si giustifica che egli sia considerato da Dufour, fin nel titolo del capitolo a lui dedicato, « un philosophe romantique du droit et de l'histoire »; p. 165). Lo stesso Savigny, che per l'importanza delle sue enunciazioni giuridiche generali è divenuto la fonte prima del pensiero della scuola, non raggiunge su questo punto centrale la profondità e la completezza di indagine del suo maggiore allievo; ed osservazione analoga può essere fatta per il tema, tipico di Grimm, di uno spirito unitario che si esprime nelle varie manifestazioni culturali: nel mito, nel diritto, nella lingua (*Sprachgeist*). È da dire che la concezione del diritto che fu propria della scuola mosse da questa visione di una radice unitaria delle creazioni culturali nella spontaneità dello spirito popolare. In Grimm, più ancora che in Savigny, tale visione rimase costante. I giuristi e i giudici dichiarano e sistemano concettualmente il diritto creato dal popolo; la legge ha una funzione suppletiva o, in talune teorizzazioni di Savigny già nel *Beruf*, propulsiva secondo orientamenti innovatori di indole *politica*, laddove il diritto consuetudinario e il diritto scientifico costituiscono la manifestazione giuridica tecnica, o storica, o naturale nel senso di storica (proprio Grimm distingueva il *Naturrecht* della tradizione giusnaturalistica dal *natürliches Recht* quale è visto e studiato da una cultura storica, ovvero quel diritto storico che è l'unico diritto naturale). Dopo Savigny e Grimm, questa visione unitaria del diritto come forma spontanea della vita del popolo perderà in vigore e in forza di convinzione; si accentuerà, già con Savigny e più con Puchta, la tendenza alla costruzione sistematica e concettuale, a vantaggio quindi dello *Juristenrecht*; con Beseler, infine, si ha quella che Dufour qualifica come « concezione ministeriale della scienza giuridica » (p. 189). Si può dire che l'equilibrio teorico originario, proprio della riflessione di Savigny e di Grimm, con la proporzionata gerarchia di consuetudine, scienza giuridica, legge, va perduto negli sviluppi successivi, fino a giungere alle accentuazioni concettualistiche di Puchta nella corrente romanistica, ed alla accentuazione « ministeriale », politico-legislativa, di Beseler nella corrente germanistica. Ciascuno dei maggiori teorici della scuola ebbe le sue accentuazioni. E se Hugo poté scrivere che Savigny aveva salvato la scienza di fronte alla codificazione, in tempi a noi più vicini Gurvitch poté scrivere che Beseler aveva salvato il *Volksrecht* di fronte alle costruzioni sistematiche della scienza romanistica, rivalutando peraltro la legislazione nella sua funzione non soltanto suppletiva ma anche stimolatrice e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

creativa (pp. 254-256). Il paragone fra diritto e linguaggio ha dato una energica virata a favore di un orizzonte più ricco e completo della produzione giuridica, rivelando la funzione ordinatrice e sistematrice della scienza (ivi compresa la funzione dei giudici, consistente in una scienza che nasce nella stessa applicazione pratica), riducendo radicalmente la legislazione nelle sue pretese monopolizzatrici. Il paragone fu anche ricco, in Hugo e in Grimm, di considerazioni sulla specificità della lingua dei giuristi, sviluppandosi quindi su un ulteriore piano: non soltanto confronto fra diritto e linguaggio, ma anche confronto fra il diritto e il suo linguaggio specifico, e quindi, contemporaneamente, fra il linguaggio specifico dei giuristi e il linguaggio generale degli uomini (su questi problemi vedi le osservazioni di Dufour alle pp. 198, 207). Si può dire in genere che il paragone ha rivalutato la spontaneità nella creazione del diritto, illuminando altresì la scienza nella sua creazione di una sistematicità mobile. Coerente a questa visione, se privata del suo alone romantico e considerata nel suo valore al di là delle circostanze della sua genesi, è l'esaltazione della fonte in senso lato giurisprudenziale (la scienza dei giuristi teorici, e la scienza dei giudici che astraggono la sistematicità dal caso concreto). Dufour ricorda molto opportunamente il giudizio di un filologo eminente come Sebastiano Timpanaro (*A proposito del parallelismo tra lingua e diritto*, « Belfagor », 1963), il quale vedeva in Savigny l'insegnamento che una legislazione innovatrice è « un'artificialità destinata a breve vita », quasi un « esperanto giuridico » (Dufour, p. 208). C'è stato un periodo in Italia in cui il paragone fra diritto e linguaggio ha interessato fortemente, oltre a giuristi e filosofi del diritto, gli studiosi della lingua; un periodo che può ricondursi a una visione storicistica post-crociana, o neostoricistica, intesa a mostrare l'origine degli eventi culturali nella continuamente mutevole costellazione della spontaneità storica, radicata nella libera creazione dei singoli. Si possono ricordare i nomi di Salvatore Pugliatti, Pietro Piovani, Giacomo Devoto, Giovanni Nencioni, Bruno Migliorini; e certamente altri ancora, come ora si è visto grazie all'attenzione di Dufour per Timpanaro. Sarebbe sbagliato vedere, nella valorizzazione del paragone, una inflessione conservatrice, perché anzi questi suoi teorici videro in esso l'esaltazione del nuovo che nasce dalla storia di contro alle imposizioni del potere politico, in qualunque modo esso si atteggi istituzionalmente. Si potrebbe parlare di una democraticità sostanziale, e di una resistenza inevitabile e silenziosa di fronte alle invadenze del potere politico; ancora, e ciò vale anche nei sistemi di democrazia politica, di una rivendicazione di aree di creatività sociale di fronte a direttive statuali. Si può anche vedervi la lucida consapevolezza di una funzione universale del potere giudiziario, come limitazione costante degli arbìtri del principe, ivi compreso il principe-legislatore, ed anche limitazione, se non certamente degli arbìtri, magari delle invadenze del legislatore democratico. La stessa funzione suprema

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attribuita negli ordinamenti democratici alle corti costituzionali — le quali non sono di origine esclusivamente democratica — rivela la perenne validità della visione teorica della giurisprudenza storica.

Molti sono quindi i motivi politici, o politico-giuridici, adombrati nel celebre paragone, che avrebbe oggi bisogno di essere rimeditato, con indubbio frutto per la nostra attuale conoscenza. Si può pensare alla visione scettica e ancora pre-romantica che ne ebbe Gustav Hugo, nei suoi paragoni molto empirici e magari impoetici fra il nascere del diritto e il nascere del linguaggio con i suoi equilibri di influenze varie, o fra il formarsi del diritto e lo stabilirsi delle regole del gioco, o meglio dei giochi, come gli scacchi, il biliardo, le carte (Dufour, pp. 232-233). In ognuno di questi casi, le regole nascono dalle influenze reciproche di comportamenti individuali, più o meno autorevoli ed efficaci, si tratti del diritto come del linguaggio o come dei giochi. Oggi, molti aggiungerebbero il mercato e la formazione degli equilibri economici (su questi aspetti sono da vedere, per giungere ad una visione completa della portata tecnica del paragone, molti scritti di Raimondo Cubeddu, e da ultimo l'ampio studio rivolto alla scuola austriaca dell'economia, *Il liberalismo della scuola austriaca: Menger, Mises, Hayek*, Napoli-Milano, 1992). Si dovrebbe allora dire, e sarebbe la conclusione scientificamente più appropriata e più importante, che l'insegnamento maggiore della giurisprudenza storica, ed anche la sua grande novità nella storia della cultura giuridica e della cultura in genere, sta nell'aver delineato una dottrina dell'origine del diritto: una *Rechtsentstehungslehre*, come ha notato Pio Caroni nel suo fondamentale saggio *Savigny und die Kodifikation: Versuch einer Neudeutung des 'Berufes'* (« Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte », Germ. Abt., 1969), citato da Dufour con fondato consenso (p. 234). Ma in questo senso, la giurisprudenza storica ha dato anche una dottrina delle fonti del diritto, una *Rechtsquellenlehre*, condizionata certamente da quella *Rechtsentstehungslehre*; come Dufour nota nel capitolo « La théorie des sources du droit dans l'école du droit historique », che è centrale nel libro, con la sua magistrale ricostruzione del rapporto fra le varie fonti nel pensiero dei vari autori della scuola, da Hugo a Savigny, a Grimm, a Puchta, a Beseler. Leggiamo il Puchta delle *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, del 1847, che sulla linea di pensiero di Savigny e di Grimm vede in Dio chi « ha posto nella natura dei popoli la forza generatrice del diritto » (*die rechtserzeugende Kraft in die Natur der Völker gelegt hat*: Dufour, p. 239). Viene così in luce una dottrina del fondamento del diritto, grazie a una dottrina provvidenzialistica della storia, che permette di vedere la continuità fra gli autori giusnaturalisti e i giuristi di ispirazione storica. Ne deriva una compiuta dottrina delle fonti del diritto, che Dufour ci espone con singolare capacità di penetrazione. Ed egli conclude tale indagine allargandone l'ambito al concetto generale di fonte, rintracciando l'origine della metafora negli autori più antichi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ci ricorda, mostrandone l'origine naturalistica, che Sant'Isidoro di Siviglia ne tratta nelle *Etymologiae*, sotto la rubrica *De diversitate aquarum*; accenna alla funzione nella teologia, nelle scienze filosofiche e nelle scienze storiche; ci ricorda le voci *Quell* e *Quelle* nel *Deutsches Wörterbuch* dei fratelli Grimm (Dufour, p. 258). Conclude il suo capitolo con questa autorevole esortazione, che qui merita di essere riferita e ripetuta, con convinta adesione: « Mais c'est là une toute autre problématique: celle des sources de la notion de source du droit, assez curieusement méconnue par la doctrine et à laquelle il faut souhaiter qu'un historien du droit se consacre un jour » (p. 258).

Illustrando la continuità fra diritto naturale e diritto storico, Dufour parla più volte di una trasformazione dei diritti dell'uomo dall'una all'altra delle due grandi esperienze culturali. Pone in luce come la scuola storica sia stata la prima forma di contestazione riflessa dopo il fenomeno delle grandi codificazioni moderne, nuovo in quella forma nella storia, frutto della azione monopolizzatrice dello stato (p. 222). Riporta e commenta, ripetutamente e serenamente, le obbiezioni politiche al 'quietismo' della scuola storica: da Edouard de Laboulaye a Henri Zöpfl, storico del diritto tedesco a Heidelberg (che ne scriveva nel 1843 in una lettera al medesimo Laboulaye: v. pp. 218-219), a Marx, a Hermann Kantorowicz. Riporta di contro, con partecipazione scientifica e morale, l'insistenza sui diritti dell'uomo in autori di ispirazione storica, come Jacob Grimm nell'episodio dei Sette di Gottinga e della loro protesta contro la revoca della costituzione dello Hannover da parte del re Ernst-August (*Es gibt noch Männer, die auch der Gewalt gegenüber, ein Gewissen haben*, secondo le celebri parole di Grimm; Dufour, p. 261), fino alla teorizzazione di un nuovo diritto di resistenza su fondamento storico (con l'epigrafe all'apologia del 1838, tratta dal *Nibelungenlied*: *Was sind die eide komen?:* che cosa son diventati i giuramenti?; p. 271). C'è una « filosofia sociale e politica dei precursori e dei fondatori della scuola del diritto storico », che Dufour mette in luce in un apposito paragrafo dell'ultimo capitolo. Essa merita di essere studiata, e posta in rapporto con tendenze e avvenimenti anche dei nostri anni. Si è detto qua e là di inflessioni individualistiche. Dufour ricorda, all'inizio del suo libro, gli avvenimenti « spettacolari » della fine del XX° secolo, con la morte delle ideologie e il fallimento storico del comunismo. La tesi fondamentale e ritornante del libro afferma la continuità fra diritto naturale e diritto storico: e se il secondo continua su basi diverse la dottrina dei diritti dell'uomo, tipicamente sua è l'insistenza sui diritti dei popoli, della loro cultura, del loro spirito. Qui come in genere, giudicando i singoli autori, si deve distinguere con cura la dottrina meditata e sistematicamente costruita, dalla opinione e dalla presa di posizione politica, pur se vistosa e magari duratura, in cui entrano in gioco fattori non-razionali, affettivi ed emotivi. Senza negare valore a queste espressioni della personalità degli autori, si dovrà però

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

considerarle con ogni cautela, chiavi che possono aiutare ad entrare nel loro spirito ma non tali da ribaltarlo e da scompaginarne l'interna architettonicità. Valgono anche in questi casi la convinzione di Kant sull'opportunità che i filosofi non regnino e che i re non filosofino; o l'affermazione hegeliana « Die Meinung ist mein ». Le dottrine degli autori della scuola storica del diritto, o scuola del diritto storico, hanno dato teorie pensate e sistematiche sull'origine del diritto e sulle fonti del diritto, dotate di sconcertante attualità; hanno rivendicato i diritti dei popoli e delle singole culture, come diritti fondati nel *natürliches Recht* in cui anch'essi credevano. Come Grozio e come Pufendorf, gli autori giusnaturalisti che Dufour più loro avvicina, anche i giuristi storici, e sopra a tutti Savigny e Grimm, esigono attenzione analitica. Ne risulterà una continuità con il giusnaturalismo, maggiore di quanto si possa pensare sulla base di consolidate interpretazioni e contrapposizioni. In questa direzione scientifica, il libro di Dufour è un esempio eccellente ed insieme un autorevole invito a nuove ricerche.

GIULIANO MARINI

Jacques GODEFROY, *Jacques Godefroy (1587 —1652) et l'Humanisme juridique à Genève. Actes du colloque Jacques Godefroy*, édités par Bruno Schmidlin et Alfred Dufour. Collection: Les grands jurisconsultes. Faculté de Droit de Genève. Helbing & Lichtenhann, Bâle et Francfort-sur-Main, 1991.

Genevan history in the period after Calvin and Beza is not very well known. It was a time of economic misery, political crisis, and (as Olivier Fatio observes) a « guerre froid » with relation to the European powers; and yet it was also a time of some notable achievement in scholarship. Here is a collection of papers that throws a few spots of light on this rather neglected area, with particular attention to humanistic jurisprudence imported from France in the sixteenth century. This *mos gallicus juris docendi*, associated especially with the teaching of Jacques Cujas, his colleagues and his pupils, was introduced into the new Academy of Geneva (founded by Calvin in 1559) by a number of Huguenot refugees from France, including François Hotman and Hugues Doneau, who both fled from the massacres of St. Bartholomew in 1572. The enterprise was carried on by Denis Godefroy and especially by his son Jacques Godefroy, whom Schmidlin calls « le plus éminent et surtout le plus genevois d'entre eux ».

The significance of this « première Ecole du droit historique », as Alfred Dufour calls it, is illustrated in a scholarly survey of the background, presented by Vincenzo Piano Mortari, from Hotman to Godefroy; by Bertrand Bouvier's examination of a forteenth-century Byzantine manuscript brought to Geneva in 1535 by Antoine Léger,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

later professor of Hebrew and rector of the Academy; and by a number of papers devoted to the scholarly work of Jacques Godefroy. Schmildlin gives detailed consideration to Godefroy's efforts to « return to the sources », sometimes to the detriment of practical jurisprudence and its teaching (as well as the systematic interpretations pursued by Doneau) but to the great benefit of the study of pre-Justinianian law, including the Twelve Tables, of which he published the first comprehensive edition, the maxims of ancient law (*De Regulis juris antiqui*) collected in last book of the Digest, and above all the Theodosian Code; Catherine Santschi analyzes Godefroy's efforts to assemble material for a history of Geneva (and also edits a selection of documents in the appendix, including a plan for this history); Mario Turchetti discusses his connections with the subversive periodical, the *Mercure Jésuit*; and Dufour treats certain aspects of Godefroy's political thought, including his critical views on absolutism, illustrated by his *Trois discourse politiques* (1634), including commentaries on the famous formula, *Princeps legibus solutus* and on the Greek model of federalist political organization.

Further light is shed on legal humanism by Matteo Campagnolo's paper on the Genevan jurist Jacques Lect, who succeeded Théodore Beza as director of the Academy; by Carlo Augusto Cannata's rather general exposition of the systematic jurisprudence of Doneau and Jean Domat; and especially by Robert Feenstra's interesting study of Doneau and seventeenth-century Dutch legal scholarship, suggesting a significat connection with Grotius, which is a subject that obvously invites further study. This section of the volume also contains two studies of the resistance ideas of Beza, but about these the less said the better. (It should be noted [p. 176] that John Ponet wa not Scottish but an English exile under Mary and that his *Short Treatise on Politike Power* appeared in 1556, not « en 1536 déjà »).

In general this is, for legal scholars, a useful, if rather miscellaneous and uneven collection, a handsome product of civic scholarship, and a nice tribute to a major scholar whose significance has not always been well appreciated.

DONALD R. KELLEY

L. MASMEJAN, *La protection possessoire en droit romano-canonique médiéval (XIIIe-XVe siècles)*, Montpellier, 1990 (Publications de la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens Pays de droit écrit, IV).

La ricerca incentrata su temi storico-giuridici ha conosciuto stagioni diverse, nelle quali l'attenzione degli studiosi ha subíto significativi e talora radicali mutamenti di oggetto e di prospettiva, tali da produrre a più riprese, nel corso di questo secolo, svolte nette nella propria

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

configurazione e da suggerire persino, ad osservatori attenti e partecipi, una precisa periodizzazione della produzione scientifica, operata proprio in base all'età storica ed alla forma di manifestazione della vita giuridica elette a campo privilegiato d'indagine dai filoni storiografici di volta in volta dotati di maggiore spessore culturale e di più forte presa comunicativa, tanto nei confronti dei cultori di diritto positivo come anche degli storici di diversa specializzazione ([1]). Sotto questo aspetto il periodo appena trascorso ha visto sì l'acquisizione alla disciplina degli sconfinati e fertilissimi territori della storia moderna e contemporanea, sino a non molti anni fa pochissimo battuti e pressochè incogniti nella loro configurazione *sub specie juris*, ma ciò al prezzo oneroso di una ritirata dal terreno tradizionalmente più familiare del Medioevo, pur con una ridotta retroguardia tuttavia impegnata a colmare le grandi lacune ancora aperte nelle nostre conoscenze sul diritto bassomedievale ([2]).

A tale dilatazione temporale di orizzonti ha corrisposto, d'altro lato (anche se non intendiamo qui affermare un collegamento necessario tra le due tendenze, che attingono a motivazioni a nostro avviso sostanzialmente eterogenee), un venire in uggia ed un diffuso rifiuto di una storia ridotta a pura ricostruzione di teorie giuridiche disincarnate, ed accusata perciò di perpetuare gli errori ed i guasti imputabili alla *Dogmengeschichte*, affetta da inguaribile strabismo a tutto vantaggio delle sofisticate ma astratte esercitazioni logiche di giuristi ignari della irrinunciabile dimensione dell'effettività, e quindi condannata a tradire l'essenza stessa del fenomeno giuridico studiato. Per questo, nell'ennesimo ritorno del pendolo che governa il mutare dei movimenti (e delle mode) culturali, si era generalmente rinunciato a proseguire il faticoso lavoro di messa a punto di concetti storiografici capaci di fornire modelli interpretativi dell'esperienza giuridica medievale, i quali mostravano l'asserito limite di fondarsi principalmente proprio sulla riscoperta di dottrine elaborate dai *Doctores juris*. La convinzione a ciò sottesa era che lo sforzo di astrazione operato in tal modo (dai giurisperiti medievali in primo luogo, e poi dagli stessi studiosi moderni)

([1]) Si vedano, con riguardo all'Italia, A. CAVANNA, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano, Giuffrè, 1983 e E. CORTESE, *Esperienza scientifica. Storia del diritto italiano*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*. Atti del Convegno nazionale (Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981), Milano, Giuffrè, 1982, pp. 785-858.

([2]) Con tutto ciò, un elenco, anche sommario, dei principali contributi degli ultimi trenta anni — così italiani come stranieri — su temi prettamente giusmedievistici sarebbe (per fortuna) oltremodo ricco e significativo; vogliamo qui soprattutto indicare una tendenza, evidenziare uno spostamento — indubbio, ci sembra — del baricentro della materia, ormai visibilmente e progressivamente spostato verso l'analisi dell'esperienza giuridica moderna.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avrebbe deformato e, quindi, travisato infallibilmente il dato storico, che occorreva anzitutto (o magari, per qualcuno, esclusivamente) procedere a rilevare, inventariare, organizzare quantitativamente, evitando di costringerlo in gabbie teoriche precostituite e falsanti, secondo i dettami ricavati dall'imperante metodo sociologizzante e forti anche dell'esempio proveniente dalla prestigiosa scuola storica d'oltralpe, tutta tesa a cogliere del passato gli aspetti seriali, quotidiani e comuni, lontani da ogni connotato di esemplarità ed eccezionalità. Ne è derivato un fiorire di ricerche per tanti versi meritorie, ma sovente programmaticamente aliene da ogni interesse per l'elemento formale, che pure è una componente ineliminabile del mondo del diritto, anche a costo di correre il tangibile rischio di impoverire colpevolmente la rappresentazione della poliedrica realtà medievale, soprattutto in questo campo ([3]).

Questa lunga notazione preliminare ci è parsa utile per introdurre un contributo la cui rilevanza deve essere riconosciuta *in primis* nel fatto di inserirsi a pieno titolo nell'ennesimo, auspicato *revirement* registrabile nella storiografia degli anni più recenti, la quale mostra un ritorno consapevole e, certo, più equilibrato che in passato al gusto per lo scandaglio del c.d. *droit savant*, non più squalificato al rango di fastidiosa ed ingombrante bardatura sovrapposta ad una dimensione del vivere associato che, invece, si esaurisca primariamente ad un livello di mera fattualità (ivi comprese le manifestazioni puntuali di volontà del potere politico incarnate nelle norme legali, quali che siano le loro varie forme e denominazioni).

Il saggio di Masmejan si segnala dunque quale conferma della rinnovata attenzione, registrabile da qualche tempo al di qua come al dà delle Alpi, rivolta allo studio delle opere dottrinali tardomedievali, sentite ed apprezzate quale frutto genuino e succoso di una ben definita stagione del diritto. Tale stagione infatti ripete larga parte della propria fisionomia dalla attiva presenza di una nutrita schiera di professori che alimentano negli *Studia* di tutta Europa una scienza giuridica dai precisi connotati, la quale ricava formale legittimazione e sostanziale autorevolezza dal fatto di accreditarsi quale esplicazione e commento della compilazione giustinianea, e trae prestigio culturale e sociale dalla capacità di elaborazione di teorie che forniscono una interpretazione tecnicamente provveduta dei fenomeni sociali coevi, quando questi arrivino a superare la soglia del giuridicamente rilevante, entrando a far parte dell'ordinamento (particolare od universale) cui sono propri. Il modo più diretto e sicuro per giungere al cuore stesso di tale esperienza

---

([3]) Con ciò trova espressione anche in questa forma certa inclinazione attuale a relegare tra i disutili ed esornativi strumenti del passato la nozione stessa di pensiero giuridico o di scienza giuridica. Riflessioni pertinenti ed acute su questo tema in P. Cappellini, *Che cosa significa pensare (giuridicamente)?*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, n.s., sez. V, Scienze giuridiche, vol. II, s. l. , 1988, pp. 45-59.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

consiste allora nel ripercorrere fedelmente le strade battute da quei lontani maestri, riappropriandosi dello strumentario logico e tecnico al quale costoro si affidavano e seguendo passo passo l'enuclearsi e l'evolversi, pur talora confuso o contraddittorio, di un autonomo e consapevole pensiero giuridico ([4]).

Tutto ciò conduce inevitabilmente ad una rivalutazione della ricerca volta a riportare in primo piano la storia degli istituti giuridici (una volta dismessa la zavorra di un modo troppo rigido e riduttivo d'intendere tale nozione), poichè di essi è sostanziata la concreta vita del diritto, e ad essi occorre guardare per dare corpo e sangue a concetti altrimenti condannati a non materializzarsi mai in effettivi comportamenti ed attività umane ([5]).

La monografia di cui ci occupiamo si colloca esattamente in questo filone, caratterizzandosi quale notevole contributo per la conoscenza della *possessio*, indagata sotto il profilo, particolarmente interessante ma anche singolarmente complesso, dei mezzi processuali di tutela apprestati dal diritto comune. L'argomento prescelto manifesta infatti le opzioni metodologiche dell'Autore, che si mostra perfettamente a proprio agio nella ricomposizione di un mosaico le cui tessere si trovano sparse negli scritti di tutti i maggiori rappresentanti delle « scuole » avvicendatesi dal XIII al XV secolo, dell'uno come dell'altro diritto, stante la rilevanza evidente di un tema intimamente connesso (voremmo dire preliminare, posto com'è a cavaliere del labile confine tra giuridico e pregiuridico) con quello capitale e multiforme della appartenenza dei beni. Una ricerca svolta dunque sul versante più « tecnico », se non anche più difficile, del diritto processuale, ch'è al tempo stesso l'esito più francamente nuovo e svincolato dai modelli romani del lavorio dottrinale medievale, in virtù di un apporto qualitativamente e quantitativamente determinante fornito dai canonisti, nel corso dell'opera di edificazione di quello che siamo oggi soliti denominare processo romano-canonico, strutturato sul fondamento di principi e secondo modalità ampiamente originali.

Il presente studio si propone, ci sembra, due obiettivi fondamen-

---

([4]) Per una sentita e lucida « difesa » dell'importanza storica e dell'intrinseco valore oggettivo del pensiero giuridico elaborato dai maestri del diritto comune, affermati attraverso la concreta, puntuale analisi di dottrine riguardanti cruciali nodi della vita politico-istituzionale bassomedievale, si vedano ad esempio i contributi raccolti in D. Quaglioni, *« Civilis sapientia ». Dottrine giuridiche e dottrine politiche fra Medioevo ed età moderna*, Rimini, Maggioli, 1989.

([5]) Tutta una serie di pur raffinati ed utili concetti acquistano difatti un effettivo spessore soltanto se inquadrati nella più ampia ottica propria ai singoli specifici istituti (a loro volta storicamente interpretati), che così conferiscono loro significato palpabile e compiuto, togliendoli da quel *Begriffshimmel* appropriatamente creato dalla satira pungente di Jhering.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tali: discernere le modificazioni introdotte nell'età di mezzo nella disciplina romana del sistema di azioni posto a difesa del possesso, per comprendere se possa configurarsi, ed in qual misura, un diverso modo d'impostare la materia e, mediatamente, se a ciò corrisponda una concezione alternativa della stessa situazione possessoria tutelata; evidenziare poi l'importanza dell'apporto canonistico, soprattutto per quanto riguarda l'enucleazione dei presupposti dell'azione e dei requisiti necessari per vantare la relativa legittimazione ad agire.

Risalta, così, la rilevanza di siffatti temi d'indagine, in sè considerati e per gli elementi da essi ricavabili al fine di acclarare (proprio mediante ricerche « sul campo » - cioè sui testi, sia ben chiaro — di questo tipo) le questioni storiografiche di fondo dell'epoca del diritto comune: la formazione di un diritto medievale legato al diritto romano da un vincolo genetico mai superato eppure tutt'altro che appiattito su quello, e la coordinazione in un sistema armonico, binario ma intimamente coerente (e non solo sul piano delle astratte teorizzazioni) del diritto civile e di quello canonico, autonomi ma in tanti punti collegati.

Alla luce di tali considerazioni crediamo giustificata e condivisibile la preponderante attenzione concessa all'aspetto (della tutela) processuale dello sfaccettato e complesso fenomeno possessorio, e tale approfondimento risulta tanto più prezioso in un panorama che registra la mancanza sia di opere recenti volte a lumeggiare organicamente la materia procedurale, sia di scandagli specificamente dedicati al nostro argomento. In verità, questo sembrerebbe un caso privilegiato in cui analizzare la circolarità del fenomeno giuridico, che prende le mosse dal diritto sostanziale per sfociare poi nel processo e quindi riversare gli esiti della pronuncia giudiziale in una nuova definizione di rapporti ancora sul piano del diritto sostanziale. Proprio le caratteristiche peculiari della tutela possessoria, in quanto chiamata a dare una risposta rapida ed efficace ad una materia del contendere ben circoscritta, e poichè esclude programmaticamente l'accertamento della effettiva titolarità delle situazioni soggettive a cui pure l'esercizio del possesso rimanda logicamente, evitando di riconoscere o costituire stabilmente diritti in capo alle parti coinvolte, induce a pensare alle azioni recuperatorie (l'azione di spoglio di ascendenza romanistica e quella di reintegrazione affermatasi nel diritto canonico) ovvero ai mezzi di difesa dalle turbative del libero esercizio del possesso (il vecchio *interdictum uti possidetis*) come a semplici fasi interlocutorie di una partita giocata in più tempi e su più tavoli (pensiamo ai rapporti tra giudizio possessorio e petitorio, notoriamente intricati, ed ampiamente indagati anche dal Nostro). In questa direzione è forse possibile notare che la decisione adottata da Masmejan di relegare sullo sfondo ogni questione relativa alla natura della *possessio*, agli elementi che la compongono ed alle molteplici suddistinzioni operate nel tempo a fini diversi, non ha consentito di dare esaustiva ragione di alcuni nodi teorici sempre

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riemergenti (forse perchè mai convincentemente risolti) tra le righe delle trattazioni *ad materiam*; affiora insomma un relativo disinteresse manifestantesi sul piano sistematico, il quale non inficia gli esiti del lavoro svolto ma lascia piuttosto vivo il desiderio di uno sforzo supplementare per rappresentare compiutamente quella realtà circolare a cui facevamo riferimento, anche per cercare in fine di tirare conclusioni teoricamente più elaborate (e quindi più fondate) di quelle che possa autorizzare una impostazione che autonomizzi oltre misura il versante processuale.

Prima di svolgere alcune notazioni sul merito delle teorie rivisitate con curiosità intellettuale e solida perizia tecnica dall'Autore, vorremmo formulare un'ultimo rilievo metodico suggerito dalla lettura di queste pagine, soffermandoci sulle difficoltà invariabilmente procurate al ricercatore dalla necessità di superare uno scoglio assai insidioso che si para fatalmente dinanzi a chi voglia delineare la fisionomia di un istituto giuridico (con una operazione assimilabile a quella compiuta da chi fissi in un quadro o in una fotografia una scena, restituendone con precisione i particolari ma condannandola ad una innaturale, deludente fissità), al contempo cercando di coniugare tale rappresentazione statica con uno sforzo ricostruttivo in senso più profondamente e genuinamente storicizzante, che dia cioè conto dell'elemento dinamico apportato dal decorrere del tempo (come chi, facendo scorrere i molteplici fotogrammi di una pellicola cinematografica ottenga di riprodurre l'effetto di movimento proprio della vita reale). Se la nozione di istituto reca infatti in sè l'idea di un insieme di norme strutturato in un assetto tendenzialmente stabile, la consapevolezza della insopprimibile dimensione storica del diritto conduce a non appagarsi di una galleria d'inanimate « nature morte » e ad evitare le secche di una insoddisfacente (perchè unilaterale) *Begriffsjurisprudenz*, ma reclama al contrario il partecipe impegno dello storico-giurista per portare in scena la costante tensione tra organizzazione e mutamento nella quale si compie e si esaurisce la peculiare dialettica tipica del fenomeno giuridico. Nel caso di cui qui si discorre la soluzione data al problema ha privilegiato la messa a fuoco dei singoli elementi costitutivi della fattispecie, anche a costo di ottenere un frazionamento estremo a livello espositivo, per poi procedere ad una ragionata sintesi, la quale si effettua però sempre restando all'interno delle diverse scansioni cronologiche, individuate dal Masmejan in base al manifestarsi di significativi caratteri unitari, con il conseguente (ed in certa misura inevitabile) sacrificio della perspicuità e limpidezza d'esposizione delle linee evolutive portanti di lungo periodo, laddove alla analitica comprensione in chiave sincronica dei vari momenti storici non fa riscontro una altrettanto sviluppata capacità sintetica nella direzione dello sviluppo diacronico della materia, che offra con chiarezza ed evidenza il senso ultimo della ricerca.

Ci pare tuttavia giusto segnalare questa indagine per la diligenza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

profusa nella raccolta del materiale, per la puntualità e l'esaurienza dell'informazione, per la saldezza dell'impalcatura tecnica che innerva la ricognizione di un argomento così difficilmente addomesticabile ad opera di un profano, estraneo al sapere formalizzato del giurista. Il Nostro, anzi, si dimostra tanto concentrato sul paziente lavoro esegetico necessario per ricomporre ad unità i *disiecta membra* che gli si offrono, chino sui suoi testi nella cauta fatica di collazionare e ricucire le sparse testimonianze reperite, da trascurare (volutamente, crediamo, per estrema coerenza con l'indirizzo scientifico cui sopra alludevamo, che ha decisivamente rivalutato la specificità e dunque l'importanza delle opere giuridiche a carattere dottrinale) ogni altro tipo di fonte, giuridica e non ([6]), procedendo forse per questa strada più lontano di quanto equilibrio e moderazione consiglino: il saggio ne guadagna in compattezza e rigore d'impianto, ma corre il pericolo di offrire una carente ambientazione storica, rischiando per questo di essere da taluno relegato (pur a torto) tra le inchieste erudite senza reali radicazioni in un sostrato effettivo ([7]).

Rimangono ora da indicare più in dettaglio alcune stimolanti conclusioni cui perviene il contributo qui recensito (in realtà frutto della pubblicazione della tesi con cui l'Autore ha ottenuto la licenza di dottorato); gli elementi da richiamare ed approfondire sono assai numerosi, e concernono i più vari aspetti della materia trattata, una estesa rassegna dei quali, però, sarebbe impossibile in questa sede, mancando lo spazio per la necessaria attenta disamina delle fonti, ampiamente citate ed anche meritoriamente riprodotte in buon nu-

---

([6]) Il panorama storico circostante, giuridico e più ampiamente culturale, sociale, economico, politico, non viene fatto oggetto di analisi: i nessi interdisciplinari che pure potrebbero essere messi in rilievo e le tracce capaci di far scaturire eventuali indagini complementari sono completamente trascurati.

([7]) Su di un piano diverso si pone invece la scelta (dichiarata e dunque consapevole) di condurre l'indagine affidandosi pressochè esclusivamente alle edizioni a stampa, le benemerite « cinquecentine », riservandosi la possibilità di verifiche puntuali sui manoscritti soltanto in caso di fondati dubbi sulla mendosità del materiale edito. Tale criterio, nella perdurante carenza di strumenti di lavoro approntati secondo metodi filologicamente corretti, e nella oggettiva impossibilità per il singolo studioso di affrontare l'improba fatica di accertare una versione affidabile, appare francamente condivisibile, anche se metodologicamente inappagante: l'alternativa sarebbe probabilmente la condanna al silenzio, in assenza di edizioni critiche per la gran parte della produzione dottrinale di diritto comune.

Non va poi sottovalutato il valore che quei testi, pur gremiti di errori ed imprecisioni, hanno acquisito in virtù del fatto che proprio essi hanno rappresentato l'unico canale di diffusione degli insegnamenti dei *Doctores*; riconoscere che su di essi si sono formate generazioni di giuristi d'*Ancien Regime* in tutta Europa, significa accreditarne l'importanza agli occhi dello storico del pensiero giuridico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mero, ed un resoconto sommario delle tesi esposte risulterebbe tedioso e di scarsa utilità per il lettore. Preferiamo allora soffermarci su di un singolo tema, ben delimitato ma di capitale importanza nell'economia dell'opera e significativo anche per mostrare il modo di procedere adottato per indagare le fonti a disposizione: quello relativo alla azione di diritto canonico preordinata alla reintegrazione nel possesso. Si tratta di un mezzo processuale recuperatorio fondato sul canone grazianeo *Redintegranda* (C 3, q 1, c 3-4), nel quale si adombra la possibilità di configurare una nuova azione, non contemplata dalle fonti giustinianee, mirante alla restituzione di beni (anche non singolarmente determinati) e svincolata dal presupposto dello spoglio violento, bensì esperibile unicamente sulla base della perdita ingiusta del possesso. Masmejan segue diligentemente lo svolgersi del dibattito innescatosi nella dottrina canonistica sulla effettiva consistenza e sui caratteri distintivi di uno strumento processuale che non si sovrappone all'*interdictum unde vi*, ma gli si affianca senza sostituirlo, e cerca con buon successo di chiarire l'importanza dell'apporto dei singoli maestri, nella dialettica serrata che lega le posizioni di Giovanni Teutonico, Bernardo di Parma, Innocenzo IV (l'unico mostratosi fermamente contrario a riconoscere nel canone del *Decretum* altro che l'espressione di un preesistente principio canonistico generale, applicabile mediante i mezzi già previsti dall'ordinamento romano), Goffredo da Trani, l'Ostiense, Guglielmo Durante e via elencando, fino all'esame dell'atteggiamento tenuto dai civilisti nei confronti di un tipico frutto della riflessione canonistica, ed alla sua definitiva e compiuta configurazione in epoca relativamente tarda (XIV-XV secolo). Al di là dei quesiti di dettaglio che tale ricostruzione può suscitare, circa l'esatta interpretazione di qualche passo, notiamo la enucleazione, per il tramite dello studio di uno specifico istituto, di alcuni snodi cruciali della vicenda del diritto comune, a conferma della fecondità di simili scavi: indichiamo, ad esempio, l'impermeabile indifferenza ostentata dai Glossatori bolognesi per quanto andava elaborando la coeva scienza canonistica, ed invece l'informata attenzione prestata dagli Orleanesi a tutto quanto vi si discuteva (Jacques de Révigny è infatti il primo cultore del *Corpus Juris* a prendere atto dell'affermarsi di questa inedita forma di tutela possessoria), per poi ricavare l'ennesimo indizio della sintonia raggiunta tra le due schiere di giuristi dalla comune messa a punto della forma classica dell'azione, tra il maturo Trecento ed il Quattrocento; troviamo insomma anche per il tramite dei testi considerati una insospettata riprova « sperimentale » di alcune delle tesi storiografiche più recepite, eppure troppo spesso tralaticiamente accolte in modo acritico (cioè non fondato su apporti conoscitivi di questo tipo). Ancora, assai notevoli sono le conclusioni tirate in argomento sui rapporti tra diritto romano (« Les actions possessoires médiévales reposent d'abord sur le droit romain », si afferma in sede di bilancio finale (p. 407] e diritto canonico, individuato

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quale principale fattore di evoluzione verso un sistema derivato da quello romano eppure inconfondibilmente medievale, così come fondamentale appare la riconduzione dello sviluppo della protezione possessoria ad un fattore, nonostante tutto, esterno alla dottrina, quale l'incertezza insita in questo periodo nel processo petitorio, segnatamente sotto il profilo della prova della titolarità della proprietà fondiaria, per cui « pratiquement,l'action possessoire médiévale remplace l'action réelle pétitoire » (p. 417).

Non intendiamo abusare oltre del tempo del lettore, il quale potrà ben verificare da solo la varietà e ricchezza di suggestioni evocate da questo lavoro, e giudicarlo positivamente, consapevole che la ricerca più riuscita è proprio quella capace di stimolare ulteriori domande e nuove verifiche.

GIOVANNI ROSSI

Paolo PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna, Il Mulino, 1992.

Dans ce nouveau livre, préparé depuis longtemps par des interventions de détail, Paolo Prodi mène à bout une entreprise risquée, celle d'écrire un travail d'histoire sous l'influence d'une angoisse citoyenne — celle de la crise des institutions politiques fondamentales dans le monde contemporain. Livre d'histoire, livre de réflexion politique. Discours détaché, axé sur l'analyse rigoureuse des sources; discours engagé, angoissé par les drames de la vie politique actuelle. L'entreprise n'est cependant pas inédite au sein de l'historiograpie italienne Qu'on se souvienne de ce livre fondamental *Crisi dello Stato e storiografia contemporanea*, de Roberto Ruffilli, lui aussi militant sur le front incertain et parfois déchirant de la refonte de la constitution politique dominante, quels que soient les symptomes d'une crise de plus en plus ouverte. Les signes de cette crise sont nombreux; apparemment, ceux qui sont les plus présents dans l'esprit de l'auteur sont les signes de refus radical et brutal des systèmes politiques établis, tels que, du côté du sujet, l'action directe, le terrorisme ou le dédoublement des institutions étatiques par des formes parallèles d'organisation et de discipline politiques; ainsi que, du côté des détenteurs du pouvoir, la instrumentalisation de leurs facultés d'*imperium* à des fins étrangers au bien de la communauté politique.

Le point de départ de l'essai de P. Prodi est la constatation de la crise d'une lien fondamental, vital, définitif entre l'individu et la communauté politique. Un lien par définition non dissoluble, insusceptible d'être révoqué par une décision libre et arbitraire, soit du côté de l'individu, soit du côté du pouvoir.

A son avis, la nouveauté des temps modernes, annoncée depuis le

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contractualisme laicisé de l'époque moderne serait le déclin du serment, comme source d'un « pacte politique » conçu, non comme un engagement horizontal entre citoyens, mais comme un engagement vertical des citoyens vers une source méta-politique, sur-naturelle, sacrale, du pouvoir. Pour reprendre les termes de l'auteur, la vie politique contemporaine pourrait ôtre décrite, dans ses rapports les plus fondamentaux, comme « transition [...] de l'idée du *pro patria mori* [...] à des modalités nouvelles d'association politique qui semblent avoir la forme de rapports de condominium (conditionnées surtout par le respect du bienêtre individuel et des règles d'usage des services communs) plutôt que la nature d'un lien qui unisse la vie et la mort des personnes » (p. 11).

Serait symptône de cette transition plùtôt l'évolution de l'institut du serment politique, que l'évolution des idées sur les rapports entre pouvoir naturel et surnaturel. En effet — et voilà une des thèses centrales de l'auteur —, la dynamique de l'évolution hystorique du serment politique se développe sans rapport nécessaire avec les réalités théologico-culturelles et ecclésiales du christianisme occidental. La recherche peut alors prendre une allure tout à fait originale. Sans oublier l'importance des rapports entre théologie et droit, l'auteur construit l'essentiel de sa recherche sur le plan de l'histoire du droit et des institutions, en essayant d'y décerner les sources spécifiques de l'ascension et de la chute de l'idée d'un lien entre l'homme et la communauté, garanti par le sacré, quel qu'en soit le contenu.

Le fait de se situer sur le terrain de l'enracinement institutionnel des idées et des sentiments permet à l'auteur prendre pour objet un type spécial de phénomènes de longue durée, dont l'importance a été ignorée par les historiens qui ont lancé le thème de la longue durée sur le marché des idées historiographiques. Il s'agit d'un phénomène qui, dans ce cas particulier du serment politique, se situe au croisement critique des données de la conscience individuelle et des contraintes politiques. C'est là donc qui se mésurent réciproquement les pulsions les plus décisives de l'autonomie éthique de l'individu avec les prétentions les plus dramatiques de l'éthique politique.

Il n'est pas question de résumer ici le contenu, aussi érudit qu'averti, d'un livre de 600 pages denses et pleines de suggestions. De plus, tout le livre semble orienté vers l'acquisition de jalons pour une prospective du destin futur de ce lien fondamental de la vie politique, autrefois representé par le serment politique. Les résultats sont réunis dans le dernier chapitre, où l'auteur dresse un bilan des perspectives et lignes de fuite des conceptions contemporaines sur le serment.

De nos jours, la situation est, bel et bien, paradoxale. D'un côté, les conceptions sacrales, issues de la (d'une certaine) théologie politique chrétienne, qui prennait Dieu pour témoin des engagements politiques fondamentaux ont été baleyées par la pensée contractualiste, qui s'est developpée depuis l'époque moderne. D'autre part, on éprouve le

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sentiment que la réduction du serment à une simple déclaration solennelle de volonté, substantiellement identique aux engagements contractuels de droit privé soustrait le pacte politique fondamental à une garantie supra-positive, en autorisant toutes les dérogations au nom d'un changement d'avis ou de dispositions subjectives de la conscience de chacun.

L'enjeu est donc de retrouver des formes nouvelles de validation supra-volontaire d'un acte qui a été un acte de volonté. P. Prodi en fait le bilan (pp. 490 ss.). Depuis le renouvellement des idées allemandes de fidelité personnelle envers un chef (*Treue* et *Gefolgschaft*) (pp. 500 ss.), à la reprise d'une vieille distinction entre *pactus* et *status* distinguant l'engagement dans un pacte et la déclaration d'entrée dans un état objectif, dans un ordre matériel des choses, dont la révocation serait impossible, par la nature même des choses (pp. 497, 511, 518). Devant les difficultés des différentes réponses, P. Prodi — dans le sillon tracé par une certaine pensée catholique de l'après-guerre (pp. 506 ss.) — semble reprendre le dualisme typique des premières conceptions chrétiennes sur le serment, qui distinguaient nettement les engagements envers les seigneurs de ce monde de l'engagement fondamental, vital, prophétique, eschatologique envers Dieu. Ce qui équivaut à transformer le pacte politique en un engagement provisoire, d'ici bas, toujours soumis à un engagement permanent orienté vers des valeurs permanentes et surnaturelles. D'après l'auteur, ce serait ce dualisme qui garantirait — comme autrefois — le dynamisme même des engagements politiques temporels, conçus comme des compromis avec des paliers provisoires anticipant un avènement eschatologique de la Cité parfaite. Les mérites de ce point de vue sont évidents: il évite tout fondamentalisme (de toutes sortes, religieux ou tecnocratique), qui sacralise les organisations politiques positives; et, d'autre part, il empêche toute chute dans un subjectivisme étique, dissolvant le contrôle de la validité des serments. Quelle serait la version laicisée de cet engagement, dont la nature, le contenu et le destinataire sont clairs pour les croyants, voilà qui n'est pourtant pas évident. Un engagement envers une Humanité en cours de perfectionnement continu? Envers une harmonie finale, un Homme Nouveau? Envers un Ordre mondial, dont les lignes de force sont déjà visibles (gestion planétaire et juste des ressources, épanouissement de la libertè et du droit à la différence)? Le livre de P. Prodi reste, au moins en surface, un livre d'histoire. Et, dans cette mesure, un livre tout à fait réussi et envotant. Mais, en vue des tension citoyennes, étiques et même religieuses soujacentes, une réponse plus explicite à ces questions contribuerait beaucoup à rassurer les angoisses que sa lecture provoque dans la conscience des lecteurs. Si — ce qui n'est pas sûr — les angoisses (ces angoisses) doivent être résorbées.

ANTONIO MANUEL HESPANHA

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Marie-Joëlle Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, Economica, 1992, pp. 389.

È un bel volume dedicato all'« âge d'or » della Terza Repubblica francese (1879-1914), questa opera di Marie-Joëlle Redor. Il *dies a quo* della periodizzazione, non immediatamente illuminante per il non specialista, è la così detta « Constitution Grévy » nella quale si è soliti identificare, col nome del Presidente della Repubblica che per primo rinunciò all'esercizio dei poteri più significativi attribuitigli dalle leggi costituzionali del 1875, l'avvio del regime 'assembleare' e della fase a più evidente predominanza del legislativo nella storia della Repubblica.

Al centro dell'opera si colloca dunque, molto opportunamente, una vicenda costituzionale, quella francese a cavallo tra Otto e Novecento, tanto centrale ed importante, quanto troppo spesso in ombra negli interessi scientifici e nelle ricostruzioni comparative e di sintesi.

La chiave interpretativa scelta dall'A. — com'è evidente sin dal titolo — si affida alla celebre distinzione tra *Etat légal* ed *Etat de droit*, coniata da Raymond Carré de Malberg, la cui *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, pubblicata solo nel 1920 ma scritta già negli anni immediatamente precedenti il conflitto mondiale, funge anche da sintesi conclusiva del periodo esaminato. Una distinzione che ci accompagna per tutto il corso del volume e che viene invocata per sintetizzare ed esprimere il senso dell'evoluzione delle dottrine giuspubblicistiche francesi a cavallo tra i due secoli.

L'itinerario che il volume ci illustra è in gran parte inverso e speculare a quello al quale sono abituati i cultori di cose italiane o tedesche. Allo Stato di diritto, in Francia, si arriva non attraverso un processo di sostituzione e di surrogazione di un percorso costituzionale fragile, contraddittorio, mai compiutamente realizzato, troppe volte interrotto e denso di ripiegamenti 'amministrativi', ma per mezzo di una vistosa correzione di equilibri costituzionali — l'*Etat légal*, appunto — già fortemente caratterizzati in senso 'legicentrico' ed esposti perciò al pericoloso « arbitraire du législateur » (p. 14).

'Stato legale' e 'Stato di diritto' diventano così due modelli costituzionali con specifiche e peculiari caratteristiche. Intanto, il primo precede il secondo, sulla base di un criterio di alternanza la cui operatività non sembra andare molto al di là dei confini francesi. Forse, nel panorama continentale, solo la Repubblica austriaca degli anni Venti — dunque ormai nel primo dopoguerra — potrebbe essere definita, con qualche analogia con la Francia di fine secolo, uno 'Stato legicentrico'.

Lo 'Stato legale' sottende, infine, una certa forma di governo parlamentare, a forte predominio assembleare, fondata su quel suffragio

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

universale diretto, di là da venire per molto tempo sia in ambito tedesco che italiano.

Lo stesso 'Stato di diritto' acquista caratterizzazioni proprie; abbandona le vesti dimessamente amministrative di gran parte della letteratura sul *Rechtsstaat* e diventa un modello costituzionale pensato e costruito per limitare e vincolare, attraverso il diritto, essenzialmente il legislatore. È dunque, in gran parte, uno Stato fondato sulla centralità della giustizia costituzionale.

Al contrario, lo 'Stato di diritto' di un Rudolf von Gneist o di un Silvio Spaventa, proprio perchè espressione dell'idea che « la libertà oggi deve cercarsi non tanto nella costituzione e nelle leggi politiche, quanto nell'amministrazione e nelle leggi amministrative », si limita a riconoscere, più modestamente, la centralità della giustizia amministrativa.

Nella Terza Repubblica, invece, la combinazione di assemblearismo e suffragio universale rievoca lo spettro della Convenzione; fonda l'onnipotenza parlamentare ed allontana il modello costituzionale pensato dalla Rivoluzione sul cardine della volontà generale: un modello spazzato via da un legislatore che assimila arbitrariamente « volonté législative » e « volonté nationale » (p. 51) e che tende, perciò, a sostituire la propria sovranità a quella della nazione.

Anche la rappresentanza come modo di selezione dei 'capaci' al governo entra in crisi: nella realtà dei comitati elettorali, dei gruppi, dei sindacati, nella prassi delle dimissioni in bianco, il deputato torna ad essere un semplice mandatario, eminentemente revocabile dunque, in netto contrasto con i principii fissati sin dalla Costituente dell'89.

Sono i giuristi — Carré in testa — a sollevare critiche ed ipotizzare correttivi: una letteratura che l'A. offre al lettore con particolare attenzione ed ampiezza (pp. 87-180), scendendo ad analizzare rimedi che si muovono ancora nell'orbita delle « garanties politiques » — riforme elettorali; riscoperta della costituzione formale fissata nelle leggi del 1875; valorizzazione dei compiti del Presidente della Repubblica e dell'Esecutivo; estensione della potestà regolamentare — e quelli che ormai si affidano al nuovo primato dei « contrôles juridiques ».

E sono proprio questi ultimi a segnare « l'efficacité retrouvée » (pp. 186 e ss.) di uno 'Stato di diritto' che perfeziona ed invera, attraverso il giuridico, uno 'Stato legale' squilibrato dalla supremazia del legislatore. Si tratta di una delle parti più convincenti del lavoro in cui l'A. dimostra una notevole padronanza sia delle problematiche costituzionali sia di quelle amministrative.

Di particolare interesse risultano le pagine dedicate all'evoluzione del ricorso per eccesso di potere. L'A. ricostruisce con attenzione il dibattito a cavallo del secolo sui caratteri di questo strumento di tutela — conteso tra natura amministrativa e giurisdizionale; oggettiva e soggettiva — sino al celebre saggio di Michoud del 1913, nel quale

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridicità e discrezionalità si integrano in nuovo concetto di legalità. Si possono così cogliere a pieno il significato ed il valore 'costituzionale' del principio di un'amministrazione « obligée de respecter le droit ».

Con la stessa attenzione, l'A. segue poi lo svilupparsi, questa volta nell'ambito del contenzioso di piena giurisdizione, e dunque attraverso un ricorso di tipo soggettivo, di un « droit de la responsabilité » (pp. 227 e ss.) in grado di sanzionare l'illecito dello Stato: un altro tassello importante sulla strada della garanzia dei diritti e dell'integrale giuridicizzazione dei rapporti tra Stato e cittadino.

La caduta del 'mito' dell'infallibilità del legislatore si realizza, tuttavia, su di un altro versante, che mette in luce l'insufficienza delle garanzie politiche e che con fatica ricerca una giustiziabilità delle decisioni legislative. I giuristi iniziano a guardare all'esempio americano del controllo di costituzionalità, ma non pochi sono ancora gli ostacoli concettuali che impediscono di estendere il valore della legittimità sino agli atti con forza di legge: il principio di divisione dei poteri, innanzi tutto, ma anche la difficoltà di rinvenire nell'esile tessuto normativo delle leggi costituzionali del 1875 le indispensabili norme parametro; la paura, infine, di far oltrepassare irrimediabilmente alla funzione di *ius dicere* i « confins du juridique et du politique » (p. 173).

Occorre confessare, tuttavia, che la modellizzazione ripresa da Carré de Malberg non sembra sempre la più idonea a descrivere l'evoluzione della giuspubblicistica.

La trasformazione dell'*Etat légal* in *Etat de droit* appare infatti perfettamente convincente sinchè s'insiste sull'insufficienza delle garanzie politiche e sulla necessità di vincoli giuridici posti al predominio del legislatore, sinchè s'inseguono i faticosi tentativi dei giuristi di avvalorare, nel quadro costituzionale della Terza Repubblica, un possibile giudizio di legittimità costituzionale delle leggi. Questa stessa modellizzazione è invece già più problematica quando la si utilizza per descrivere l'evoluzione dell'eccesso di potere, un istituto che presenta una espansione in senso oggettivistico della tutela perfettamente compatibile con l'*Etat légal*, che non a caso proprio Carré riteneva andasse « plus loin » dell'*Etat de droit* (si vedano, a questo proposito, le osservazioni di M. Troper, *Le concept d'Etat de droit*, in *Droits*, 1992), essendo in grado di coprire con il manto della legge tutta l'attività amministrativa e non soltanto quella incidente sui diritti individuali.

L'alternativa *Etat légal — Etat de droit*, del resto, sembra talvolta forzare eccessivamente la riflessione di una giuspubblicistica che a lungo ignora lo stesso lessema *Etat de droit*, al punto che persino Carré utilizza, in un primo tempo, un termine tedesco, quello appunto di *Rechtsstaat* (ancora Troper), in polemica con quegli equilibri costituzionali della Terza Repubblica per lui senz'altro identificati con l'*Etat légal*.

L'A. mette bene in luce i processi che pongono, progressivamente,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in secondo piano il ruolo del Parlamento e lo stesso primato della legge: l'espansione del diritto amministrativo, la nuova centralità assunta dal regolamento e dal provvedimento, l'ampliarsi del servizio pubblico e così via. Anche a questo proposito, tuttavia, c'è da chiedersi se la lettura di queste trasformazioni, opportunamente interpretata dall'A. nel senso di un vistoso indebolimento dell'onnipotenza parlamentare, possa poi trovare sufficiente espressività nella locuzione di *Etat de droit*, che rischia così di apparire un approdo troppo fragile e transeunte.

Lo « Stato provvidenza » che pian piano soppianta lo « Stato gendarme », proprio perchè Stato a prevalente amministrazione diretta, fondato sul *service* più che sulla *puissance*, sulla *Leistungsverwaltung* più che sulla *Eingriffsverwaltung*, non pone nuovi e, forse ad oggi non ancora risolti, problemi di legalità? Non sovrappone e confonde, malgrado i molteplici tentativi di pubblicizzazione dei giuristi — dall'*Anstalt* al *service*, all'*ente pubblico* — pubblico e privato; non travolge i confini, sino ad allora ben saldi, tra pubblico e commerciale? In questa prospettiva, l'*Etat de droit* adeguato all'industrializzazione e al nuovo « administrativisme du début du vingtième siècle » (p. 324), che sembra in grado di riunificare, in una suprema sintesi, governo parlamentare, suffragio universale, divisione dei poteri, controlli giuridici e di costituzionalità, espansione dei compiti amministrativi e garanzia dei diritti, rischia forse di apparire un modello politico-costituzionale, certo auspicato ed auspicabile, ma di difficile rinvenimento nel concreto processo storico europeo a cavallo tra i due secoli.

Se questi interrogativi possono possedere un qualche fondamento, bisognerà allora valutare con prudenza l'ipotesi — accennata in particolare nella parte conclusiva del volume — di generalizzare le categorie utilizzate anche oltre i confini francesi, almeno sino a quando non ci si provveda di un'adeguata teorizzazione — purtroppo, però, ancora mancante — che tenga conto del carattere europeo dell'itinerario verso lo Stato di diritto — carattere che è un merito di questo volume aver richiamato —, ma anche degli specifici itinerari nazionali e della diversità, talvolta sostanziale, dei diversi retroterra costituzionali di riferimento: una teorizzazione che riesca, in particolare, a dominare l'incredibile varietà di declinazioni semantiche o progettuali che il termine *Stato di diritto* può assumere nei diversi contesti storici e linguistici.

Certo è, che, almeno dai versanti italiani o tedeschi, l'interprete sarà portato, con maggiore facilità, a sottolineare l'evanescenza, il carattere semplicemente connotativo se non addirittura retorico, del concetto di Stato di diritto e la sua disponibilità a qualsiasi mutamento di regime (sinanco quello fascista o nazista).

Al contrario, come ben ci mostra questo volume, la Francia della Terza Repubblica, partendo da una base costituzionale più avanzata, da una società civile meno ristretta ed oligarchica, potrà invece, con

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

maggiore convinzione, inseguire un concetto di *Etat de droit* dall'evidente contenuto materiale, saldo nell'incrollabile tradizione rivoluzionaria, fedele alle proprie premesse liberali ed aperto ai più sofisticati processi di giuridicizzazione del potere.

BERNARDO SORDI

René SEVE, *Leibniz et l'Ecole moderne du droit naturel*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989.

L'interessante libro di Sève è un ottimo esempio di come non basti, nel campo della storiografia filosofica, essere d'accordo sui « fatti » per essere d'accordo anche sulle conclusioni da trarne. Chi scrive si trova infatti nella situazione paradossale di essere perfettamente d'accordo con molte delle analisi offerte da Sève, anzi, di più, di essere d'accordo con il fondamento stesso del suo libro (vale a dire la diagnosi di ciò che costituisca il cuore del giusnaturalismo moderno e di che cosa lo opponga a Leibniz), eppure di non essere d'accordo con l'immagine complessiva del giusnaturalismo che emerge da questo stesso libro. Cercheremo di spiegarci e, per farlo, esporremo brevemente qual'è il progetto dimostrativo di Sève.

Il libro è dedicato a ripensare due soluzioni opposte del problema del bene e del fondamento della morale: quella offerta dal giusnaturalismo moderno (rappresentato soprattutto dalla dottrina di Pufendorf) e quella offerta da Leibniz. Dopo aver riassunto velocemente, nel capitolo iniziale, le tesi tradizionali su quel che costituisca la specificità della filosofia moderna del diritto (vale a dire il metodo geometrico e l'individualismo), Sève mostra persuasivamente come questa specificità sia piuttosto da ravvisare nella centralità della legge, ovvero nel normativismo della dottrina giusnaturalistica, nel suo antinaturalismo, di cui la dottrina dell'obbligazione costituisce il nodo centrale. Dimostrata questa tesi attraverso l'analisi di alcuni punti chiave del pensiero degli autori considerati tradizionalmente esponenti del giusnaturalismo moderno (Grozio, Cumberland, Pufendorf), Sève passa a mostrare come la critica portata da Leibniz al cuore del giusnaturalismo (rappresentato dalla teoria dell'obbligazione di Pufendorf), il suo ritorno al naturalismo aristotelico-tomistico, la sua filosofia finalista dell'amore, non siano altro che la negazione stessa della nozione di obbligazione, vale a dire del dualismo moderno tra essere e dover-essere, negazione rispecchiata perfettamente dalla formulazione logica (la logica deontica) che egli dette alla sua morale. Ma l'analisi del progetto giusnaturalistico di fondare un sistema di leggi di portata universale e di fare di questo sistema uno strumento efficace per dirigere l'azione umana, nonché dell'attacco portato da Leibniz ad entrambi questi punti rivela, secondo Sève, come la croce del giusnaturalismo sia la questione dell'eccezione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alla regola e del conflitto tra norme. A questo problema, e al paradosso di un giusnaturalismo normativista, quindi assolutista, che finisce per reintrodurre la teleologia, cioè l'utilitarismo consequenzialista, e, inversamente, di un utilitarismo (Berkeley) che non riesce a rimanere solo consequenzialista, nonché al complicato intersercarsi delle varie posizioni, è dedicato l'ultimo capitolo del libro, che non rinuncia, in appendice, ad uno sguardo a Kant, citato d'altronde altre volte, e pertinentemente, nel testo.

Questo lo schema, enormemente semplificato, e quindi necessariamente impoverito, del libro. Il cui fascino sta nella capacità di riassumere, in pochi tratti efficaci, i punti nodali di certe dottrine (vedi, ad es., il riassunto della dottrina degli enti morali di Pufendorf alle pp. 52-53); nella finezza di certe analisi (vedi quella del ruolo della sanzione nel sistema di Pufendorf: pp. 60-62 e, più in generale, dell'ambiguità del ruolo assegnato alle sanzioni soprannaturali: ad es. in Leibniz, pp. 123-25); nell'intelligenza di certe connessioni storiografiche (vedi, ad es., l'esame della concezione della libertà nella scuola del diritto naturale, vista in rapporto alla concezione cartesiana: pp. 85-87).

Rispetto a questa argomentazione di fondo del libro di Sève io non ho alcuna obiezione da sollevare, sono anzi convinta della giustezza di certe conclusioni che Sève trae dalla sua tesi centrale, da me pienamente condivisa, che fa dell'antinaturalismo la chiave di volta del giusnaturalismo moderno. Tale è, ad esempio, la tesi secondo cui in questa filosofia l'obbligazione morale prevale sull'obbligazione giuridica (p. 21); quella che individua una dipendenza del diritto privato dal diritto pubblico, connessa ad un movimento di statalizzazione tipico di questa filosofia (p. 22); la tesi secondo cui la concezione della legge naturale di Hobbes è pienamente in linea con il legalismo giusnaturalista (pp. 16-17 nota 56 e pp. 18-19); quella, infine, che vede in Grozio e in Cumberland tentazioni naturalistiche che non sono invece ravvisabili nell'ontologia dualistica di Pufendorf (p. 45).

Perché, dunque, non sono d'accordo con l'immagine del giusnaturalismo che, in ultima analisi, viene evocata nel lettore di questo libro? Perché i fatti elencati non impediscono affatto a Sève di tirare delle conclusioni che a me sembrano, invece, incompatibili con quei fatti e che a lui, viceversa, appaiono fondate proprio su di essi. In primo luogo, ad esempio, che si possa parlare (e non solo per approssimazione o per comodità classificatoria) di una « scuola » del diritto naturale. Malgrado l'occasionale insistenza di Sève sull'incidenza diversa di elementi diversi (ad es. dell'elemento volontarista) nei vari autori della « scuola » (p. 45), nonché sulla difficoltà di stabilire frontiere nette tra le varie dottrine (pp. 220-21), egli è poi talmente convinto che di una « scuola » si possa a buon diritto parlare, che designa sempre il diritto naturale moderno semplicemente così, come « l'école »: con una parola che, utilizzata così, da sola, ha una tale potenza evocativa dell'altra « scuola »

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per eccellenza (la scolastica), che si è tentati di considerarla scelta con qualche malizia, e che non può non disturbare chi ha ben presente l'antipatia dichiarata di autori come Pufendorf per la famigerata « scuola ». Ma non si tratta, naturalmente, solo di una questione terminologica; si tratta dell'impossibilità, per lo stesso Sève, di mantenere fermo un *corpus* di autori da far rientrare sempre e per tutti i rispetti nella « scuola ». Si prenda il caso di Cumberland e di Grozio, ad esempio: da un lato sono considerati, con Pufendorf, tipici rappresentanti della « scuola », dall'altro, come abbiamo già detto, sono contrapposti a Pufendorf per le loro tentazioni naturalistiche, anzi, di più, Cumberland è addirittura assimilato (e a ragione, a mio avviso) a Leibniz (cioè all'opposto, per definizione, della « scuola »), come sostenitore della tesi della derivazione della necessità morale dalla necessità naturale (p. 70). Prendiamo il caso di Locke: questi viene talvolta assimilato a Pufendorf come suo discepolo indiretto (p. 63), talvolta messo con Grozio e Cumberland in una linea creazionista diversa da quella, normativista, di Pufendorf (pp. 122-23). Per non parlare, poi, di Hobbes, il cui caso viene, almeno, esplicitamente teorizzato come ambiguo (p. 123). Il fatto è che, a ben guardare, l'unico autore che resta sempre e per ogni rispetto nella « scuola » è Pufendorf. Né sarebbe poi un gran danno se dovessimo finire per concludere che il giusnaturalismo moderno si riduce, in fondo, alla sola figura di Pufendorf, se, di questo autore chiave, non venisse poi accreditata una collocazione storica e ideologica che è, secondo me, del tutto repugnante con la giusta ricostruzione che, per altro verso, Sève ci ha fornito dei tratti fondativi del suo pensiero.

Se non vi è grande differenza fra il progetto di razionalizzazione della morale perseguito dalla scuola del diritto naturale (leggi Pufendorf) e i procedimenti di interpretazione estensiva del decalogo che costituivano uno degli esercizi abituali della teologia (pp. 24-25); se la scuola (i.e. Pufendorf) può considerarsi degna continuatrice della teologia morale legalista (p. 27); se Pufendorf si situa « dans le sillage de Suarez » (p. 47), anzi, addirittura, la sua opera è « coulée dans la moule suarezien » (p. 50); se la sintesi ricercata dal giusnaturalismo moderno (i.e. Pufendorf) è la stessa di quella realizzata da Tommaso d'Aquino tra naturalismo antico e teologia cristiana (p. 163), dove sta la novità e la modernità del giusnaturalismo moderno su cui, pure, Sève insiste infaticabilmente? Ma soprattutto: come può sostenersi che Pufendorf è « dans la lignèe de la theologie morale la plus orthodoxe » (p. 22), dopo aver letto, e riflettuto su, quella magistrale teorizzazione della differenza tra « diritto naturale » e « teologia morale », che è la prefazione pufendorfiana al *De officio*? Come si fa ad affermare che Pufendorf, collocando il diritto naturale nel quadro di un dualismo ontologico, « montre sans ambiguité la compatibilité du droit naturel rationel et d'une théologie orthodoxe » (p. 50), quando proprio la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dottrina degli « enti morali » come « modi superimpositi » era stata quella che meno era « andata giù » ai teologi ortodossi?

Il fatto è che talvolta Sève dà l'impressione di dimenticare le sue stesse premesse e di essere tratto irresistibilmente, da un'altra vena del suo pensiero con quelle incompatibile, ad affermazioni che le contraddicono. È solo un errore di stampa, oppure una spia di questa situazione il fatto che, dopo tutti gli sforzi fatti per mostrare l'antinaturalismo e il normativismo dei giusnaturalisti, Sève chiami ad un certo punto (p. 63) gli autori della scuola « les naturalistes »??!

C'è poi un punto, su cui non mi stancherò mai di insistere, e che è, a mio avviso, fonte di molti equivoci tra i sostenitori (tra i quali mi metto anche io) e gli oppositori (tra i quali si mette Sève) della tesi che vede nel diritto naturale moderno « une vaste entreprise de la laicisation de la morale » (p. 23). Capita infatti che i sostenitori di questa tesi si sentano in dovere di negare, o di mettere in qualche modo in secondo piano, il ruolo giocato da Dio nella fondazione del diritto naturale moderno. Ora si tratta di intendersi: se per « laicizzazione della morale » si intende l'eliminazione di Dio dal quadro, allora, certo, la filosofia di Pufendorf non è « laica » (come non lo sono quella di Hobbes e quella di Locke), perché Sève ha perfettamente ragione nel sostenere che il giusnaturalismo moderno fonda « inébranlablement le droit naturel et l'obligation qui en découle (mai io direi: l'obligation et le droit naturel qui en découle) dans la divinité » (p. 23). Ma se per « laicizzazione della morale » si intende, come mi sembra pienamente legittimo intendere, la messa tra parentesi di tutte le questioni religiose (dall'immortalità dell'anima, alla vita futura, dalla natura più o meno corrotta dell'uomo, alla capacità di quest'ultimo di soddisfare le sue obbligazioni e così via) e la focalizzazione dell'attenzione sui soli problemi di *questa* vita, anzi sui soli problemi che nascono dai rapporti interumani, allora il giusnaturalismo moderno, esemplarmente rappresentato da Pufendorf, è l'apoteosi della laicizzazione dell'etica e l'uso che questi fa di Dio, come anello iniziale della catena dimostrativa della teoria dell'obbligazione, lungi dal contraddire questo fatto, ha esso stesso una funzione razionalizzatrice dell'etica.

Inversamente, sembra che chi, come Sève, rivendica a ragione il ruolo centrale che ha Dio nel sistema pufendorfiano, si senta per ciò stesso irresistibilmente portato a fare di Pufendorf, se non un secondo Tommaso, almeno un secondo Suarez. Vediamo anzi un momento su che cosa si fondi l'equivalenza Saurez-Pufendorf stabilita da Sève. Mi sembra che il punto forte sia soprattutto quello che Sève chiama il « dualismo ontologico » di Pufendorf, che, secondo lui, rifletterebbe la separazione fondamentale di natura e libertà con cui Suarez apre il suo *De legibus*. Anche qui bisogna fare grande attenzione a che cosa si intenda per « dualismo ontologico ». Sève si fa soprattutto forte della distinzione puferdorfiana tra bene fisico e bene morale (pp. 54-55).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Senonché questa distinzione è estranea alla primitiva e più autentica ispirazione di Pufendorf, secondo la quale, poiché di bene e di male in senso proprio può parlarsi solo in rapporto a una legge, non ha senso parlare di bene fisico: si parlerà, eventualmente, di utile, di piacevole, non di « bene ». Come ho lungamente dimostrato nel mio ultimo libro, la nozione di « bene naturale » fu intrusa da Pufendorf nella seconda edizione della sua opera maggiore, mediante massicce citazioni da Cumberland. Non è un caso che Sève, per illustrare la distinzione pufendorfiana di bene fisico e bene morale, citi proprio quei passi del *De iure naturae et gentium* (I,4,4 e I,7,3), che nel mio libro sono oggetto di una lunga analisi proprio per dimostrare quell'intrusione.

Così pure bisogna fare bene attenzione, nell'attribuire a Pufendorf un « dualismo ontologico », a non dimenticare che quegli *enti* morali che, essendo appunto *enti*, autorizzano l'individuazione in Pufendorf di un'*ontologia* non sono tuttavia sostanze, ma *modi* e non possono quindi configurare una duplicazione ontologica che metta sullo stesso piano *enti fisici* e *enti morali*.

Così (per prendere un altro punto dell'assimilazione Pufendorf -Suarez delineata da Sève), la doppia dimensione dell'atto umano (quella fisica e quella morale) non è fondata in Pufendorf, come in Suarez, sulla distinzione tra una volontà creatrice e una volontà prescrittiva di Dio. Lungi, infatti, dal distinguere tra diversi tipi di volontà in Dio, Pufendorf tende a non accettare neanche la distinzione tradizionale tra volontà e ragione divina, e se non fosse proprio tirato per i capelli dai suoi avversari scolastici a discutere di temi tradizionali, come quello se Dio avesse potuto comandare all'uomo doveri opposti a quelli che gli ha effettivamente comandati, oppure quello del rapporto tra essenza ed esistenza dell'uomo, se fosse per lui, si limiterebbe a dire che Dio è al di là della comprensione umana e che il suo « funzionamento », per così dire, non risponde alle nostre « misure ». Per esprimere la cosa un po' brutalmente, Dio viene, nel sistema pufendorfiano, presupposto e messo subito da parte, per passare ad altro: non ci si sofferma neanche a trovare le prove dell'esistenza di quel Dio, che pure è indispensabile perché tutto il sistema si avvii. Giustamente, d'altra parte, perché, come Pufendorf ci ha lungamente spiegato, questo è compito di un'altra disciplina, non della disciplina del diritto naturale.

Un'ultima osservazione sulla composizione materiale del libro di Sève: perché mai non aggiungere un indice dei nomi? Le note sono sobrie, ma pertinenti, l'uso della letteratura secondaria non amplissimo, ma pregnante. Perché, dunque, non facilitare al lettore il compito di ritrovare questo o quel riferimento che lo aveva interessato? Se l'intento dell'eliminazione dell'indice è quello di scoraggiare quelli che, dei libri, leggono solo gli indici dei nomi, questa lodevole misura pedagogica rischia tuttavia di nuocere all'altra, più importante, funzione di un libro,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che è quella di dover essere prima di tutto uno strumento, di cui ci si possa servire nel modo più facile possibile.

FIAMMETTA PALLADINI

Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweiter Band 1800-1914*, Verlag C. H. Beck, München, 1992, pp. 486.

1. Il lettore che aveva avuto l'occasione e la fortuna di conoscere ed utilizzare il primo volume della *Geschichte des öffentlichen Rechts* di Michael Stolleis ed al tempo stesso l'opportunità di apprezzarne la grandiosità di progetto, non poteva dubitare dell'importanza e dell'eccellenza di questo secondo volume.

Un volume, questo secondo, per più aspetti centrale e decisivo nella prevista trilogia che abbraccerà presto ben quattro secoli di vicende del pubblico potere (1600-1990), venendo ad occupare, per intero, un arco di tempo — il grande Ottocento tedesco — che dalle propaggini di antico regime si dispiega lungo il travagliato percorso di unificazione nazionale sino all'Impero guglielmino e alla sua crisi, ormai alle soglie del primo conflitto mondiale.

E non c'è dubbio che variegato, complesso, in tutta la sua straordinaria ricchezza letteraria, l'Ottocento tedesco ci venga restituito, in quest'opera di S. , in una sintesi possente: una sintesi in grado di portare per mano il lettore, con sicurezza di linee interpretative e con grande dovizia di informazioni, lungo tutte le diverse declinazioni del versante giuspubblicistico.

Il *Sonderweg*, la via tedesca allo Stato di diritto vi vengono attentamente ricostruiti alla luce della peculiarità dei percorsi e delle scansioni storiche, ma anche nella piena consapevolezza dell'ampiezza dei fenomeni di circolazione culturale ed istituzionale e del riconosciuto carattere europeo proprio dei processi ottocenteschi di giuridicizzazione delle istituzioni.

Già all'interno della letteratura storico-giuridica tedesca — e lo si è fatto notare proprio in questa *Rivista*, in occasione della stampa del primo volume della *Geschichte* — l'opera di S. possedeva un suo preciso significato, colmando una grave lacuna in una ricostruzione storica delle discipline giuridiche, a lungo egemonizzata da una *Dogmengeschichte* a larga matrice privatistica. Ma, è ormai certo che la sintesi di S. è venuta ad assumere — secondo un itinerario ancora più evidente in questo secondo volume — un preciso valore di riferimento per lo specialista del diritto pubblico anche degli altri contesti nazionali europei.

Lo studioso di cose italiane, in particolare, abituato a filtrare, specialmente nel secondo Ottocento, vistosi processi di recezione e diffuse circolazioni culturali, secondo « germanismi » dei più svariati

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tipi, troverà in questo volume una guida sicura per orientare opere e personaggi; una bussola indispensabile per tracciare una mappa territoriale più certa in cui collocare i diversi modelli istituzionali di riferimento — si pensi solo alla giustizia amministrativa e alla *Selbstverwaltung* — tante volte confusi o sovrapposti dagli interessati « lettori » ottocenteschi.

Un preciso valore di riferimento ed una guida sicura dicevamo, perchè finalmente disponiamo di un'opera in grado di condurci, con l'efficacia delle grandi sintesi, lungo le linee fondamentali di evoluzione del pubblico.

Eppure, al tempo stesso, un'opera che conferma la specificità dell'itinerario tedesco nell'Ottocento, la sua logica rigorosamente « nazionale », la sua radicale alternatività con il modello francese, sin dai tempi e dai modi con cui la contrapposizione tra antico e moderno si stempera in un'evoluzione priva di clamorose fratture. E che conferma anche la sua lontananza dagli stessi equilibri inglesi, nonostante qualche pur significativo avvicinamento, dalla fortuna di Burke nella Germania del primo Ottocento, sino al più tardo anglismo « germanistico » di un Rudolf von Gneist.

Ancora di più, dunque, in questo secondo volume, che ripercorre il secolo che, tra i suoi principali risultati, annovera proprio la soluzione della *nationale Frage*, la storia del diritto pubblico è storia del diritto pubblico *in Deutschland*, come è ben chiaro, negli intendimenti dell'A., sin dal titolo della trilogia. Con l'unica eccezione — tuttavia importante ed abbastanza inconsueta in Germania — rappresentata dall'attenzione con la quale si raffigurano, sia pure per larghe pennellate, la « diversità » del *Vielvölkerstaat* austriaco e la specificità della relativa giuspubblicistica.

Si spiegano, così, gli sforzi di S. di dar conto della complessa *Territorialisierung* che ancora contraddistingue la storia tedesca dell'Ottocento. Vanno pertanto segnalate l'attenzione con la quale si seguono nei singoli « Staaten » evoluzioni istituzionali e legislative (pp. 187-228; 281-321); la cura con la quale si classificano i diversi modelli costituzionali di una Germania che conosce, lentamente e secondo la direttrice sud-nord, un graduale processo di costituzionalizzazione del potere monarchico; la consapevolezza con la quale si ricercano le profonde radici storiche del principio del *Grundgesetz* (art. 30) che riconosce come « Sache der Länder » la realizzazione dei compiti amministrativi dello Stato. La precisione, infine, con la quale i diversi movimenti politici o i singoli giuristi vengono ricondotti alla propria cornice territoriale di operatività e al diritto pubblico dei singoli « Staaten »: la Baviera con Pözl e von Seydel; il Württemberg con Mohl, prima, e Sarwey dopo; il Baden, culla del celebre *Staatslexikon* di Rotteck e Welcker e simbolo, sin dalle fortune fisiocratiche settecentesche, di una colta ala liberale, che trova nel lungo insegnamento di Bluntschli ad

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Heidelberg una precisa testimonianza; e così via, sino ai « Kleinstaaten » e alle « città libere ».

2. In questa prospettiva, le scansioni dell'itinerario verso lo Stato di diritto non potevano che essere quelle, consolidate, della *Verfassungsgeschichte* tedesca.

La Germania non ha, intanto, « bisogno di Rivoluzione », come ci ricordano gli ultimi pubblicisti del *Reich*. Le fratture tra antico e moderno sono soffuse e lo dimostra la previsione dei « Wiener Schluβakte » che consente la pur sempre limitata *Mitwirkung* con il sovrano soltanto agli *Stände* e nell'ambito di « landständische Verfassungen ». La stessa Prussia si affida, secondo l'interpretazione ormai consolidata di Koselleck, ad un nucleo costituzionale fondato sull'organizzazione amministrativa.

La stessa parola *Verfassung* è, dunque, « Rätselwort »; è un enigma; rappresentanza cetuale e rappresentanza moderna si sovrappongono; *Landstände* e *Parlamente* sono termini che mantengono evidenti sinonimie.

Mentre cresce la divaricazione tra processo economico e processo politico, lentamente si abbandonano le concezioni dello Stato patrimoniale, ma il principio monarchico continua a conservare palesi ambiguità.

Gli stessi diritti fondamentali si muovono in stretta continuità con il « Gut und Blut » di antico regime e indirizzeranno a lungo, per gran parte dell'Ottocento, la loro carica egalitaria più in funzione antifeudale che antilegislativa (pp. 372-73). Si delineano, così, quegli elementi che contribuiranno a formare e a caratterizzare, sino a tutto il periodo guglielmino, il « Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie » (Böckenförde).

Il lungo *Vormärz* rimane così segnato, con poche differenze tra paesi sud-tedeschi e nord-tedeschi, dalla pesante atmosfera conservatrice e poliziesca successiva al Congresso di Vienna; dalla estrema fragilità del movimento liberale; dagli scarsi fermenti politici della società civile.

Anche all'improvvisa fiammata quarantottesca si sostituisce presto la rapida, travolgente delusione per il fallimento della *Paulskirche*. Una delusione che condiziona a lungo motivi ed equilibri di un *Nachmärz* esposto al primato della « Realpolitik » ed agli effetti di una « seconda » Restaurazione ed in cui sta crescendo il « natürliches Übergewicht » della Prussia.

In questo contesto, si avvicina anche la fondazione del *Reich* e, lungo l'asse del vittorioso conflitto con la Francia del Secondo Impero, giunge a soluzione la questione dell'unità nazionale. Il diritto pubblico trova finalmente il suo « adäquaten Stoff », secondo la lucida considerazione di Albert Hänel (p. 339); ma la struttura statuale si assesta secondo forti linee di continuità con il passato, mentre si procrastinano le indispen-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sabili, eppur mai introdotte, modernizzazioni politico-costituzionali in una società che ha imboccato un grandioso processo di industrializzazione.

S. non dimostra di aderire alla tesi di Hans Ulrich Wehler, secondo la quale lo scoppio del conflitto mondiale sarebbe, in Germania, « il risultato dell'incapacità di adattare in tempo di pace la struttura sociale e statuale alle condizioni di uno Stato industriale moderno » (*L'impero guglielmino 1871-1918*, trad. it, Bari, 1981, p. 29). Il 1914 rimane una improvvisa frattura, una « magische Schwelle » in grado di far scomparire d'un colpo l'ormai perduta « gute alte Zeit ». Ma, ciò nonostante, non si tralascia, certo, di indicare le persistenti contraddizioni del sistema politico, le croniche debolezze del liberalismo, l'avvio impetuoso dei processi di industrializzazione in una società lontana dai primati del libero mercato, « staatsorientiert » e con non pochi residui semifeudali.

Tra queste coordinate si muove, dunque, l'amplissima « wissenschaftsgeschichtliche Darstellung » di S., sempre sensibile ed attenta a registrare i segni delle trasformazioni politiche, i mutamenti del contesto sociale: pronta a reimmergere lo specifico giuridico nel gran corso del movimento storico.

Per la grande acribia filologica, per il notevole scrupolo di documentazione, si può dire che l'opera di S. persegue anche un obiettivo di completezza. È, e vuole essere, uno *Standardwerk*, in grado di orientare e classificare tutta la grande produzione letteraria — e non solo quella — della giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento.

I profili dei singoli giuristi sono piccoli ceselli: si snoda così per tutto il volume un'avvincente galleria di ritratti in grado di offrire, spesso in poche righe, il volto del personaggio, il suo modello giuridico-politico, la sua produzione letteraria.

La ricchezza delle indicazioni è tale, da consigliare il lettore a ritornare anche in un secondo tempo al volume, per scorrere nuovamente personaggi ed opere minori; per verificare collocazioni territoriali o paternità politiche o culturali; per sondare, infine, indirizzi e risultati della principale letteratura storiografica.

3. Difficile dar conto, in questa sede, della complessità e della varietà delle tematiche affrontate da S. Ci limitiamo, pertanto, a segnalare alcuni passaggi che ci sono sembrati particolarmente felici, perfettamente consci che altri e ben più numerosi potranno trovare o saranno indotti a ricercare i lettori, in un volume che con lo stesso impegno, la stessa ricchezza di documentazione, affronta — sempre sulla base di un'indagine a largo raggio che abbraccia contemporaneamente rivolgimenti costituzionali, riforme amministrative, evoluzioni legislative, trasformazioni dei compiti dello Stato — non solo la letteratura giuridica, ma anche l'analisi dettagliata della struttura territoriale, il ruolo delle riviste giuridiche, l'adeguamento dei modelli di « juristische Ausbildung ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il primo passaggio che merita qui una peculiare sottolineatura va individuato — a nostro avviso — nel modo in cui S. descrive i percorsi della giuspubblicistica.

Una storia del diritto pubblico che esalta in particolare le scansioni di storia del pensiero, che spesso s'identifica, senz'altro, con una storia della letteratura giuridica, non poteva che porre al proprio centro, in un secolo come l'Ottocento, che vive la progressiva frammentazione delle *Staats- und Sozialwissenschaften* in una miriade di settori disciplinari, la questione del metodo.

Troppo importanti, del resto, erano i risultati della letteratura, da quella classica, weimariana, degli Schmitt, degli Heller, degli Smend, sino a quella orientata storicamente dei Wilhelm, dei Von Oertzen e — per il diritto amministrativo — dei Badura; troppo stretti i legami con il successivo dibattito degli anni Venti, con quelle contrapposizioni metodologiche che il nazismo aveva solo provvisoriamente troncato e che la contraddittorietà del presente continua invece a mantenere vitali e decisive, per pensare di poter prescindere da un'architettura ricostruttiva che ponesse in primo piano il *Methodenwandel*.

Carl Friedrich von Gerber e la sua « juristische Methode », così come Paul Laband ed il suo « Gesetzespositivismus », dovevano necessariamente occupare un posto di proscenio nella rappresentazione. Non diversamente dal posto assegnato a quei giuristi che, a partire da Ferdinand Franz Mayer sino ad Otto Mayer, avevano contribuito ad edificare una « parte generale » anche nel diritto amministrativo.

Sin qui, dunque, una scelta interpretativa di tipo — potremmo dire — « tradizionale », orientata verso l'ormai abusata rassegna dei pregi e difetti del formalismo giuridico.

Grande merito di S. è, ancora a nostro avviso, quello di non aver bloccato la propria sintesi su quanto, ormai da tempo, acquisito dalla storiografia, e non solo in Germania.

L'aver, di volta in volta, intrecciato i percorsi letterari dell'*Allgemeine Staatslehre*, dello *Staatsrecht* ed infine del diritto amministrativo, con l'esame dell'emersione o dell'evoluzione-trasformazione delle principali « dogmatische Grundpositionen », ha avuto il risultato di garantire alla sintesi di S. una notevole robustezza e profondità, arricchendo, dagli istituti, la descrizione dei processi di specializzazione scientifica e di frammentazione disciplinare.

Sono a questo proposito da segnalare le ottime pagine dedicate al concetto di « Verfassung »; al principio monarchico; alla sovranità; alla rappresentanza; alla persona giuridica; ai diritti fondamentali (pp. 96 e ss.). Così come, nel campo del diritto amministrativo, quelle dedicate al provvedimento; al contratto di diritto pubblico; ai rapporti di sudditanza speciale; alla proprietà pubblica; alla discrezionalità; alle persone giuridiche pubbliche (pp. 364 e ss.).

La centralità della questione del metodo è venuta perciò ad essere

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

naturalmente ridimensionata dalla riconosciuta necessità di affrontare le tematiche pubblicistiche da più direzioni e più direttrici. Innanzi tutto, dall'esterno, dai rivolgimenti istituzionali, dai movimenti della politica, dalle forze della società civile: come sarebbe stato possibile altrimenti spiegare il passaggio dall'ipotetico diritto costituzionale del *Deutscher Bund* al *Reichsstaatsrecht* perfettamente vigente dell'impero guglielmino? Ed in secondo luogo, dall'interno, dagli istituti, dalle delicatissime cerniere concettuali in cui il giuridico costruisce la propria specificità e dimostra la propria capacità ordinante del reale.

Provveduto di tali, essenziali, avvertenze metodiche, S. ha potuto restituire al lettore l'estrema complessità del diritto pubblico tedesco, anche all'indomani della svolta metodologica e della sicura affermazione delle impostazioni di Paul Laband e di Otto Mayer.

La finezza con la quale è stata ripercorsa l'« alternativa » di Otto von Gierke (pp. 359 e ss.) ci sembra il principale frutto in questa direzione, forse favorita — ma è un'innocua impressione del recensore — da una non confessata, eppur avvertibile, simpatia dell'A. per una teoria in grado di mediare tra « Herrschaft » e « Genossenschaft », tra sovranità e libertà, tra concentrazione e partecipazione del potere e dunque anche tra storia, politica, diritto.

Certo è, che anche in questo caso non ci si è limitati al solo versante metodologico, ripercorrendo le critiche di Gierke, e così di Stoerk e Rieker, al positivismo formalistico di Laband. E si sono invece individuati i percorsi che, più o meno direttamente, da Gierke discendevano: il « Gegenmodell » dell'autonomia comunale, di cui è alfiere, già in periodo guglielmino, il futuro padre della costituzione di Weimar, Hugo Preuβ; ed ancora il « diritto sociale » (un altro tema assai caro allo S. giurista, anche, di diritto positivo) di Heinrich Rosin; e persino il diritto del lavoro che trova in Hugo Sinzheimer il suo fondatore.

L'attenzione con la quale S. ha posto in luce le indagini della giuspubblicistica sulle trasformazioni costituzionali del periodo guglielmino, l'approccio non declamato, ma corposo all'« ungeschriebenes Verfassungsrecht » — secondo il titolo di un celebre saggio di Rudolf Smend — ha permesso di riscoprire una dimensione « staatspolitisch » — particolarmente evidente in Georg Jellinek o in Heinrich Triepel — non comprimibile né compressa dalla svolta metodologica. Anche in periodo di dominante formalismo si possono così indagare fenomeni espunti dal positivismo legalistico di Laband — l'interpretazione, la desuetudine, la prassi anticostituzionale —, aprendo più di un canale di continuità con la riflessione costituzionale del periodo weimariano.

Considerazioni analoghe potremmo fare per quel « positivismo storicistico » che, lontano dal purismo di Gerber e dal rigido costruttivismo di Laband, pure « resiste », in periodo guglielmino, alla vittoria del formalismo, raccogliendosi intorno alla figura e all'opera di Georg Meyer, capostipite di una direttrice di ricerca alla quale sarà più tardi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riconducibile anche il principale « manuale » di diritto pubblico di Weimar, l'*Handbuch* di Anschütz e Thoma.

In questa prospettiva, che S. ha opportunamente lasciato aperta verso la crisi della guerra e la successiva riflessione teorica degli anni Venti, anche l'*Allgemeine Staatslehre* di Georg Jellinek, che pur rappresenta — com'è naturale — la grande « sintesi » (pp. 450 e ss.) di chiusura del travaglio ottocentesco, appare l'ultimo tentativo di arginare la dispersione delle scienze e di salvare i tradizionali modelli giuridici di descrizione del politico, attraverso la combinazione, solo precariamente armonica, di *Staatslehre* e *Soziallehre*. Va dunque riconosciuta a Stolleis una notevole sensibilità interpretativa, ben testimoniata dallo sforzo compiuto nel riannodare i tanti fili che legano la riflessione di anteguerra a quella weimariana. Una sensibilità il cui non piccolo merito è stato quello di evitare la meccanicistica rappresentazione di un dominante formalismo radicalmente sostituito, all'improvviso, dall'accattivante realismo del primo dopoguerra.

Le riflessioni consegnate al paragrafo finale del volume — significativamente intitolato all'interrogativo: « Nationalstaat oder Staat der Industriegesellschaft? » — avvicinano le domande novecentesche; proiettano immediatamente i grandi risultati del movimento ottocentesco — l'unità nazionale, lo Stato di diritto — verso le radicali contrapposizioni degli anni Venti e le trasformazioni dell'*Interventionsstaat*.

4. Non è possibile chiudere queste brevi riflessioni di lettura senza segnalare un secondo profilo che ci pare di notevole significato: la centralità che nell'opera di S. assume la ricostruzione degli itinerari dell'amministrazione e del diritto amministrativo, nella piena consapevolezza che il diciannovesimo secolo non è soltanto « das Jahrhundert der Verfassungsbewegung, sondern auch — speziell in Deutschland — das Jahrhundert der Verwaltung und der Entstehung des Verwaltungsrechts » (p. 229).

Certo, conoscendo i tanti saggi dell'A. su questi temi; ricordando le pregevoli sintesi già apparse, negli ultimi anni, nei diversi tomi della *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, non stupisce che anche una parte consistente di questo volume sia dedicata, con la consueta competenza, al mondo dell'amministrazione.

Ciò nondimeno, non si può fare a meno di segnalare — proprio perchè ben pochi sono sinora gli esempi di questo genere — come il « pubblico » emerga in queste pagine di S. nella complessità delle sue declinazioni e sfaccettature. La frammentazione dell'universo settecentesco, proprio dell'antica ed unitaria Scienza dello Stato, è stata seguita in tutte le sue ramificazioni ottocentesche: la dottrina dello stato, il diritto costituzionale, il diritto amministrativo, la scienza dell'amministrazione. E la grande sicurezza con la quale l'A. ci guida attraverso i molteplici percorsi disciplinari, avviatisi in Germania con il graduale

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

superamento del *Polizeistaat* e la lenta costituzionalizzazione del potere monarchico, va senz'altro ascritta ai principali meriti dell'opera.

Troviamo, così, pagine di grande chiarezza sulle origini del diritto amministrativo; sul progressivo superamento — sempre secondo la direttrice territoriale sud-nord — delle scienze camerali da parte di una disciplina specificamente giuridica dell'azione amministrativa.

Parallelamente, si indagano le trasformazioni dei modelli di formazione della classe dirigente, che abbandonano la « Kameralausbildung » per un nuovo « Juristenprivileg », all'inizio esclusivamente di marca civilistica o penalistica e che soltanto a partire dalla metà del secolo — quindi con notevole ritardo rispetto alle accelerazioni tipiche, anche in questo campo, della vicenda francese — si aprono al diritto pubblico.

Particolare attenzione viene dedicata ai modi con i quali la scienza della polizia abbandona gradualmente l'assoluta centralità degli « Staatszwecke » — che conoscono ancora nell'Ottocento sintesi di gran presa, come quella di Lorenz von Stein — a vantaggio di un'impostazione che riconosca, invece, il carattere « doppelgesichtig » (p. 264) del diritto amministrativo e dunque anche il suo essere una linea di confine e di demarcazione dell'attività dello Stato verso i diritti civili ed i diritti di libertà: il suo essere « norma di relazione » tra Stato e cittadino.

L'analisi procede sempre attraverso l'opportuno intreccio delle vicende amministrative e costituzionali, senza il quale sarebbe, del resto, assai difficile — ad esempio — descrivere come in un *Nachmärz* deluso dalla mancata realizzazione di tante aspettative costituzionali, l'istanza per il *Rechtsstaat* possa ripiegare, eppur proseguire, sul terreno amministrativo, inaugurando quei sentieri della giustizia amministrativa che per il tramite della relativa letteratura, da Bähr a Gneist a Sarwey, conobbero — com'è noto — anche in Italia, specialmente nel corso degli anni Ottanta, una notevole fortuna.

L'approdo al *System*, che nel diritto amministrativo tedesco si consolida con l'opera di Otto Mayer, nell'ultimo decennio del secolo, è dunque tutt'altro che lineare, così come tormentata appare la formazione di una « parte generale », che possa assumere, dopo la necessaria pubblicizzazione e gli opportuni processi di *Umbildung*, gli stessi timbri e gli stessi caratteri delle disposizioni sistematiche che si stavano realizzando nelle scienze civilistiche.

S., anche in questo caso, è molto attento a non imboccare sentieri precostituiti: non c'è niente di « naturale » o di necessitato nella scientificizzazione dogmatica del diritto amministrativo. Troppe, del resto, risultano le declinazioni eterogenee rispetto al progetto della « parte generale », perchè ci si possa adagiare sulla descrizione di un'evoluzione che semplicemente anticipi o prepari la svolta di fine secolo. Si pensi solo al *selfgovernment* di Rudolf von Gneist; alla « Verwaltung als tätig werdende Verfassung » di Lorenz von Stein; al

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« soziales Verwaltungsrecht » di Hermann Roesler: temi ed autori attentamente ripercorsi da S. (pp. 385 e ss.).

È, semmai, con Ferdinand Franz Mayer — le cui costruzioni dogmatiche, specialmente in tema di discrezionalità, sono state recentemente « riscoperte » anche in Italia — che si avvia un primo importante progetto di scientificizzazione, non a caso sostenuto da categorie ed istituti di origine francese, primo fra tutti l'atto amministrativo. Un progetto, tuttavia, troppo prematuro perchè questo tentativo di costruzione dogmatica del diritto amministrativo possa dirsi riuscito in un periodo in cui, a cavallo degli anni Sessanta, questa branca del diritto non è ancora divenuta, nelle università tedesche, « ordentliches Fach ».

Per il momento, dunque, resistono le analisi dettagliate dei « Verwaltungszweigen »; le declinazioni congiunte di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione, come in Georg Meyer od Edgar Loening, autori, per altro, in grado di offrire una lettura ravvicinata, niente affatto superficiale o meramente espositiva, della specificità dei diversi settori amministrativi.

Il « completamento della parte generale » con Otto Mayer introduce, invece, il lettore italiano a personaggi ed opere più familiari. Anche in queste pagine la sintesi è ben costruita, mediando in modo equilibrato tra rivolgimenti metodologici — che solo qua e là assumono un valore eccessivamente assorbente nell'interpretazione complessiva, come nei passi in cui si fissa l'analogia, un po' troppo frettolosa, tra Otto Mayer ed il nostro Vittorio Emanuele Orlando — ed i nuovi assetti dogmatici, ben ricondotti al nuovo « Kernstück » dell'atto amministrativo.

È inutile dire che anche su questo versante, così come su quello della dottrina dello Stato e del diritto costituzionale, molte sono le attese per il prossimo volume dell'opera, anche per i tanti spunti disseminati da S. negli ultimi paragrafi del lavoro. Si pensi al confronto con i diversi sentieri di giuridicizzazione del diritto amministrativo imboccati dal versante austriaco e dalla scuola di Vienna di Kelsen e Merkl, in particolare — qui appena accennati in ragione del taglio cronologico proprio del volume —. Si pensi al modo in cui i giuristi affronteranno, sulla base delle sintesi di fine Ottocento, i nuovi temi della burocrazia e le insospettate mediazioni con gli interessi; il contraddittorio confluire di statuale e commerciale; il disvelarsi di un volto prestazionale dell'amministrazione ed il diffondersi di nuove forme organizzative, fenomeni, certo, non sconosciuti nell'Ottocento, come proprio S. ha messo in evidenza (p. 384), eppure scarsamente visibili nell'assoluta prevalenza assegnata ai profili della *puissance.*

L'unico rammarico è, dunque, quello di non poter disporre, per il momento, dell'atteso volume novecentesco che coronerà questa importante trilogia e di non poter soddisfare, sin da ora, le molte « curiosità » che con tanta sapienza l'A. ha saputo infondere nel proprio lettore.

BERNARDO SORDI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

SEGNALAZIONI

Un « Trésor » di storia amministrativa.

Sotto un titolo fortemente evocativo, di esplicito sapore secentesco (*Trésor historique de l'Etat en France. L'Administration classique*, Paris, Fayard, 1992), Pierre Legendre ha ripubblicato il suo celebre manuale del 1968, già ben noto in Italia anche tra i non specialisti grazie ad una traduzione prefata da Sabino Cassese (*Stato e società in Francia. Dallo Stato paterno allo Stato-Provvidenza: storia dell'amministrazione dal 1750 ai nostri giorni*, a cura di M. Gigante e M. Romei, Milano, 1978). La novità di questa nuova edizione non sta nel testo dell'opera, che viene riproposto pressoché identico alla sua versione originale, senza neppur aggiornare (e questo è un peccato) le utili appendici bibliografiche collocate alla fine di ogni capitolo. Sul piano strettamente editoriale, l'elemento da segnalare è costituito semmai dall'inserimento, in appendice al volume, di un florilegio di cinque articoli pubblicati su varie riviste francesi negli anni immediatamente successivi alla prima edizione del libro, ed ora giustamente presentati come un necessario complemento di quest'ultimo. Pur trattandosi, anche qui, di contributi già noti agli addetti ai lavori (pensiamo soprattuto ai due importanti saggi dal titolo *Le régime historique des bureaucraties occidentales* e *La royauté du droit administratif*, apparsi sulla *Revue historique de droit français et étranger* rispettivamente nel 1972 e nel 1974), la loro raccolta in volume costituisce un'iniziativa di cui non si può non andar grati all'autore.

Ma il senso di questa ristampa va certamente al di là di un puro e semplice accorpamento di testi già editi, come Legendre stesso ha cura di sottolineare nella introduzione al volume. Ciò che l'autore si propone — soprattutto grazie ad un titolo di grande effetto, che sostituisce l'originario, ed assai incolore *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours* della precedente edizione francese — è di rilanciare il messaggio fondamentale di un'opera che non fu concepita come un semplice manuale istituzionale, ma che si assegnò un preciso obbiettivo di rinnovamento culturale: consistente nel segnalare l'intrinseca storicità dell'amministrazione contemporanea, il suo radicarsi nel profondo dell'esperienza d'antico regime e, prima ancora, in un sostrato culturale di diritto comune da cui essa ha attinto tutti i suoi più rilevanti schemi concettuali. Soprattutto, nelle brevi, ma dense pagine introduttive di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questa seconda edizione, Legendre ripropone con estrema nettezza la sua critica a quella concezione (ancor oggi tutt'altro che desueta) che indica il *dies a quo* della statualità moderna nella frattura rivoluzionaria e industrialista, e nei valori ad essa tipicamente correlati, quali la laicità, il patriottismo, il liberismo in economia e il liberalismo in politica... Ribadendo la propria ispirazione intimamente tocquevilliana, Legendre ci conferma che l'idea-forza del suo manuale sta tutta, invece, nell'illuminare a giorno la marcata continuità tra un ordine antico per tanti versi già intrinsecamente moderno ed un ordine nuovo che costruisce la propria identità su forme organizzative e gerarchie di valori caratteristiche dell'età precedente. E ciò fino ad indicare addirittura nell'amministrazione otto-novecentesca una riproposizione di quel modello feudale di potere dato per definitivamente sepolto nel 1789.

Si tratta, come si vede, di indicazioni estremamente stimolanti e suggestive. L'unico rimpianto è che esse non abbiano potuto trovare un più disteso ed aggiornato sviluppo nel corpo dell'opera — soprattutto se si pensa a quanto la storiografia degli ultimi venticinque anni si è soffermata sul tema delle continuità e delle persistenze, sia studiando il versante del pensiero giuspolitico come pure le grandi dorsali della crescita istituzionale —. Non v'è che da augurarsi, quindi, che questa nuova edizione costituisca, per Legendre, lo stimolo a ritornare con più agio su questi suoi primi interessi di ricerca, ai quali la storia delle istituzioni è in così grande misura debitrice.

LUCA MANNORI

La « fortuna » di Chiovenda.

Si tranquillizzi il lettore: non siamo così presuntuosi da pretendere di voler trattare in questa breve segnalazione — nulla più che un accenno — della fortuna dell'insigne processualista nostro nell'itinerario di sviluppo della scienza processualistica italiana del Novecento. Qui non della fortuna oggettiva, cioè del successo delle idee ed elaborazioni del Chiovenda scienziato, vogliam parlare; piuttosto della fortuna, per così dire, soggettiva del personaggio — uomo e scienziato insieme — che, a più di cinquanta anni dalla morte, ha avuto la buona ventura di trovare uno studioso innamorato ed entusiasta che ha consentito « di saperne molto più di prima » e di scoprire « quasi un nuovo Giuseppe Chiovenda, quello vero », di saper molto di più anche « delle sue caratteristiche umane e della sua vita privata ».

Il merito è di Franco Cipriani, ordinario di Diritto processuale civile nella Università di Bari, un giurista agguerritissimo nel suo sapere tecnico di cultore d'un diritto positivo, che in questi ultimi anni ha però scritto contributi rilevanti per la storia della scienza processualcivilistica italiana del Novecento. Oggi, fortunatamente, di giuristi attenti alla dimensione storica, consapevoli della sua essenzialità per una corretta

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

analisi giuridica, coinvolti anche direttamente in analisi storiche, ce ne sono e in misura sempre maggiore. Ma qui non si tratta solo di attenzione, consapevolezza, coinvolgimento; l'atteggiamento di Cipriani è ben diverso: intriso fino in fondo della umiltà tipica dello storico verso le sue fonti, con una totale disponibilità verso le voci — anche le più minute, le più esili — del passato, Cipriani si è fatto archivista e indagatore paziente, investigatore puntiglioso di carteggi e documenti, indossando i panni più specifici dello storico provetto. Il risultato è sorprendente: più per suprema abilità indagatrice che per una fortuna nella quale non so credere, emergono dal fondo di scaffali inaccessibili, di casse ed armadi riposti, tutto un materiale prima ignorato, eppure straordinariamente ricco e — quel che più conta — in grado finalmente di illuminare con efficacia talora semplici episodii, ben spesso il concatenarsi medesimo dell'itinerario della scienza proccessualistica italiana in un tornante delicato e fertile come è quello della prima metà del ventesimo secolo.

Al giurista non-italiano segnaliamo due volumi di Cipriani assai noti e discussi in Italia: il primo « Storie di processualisti e di oligarchi — La Procedura Civile nel regno d'Italia (1866-1936) », Milano, Giuffré, 1991, comparso quale volume trentottesimo della nostra « Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno »; il secondo « Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti — Riflessioni e documenti nel cinquantenario dell'entrata in vigore », Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992. Ai giuristi, italiani e non, vogliamo ora ricordare — ed è il motivo della presente segnalazione — un volume appartato, non circolante nelle librerie: Giuseppe CHIOVENDA, *Scritti ossolani*, Anzola d'Ossola, Fondazione Arch. Enrico Monti, 1992 con una significativa introduzione di Cipriani dal titolo « Alla scoperta di Giuseppe Chiovenda » (da questa introduzione sono tratte le frasi virgolettate contenute nel primo capoverso della segnalazione). È un volume che raccoglie due scritti storico-giuridici di focalizzazione locale (« La pesca nel Toce e i diritti degli Ossolani »; « Il diritto del Comune di Mergozzo sopra il lago omonimo ») e poi pagine letterarie e poesie. Vi si rispecchia un Chiovenda minore, che integra la figura dell'uomo di scienza e contribuisce a un disegno a tutto tondo del personaggio.

P.G.

Per il ventesimo volume di « Ius commune ».

Ricordo ancora con precisione il sentimento di felice sorpresa, quando ebbi tra le mani il primo volume di « Ius commune » — Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte ». Era il 1967. Ricordo il mio interiore consenso nel leggere la breve *Einführung* redatta dallo storico e filosofo del diritto Helmut

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Coing, che aveva con lungimiranza fondato il Max-Planck francofortese e che lo stava allora dotando di un necessario strumento di supporto culturale. L'Istituto nasceva dalla consapevolezza « daß die neuere Rechtsgeschichte zu lange vernachlässigt worden sei », e nasceva — nell'ottica di Coing — come « eine Forschungsstätte für vergleichende neuere Rechtsgeschichte, insbesondere Privatrecthsgeschichte ». Era, in un momento di filomedievismo ancora assai generalizzato, un atto di coraggio e di presenza culturale: bisognava cominciare a colmare una lacuna sempre più pesante nel sapere storico-giuridico. Sotto la guida di Coing (e anche di Walter Wilhelm) venne privilegiata soprattutto la dimensione privatistica; con la successiva direzione di Dieter Simon l'orizzonte di « Ius Commune » si aprì a ricerche nel vasto e per buona parte inesplorato pianeta bizantino; negli ultimi anni, con la provvida co-direzione di Michael Stolleis, il massimo cultore tedesco della storia del diritto pubblico, anche la dimensione pubblicistica è stata opportunamente valorizzata.

Quelli che, prima, erano fascicoli smilzi, pubblicati a cadenze irregolari, sono divenuti grossi volumi con rigorosa apparizione annuale, straordinariamente ricchi non solo di saggi ma altresì di rendiconti critici della letteratura storico-giuridica mondiale. La Rivista — come è segnato, nel sottotitolo, fin dal volume XV — non è più unicamente l'espressione del lavoro collettivo svoltosi all'interno dell'Istituto di Francoforte, ma è « Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte », un carattere sottolineato anche dalla forma poliglottica in cui sono redatti saggi e recensioni: un segnale squillante per avvertire che non si tratta di Rivista « tedesca », ma di respiro trans-nazionale.

Il volume ventesimo — arrivato da poco sul tavolo degli studiosi — non smentisce, anzi avvalora, un giudizio così lusinghiero. Nelle sue quasi seicento pagine sono contenuti saggi originali (indico volentieri il pensosissimo saggio di apertura di Michael Stolleis « *Konfessionalisierung » oder « Säkularisierung » bei der Entstehung des Frühmodernen Staates*, pagine che dovrebbero formare oggetto di attenta meditazione da parte di ogni costituzionalista), « a proposito di », nonché un fascio foltissimo di recensioni.

Per *Ius Commune* un augurio sincero: *ad multos annos*, e in questa stessa splendida forma.

P.G.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A proposito di...

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARTA LORENTE

POESIA COMO CONSTITUCIÓN: LAS RAZONES DE CLAVERO (1)

I. Aunque los libros sean criaturas emancipadas de su progenitor, el lector que intenta su comprensión puede ayudarse en el ejercicio de tal tarea de otros textos que, teniendo el mismo origen, contribuyan e alcanzarla. Y afirmo ésto porque, en efecto, dar cuenta de la reciente obra de Clavero resulta una empresa a la que pueden ayudar más textos de los que la componen: sus *Razones* forman parte de todo un ciclo no cerrado todavía de escritos e intervenciones de los que puede inferirse una propuesta. Individualizar, jerarquizar y, finalmente, comentar los principales caracteres de la misma será el objetivo de estas páginas, por más que el comentario lo suscite un nuevo libro de la colección de *Historia de la sociedad politíca* que el proprio Clavero dirige.

Ya ha cumplido varios años la opinión que al profesor sevillano la merecía el conjunto de estudios existentes sobre la historia constitucional española (2). Con posterioridad se ratificó en su posición con una expresión lapidaria: « No existe en España historia constitucional » (3). El lugar de una inexistente disciplina ha venido siendo ocupado por una serie de aportaciones, productos de diferentes devenires (4) que han formado un conjunto del cual no se puede deducir discusión

---

(1) A propósito de Bartolomé Clavero, *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

(2) Véase la « Orientación historiográfica » contenida en la *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Madrid: Tecnos, 1984. Criticada más tarde su opinión por A. Fiestas en la reseña que de aquella obra hizo en el *Anuario de Historia del Derecho Español* (*AHDE*) LV (1984), p. 843, Clavero clarificó su opinión al hilo de la correspondiente contestación, señalando que con la páginas de su « Orientación » pretendía simplemente dar cuenta de la degradación que bajo el franquismo sufrió la cultura jurídica: *Amos y sirvientes, ¿primer modelo constitucional*?, en *AHDE*, LVI (1986), p. 1016.

(3) B. Clavero, *Materiales primeros para una historia constitucional de España, AHDE*, LXI (1989), p. 854.

(4) Algunos han arrojado hermosos resultados como, por ejemplo, la obra de P. Cruz, *La formacion de sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, Clavero afirmó en la reseña de esta obra que de sensibilidades como la de P. Cruz nos ha venido la « mejor historia constitucional »; *AHDE*, LVIII (1989), p. 586.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

histórica alguna. La incomunicación de presupuestos sirve a Clavero para poner de manifiesto lo desértico del panorama hispánico, que ha carecido de una tradición historiográfica recreadora, o mejor creadora, de lo que desde diferentes acepciones podemos sintetizar con el término « historia constitucional ».

Pero la constatación del vacío podría simplemente llevar a Clavero, como hacen otros, a la reflexión sobre la oportunidad de reciclar en moldes ajenos contenidos propios: los correspondientes a un pasado, llamémosle nacional, que, careciendo de una discusión metodológica que los arrope, pueden insertarse adecuadamente en un debate internacional. Algo más hay en las *Razones* que las aleja de constituir una descripción motivada por una voluntad importadora: no es sólo la heterogeneidad de los textos lo que imposibilita la localización de una « historia constitucional »; otras razones importan, sobre todo la que afecta a sensibilidad. Su carencia impide ver que la problemática objeto de la « historia constitucional » debiera ser la « jurídica individual » y no la « institucional política » (p. 53). Clavero cerca de este modo el terreno, convirtiéndolo por completo en suyo, aunque no cabe duda que los expulsados no pueden ser calificados precisamente de desheredados: su propuesta clasificatoria no posee más fuerza coercitiva que el poder de persuasión.

Al mismo tiempo, las preocupaciones actuales de Clavero parece le obligan a cancelar otros terrenos, centrando su actividad en exclusiva en una historia « que a nosotros nos afecta » (5) nacida con la irrupción del sujeto individual en la historia (p. 45); la otra, « la prehistoria », nos dirá, no tiene importancia alguna sino sólo cuando se intenta la operación tendente a convertirla en historia por lo que tiene de « suplantación cultural y limitación constitucional » (pp. 57 y 58). Ese terreno vallado al que hacíamos referencia se refuerza aquí al modelar Clavero la motivación que debe animar al historiador, sobre todo, al empecinado en comprender la prehistoria; tarea que, por otro lado, ya ha realizado con indudable éxito Clavero, permitiéndole seguramente tal comprensión ofrecernos en la actualidad su complejo y sugerente discurso. Pero, en definitiva, la suma de ambos factores, determinación cualificada del vacío y voluntad declarada de rellenarlo, provoca que el resultado de sus esfuerzos no pueda calificarse más que de delimitación de unas bases que sirvan a la formulación de presupuestos para una historia constitucional que merezca portar tal nombre (6). Desde esta determinada comprensión del discurso de Clavero se abordará en estas páginas el análisis de sus *Razones*.

---

(5) La expresión en *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milano: Giuffrè, 1991, p. 3.

(6) No hay que olvidar aquí la cita de otra importante realización: B. Clavero, *Manual de historia constitucional de España*, Madrid: Alianza, 1989.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Adelantemos an primer lugar el núcleo duro de la propuesta consignándolo con las propias palabras del autor: hay toda una voluntad de por medio ya que se trata del « empeño actual por rehacer una historiografía constitucional bajo este otro prisma del derecho y no de ley » (p. 196), ya que, nos dirá, la revolución constitucional que declaró Derecho y constituyó el Estado no mantuvo, fundamentalmente en la Europa de clave francesa, la dependencia del segundo respecto del primero (p. 46), apoyándose esta enajenación en el capital instrumento de la ley (p. 93). De las páginas de les *Razones* se extrae otra calificación que afecta al marco en el que se inserta el empeño de construir una nueva historia constitucional. El desierto del que hemos hablado no solo es historiográfico, es además cultural: el déficit, de lejano nacimiento (p. 190), se mantiene hoy firmemente apuntalado por una historia que constitute y una historiografía que contribuye, de la que no sólo son responsables los historiadores, sino también los constitucionalistas (p. 55, p. 156). En definitiva, nos dirá Clavero, hay toda una historia en la que ha desaparecido el sujeto (p. 55) y, consecuentemente, un presente derivado de aquélla: ambos estan compuestos por realidades y textos forjadores de toda una cultura legal que lo es del poder (p. 95) y que, al mismo tiempo, identificando ordenamiento con legislación, ha determinado a su vez sus propios sujetos (p. 108). Todo ello impide atisbar el planteamiento fundacional del sujeto.

Mas la crítica no carece de alternativa, pues a ella se dirige la reconstrucción: ha llegado ya un tiempo en el que, de nuevo, se deben repensar las bases del ordenamiento partiendo del ineludible sujeto único, esto es, igualitario (p. 116, p. 119, p. 127). Unas bases que resultaron rotas casi en sus mismos orígenes con la emergencia de un Código que no llegó nunca a ser *Code général* (pp. 94 y 95). Y ha llegado ese tiempo porque estamos todavía en los inicios, esto es, constituyéndonos (p. 231).

En la recuperación del sujeto Clavero insiste en bucear buceando sobre todo en los orígenes y en ella se advierte un segundo pliegue de la fundamental propuesta, que ya habrá podido ser identificado: no es la historia que así resulta elemento de adorno, sino instrumento que debe servir para la visión del presente y previsión de porvenir (p. 13) (7). Un instrumento del que diseña, interrogativa pero firmemente, sus fronteras (p. 116, p. 125), un instrumento que debe servir para recuperar cultura reabriendo horizontes cegados (p. 157) (8). No teme el autor de las *Razones* que su historia de futuro sea juzgada en el

(7) La idea y la expresión ya en B. Clavero, *Los derechos y los jueces*, Madrid: Civitas, 1988, p. 15.

(8) La espresión se reitera: *Materiales*..., cit., p. 856; así como estudio introductorio a J.L. Del Olme, *Constitución de Inglaterra*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 77.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

terreno de lo que, frecuente y reducidamente, se califica de político (p. 12), aún cuando resulta difícil pensar que razonablemente puede el historiador salir de tal campo. Por ello, explicitar la intención puede simplemente dar origen a polémica deseada; rechazarla, al ejercicio consciente de la ocultación o inconsciente del acriticismo. En definitiva, no debe tomarse en cuenta la provocación cuando se intenta reseñar las *Razones*, pues el mismo texto contiene la respuesta: no hay que temer a la desnaturalización de la ciencia histórica porque nunca ha existido, porque su posibilidad es problemática y, finalmente, porque su interés resulta dudoso (p. 158).

Creo que la principal consecuencia que se deduce del intento de recuperar el fundamento originario de la revolución constitucional, concretado en la nueva concepción del individuo y en la declaración de sus derechos (p. 52), es la de conseguir una mirada limpia con la que dirigirse hacia nuestro más reciente pasado. Un mirada ajena a desarrollos legales que perdieron en su origen el concepto de Derecho, una mirada no contaminada por la interiorización de los consecuentes desarrollos del Poder, pues todo ello ha desfigurado las potencialidades del supuesto fundacional. De aquí procede la importancia de unos orígenes que siendo comunes por no haber dilema entre iusnaturalismos se bifurcaron atendiendo a *nature of rights* y a *nature du droit*: principios excluyentes, por ser uno postulación de libertad y otro asunción de un orden (p. 121).

Porque, entre otras cosas, y aquí se coloca otro centro de la reflexión, toda una diferente concepción de la Justicia separó unos caminos que partían de una misma tradición judicialista (p. 108) (9). En el Continente, ni siquiera en los momentos en que más decididamente se apostó por el reconocimiento de la libertad individual, como en el 1868 español, pudo la correspondiente Constitución articular un sistema en el que primara la libertad con su « corolario de competencia judicial »: por el contrario, la idea que se impuso fue la de la « voluntad mayoritaria con su consecuencia de imperio de la ley » (p. 137).

Como ya lo hiciera en *Los derechos y los jueces* y en otras intervenciones (10), Clavero sigue indagando en la Justicia, clave ineludible de la defensa de los derechos. Su reflexión puede ser seguida sin esfuerzo ya que se compone de los resultados de una comparación transoceánica: la resultante de insertar en una tradición constitucional en la que prima la concentración de poder sustentada por la ficción de la representación nacional, principios que corresponden a otra, temerosa de un orden

(9) Desarrollada previamente en *Los derechos*..., cit.

(10) Como por ejemplo, en la conferencia pronunciada en las Jornadas que sobre el poder judicial en el bicentenario de la revolución francesa organizó el Centro de Estudios Judiciales. Fue publicada después: *Códigos y jueces (Las puertas y los porteros de la ley)*, en *El Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1990, pp. 69-89.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

semejante. Su historia constitucional no viene así marcada por las artificiales fronteras de los Estados nacionales: es una historia de cultura constitucional. No hay aduanas para las ideas ni para los textos (11): la nación no puede aquí servir de justificación a la ignorancia.

En resumen. La historia constitucional entendida como ética civil que propone Clavero viene caracterizada por los siguientes rasgos: en primer lugar, tiene como protagonista principal al sujeto titular de derechos previos y su objetivo es hacer un seguimiento de los avatares de aquél hasta hoy o desde hoy; en segundo lugar, Clavero afirma que en el desarrollo de esta actividad no cabe alterar el ritmo de la investigación, haciendo historia no del sujeto sino del orden que pretendidamente en él se inspira, ya que de esta forma se convierte el relato en una justificación de la historia de las normas o de la institucionalización del poder; finalmente, la historia constitucional que así resulta es una historia comprometida, un instrumento para la revitalización — o refundación — de la cultura constitucional. En las manos de Clavero la historia se convierte en una reflexión que sirve para la comprensión de nuestro mundo y, más allá del mero conocimiento, para recuperar principios fundadores en esencia olvidados, obligándonos asi a repensar nuestras actuales categorías (p. 149). No debemos suponer sin embargo que de las páginas que componen su historia constitucional se infiere un continuado lamento por el desarrollo de los acontecimientos. Si alguno lo pudiera así calificar, tendría que darse cuenta que la postura de Clavero no implica abandono ni aceptación, sino todo lo contrario: un fortísimo optimismo antropológico atraviesa de principio a fin una propuesta emancipadora que sin él no sería comprensible (p. 128). Dejemos por ahora el comentario de esta propuesta y pasemos a dar cuenta particularizada del contenido de los trabajos que componen el libro.

II. Los diferentes textos que forman las *Razones* tienen un orden que, como nos dirá el mismo autor, progresivamente concreta un argumento (p. 13). No obstante su agrupación, y como los demás textos que forman la serie producto de las preocupaciones reseñadas, creo pueden concebirse como herramientas o instrumentos que sirven general o particularizadamente para conjurar los fantasmas que impiden la reflexión sobre nuestro pasado más próximo, unos fantasmas que nos incapacitan para elevarnos sobre nuestro presente. De hecho, el mismo autor señala que el libro se gestó con los años (p. 11) y que los trabajos que componen las *Razones* han sido o serán integra o parcialmente publicados: responde, pues, a un planteamiento que progresivamente se va engrosando y afirmando en todos y cada uno de los textos

(11) Aunque tengan que ser valoradas para identificar su comprensión: véase su estudio introductorio a J.L. De Lolme, *Constitución de Inglaterra*, cit., pp. 12-101.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

producto de aquél. A pesar de la indicación del autor, no son las *Razones* por tanto un texto cerrado y completo, aunque sí lo resulte el argumento.

Concebido de este modo el método, los resultados que arroja la comprobación pretérita de los fundamentos y avatares de la « revolución constitucional » son los correspondientes a una rápida desilusión y a una persistente degradación o falseamiento (p. 45). De ello da cuenta el primer escrito de las *Razones*; en « Razón de Estado, razón de individuo », Clavero nos enseña un camino a través de los textos que hablan de razón y razones de Estado hasta fijar la novedad hobbesiana: la razón revolucionaria no fue la del estado, sino la del individuo (p. 44), es ésta la que hizo que nuestro mundo emergiera. No obstante, por mucho que el nuevo Estado fuera en principio caracterizado como instrumental, concebido a título de artificio necesario al servicio del individuo, pronto se creyó dotado también de razón, convertida en derecho de Estado (p. 45). Confundir el orden y vinculación de los nacimientos le parece a Clavero toda una operación de enmascaramienio que conduce a un presupuesto en que basar toda una teoría política: el Estado es el que define al individuo y no al revés. Historiadores y constitucionalistas se encuentran presos en un orden textual del que, por haber sido en parte construido por ellos, no pueden salir. La clarificación cronológica, la priorización textual, ha servido a Clavero para retornar al terreno de la crítica historiográfica cuya naturaleza no puede concebirse como adorno cultural pues resulta consonante con el objeto de la misma: la historiografía es, para Clavero, historia fuerte, política (p. 57).

En « Codificación civil, revolución constitucional », segundo de los trabajos que componen las *Razones*, entramos ya más profundamente en el universo de la degradación de la razón del individuo al encontrarnos con el mundo postrevolucionario que desea, en Francia, la Codificación. El capítulo anterio ya lo había anunciado: la razón de Estado se ha hecho Derecho, sirviendo eficazmente la codificación para consolidar la suplantación (p. 46). En « Codificación civil... », Clavero da cuenta del proceso contraponiendo la suerte que corrió el presupuesto fundamental de la unidad del sujeto en el jurisprudencial mundo americano y en el legal francés. Y después del análisis, consigna la propuesta: hay ahora espacio para un Código que lo sea de Derechos del sujeto único y universal; también lo puede haber una justicia sin ciencia propia (p. 126). Como rápidamente se deducirá, estamos de nuevo repensando orígenes; sin embargo, elementos de novedad hay, ya que el desarrollo habrá podido decepcionar, pero también nos ha hecho más sabios.

En « Prototipo constituyente: de los Derechos a los Poderes », la reflexión de Clavero se torna nacional para dar cuenta de otra frustración: la de la Gloriosa. Pero no le importan al autor las circunstancias

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

políticas; el análisis lo es de los elementos que fueron trastocados para convertir el reconocimento de la libertad en implantación de poder institucional (p. 129), del camino recorrido por unos los derechos que acaban sirviendo para crear poderes (p. 149), de la generación con todo ello de una cultura constitucional que no lo es de libertad, sino del poder mismo (p. 150). Clavero pasa revista a la suspensión o privación de libertades motivadas por la declaración de estados de excepción (pp. 133-137), analiza el concepto de soberanía nacional comprendiéndolo como una suplantación de la libertad por la práctica de la representación y reflexionando, al hilo de este análisis, sobre la problemática de las Autoridades constituidas previamente (pp. 133-137), y, finalmente, no olvida hablarnos de la capacitación judicial, contraponiendo el texto constitucional con el corolario organizativo de 1870, que a su vez clausura el horizonte abierto por la Constitución en lo que al poder judicial se refiere (pp. 143-148). El análisis constitucional del sexenio termina oponiendo a 1869 la experiencia fallida de 1873: representativa de un constitucionalismo de libertades, fracaso para su tiempo pero recuperable para una cultura que se necesita (pp. 152-155): la social del individuo raso cuya « libertad debe formar la constitución, cuya razón ha de conformar el ordenamiento » (p. 158). En el « Prototipo constituyente... » Clavero desvela el contenido de la última de sus *Razones*, la de la historia, al cerrar el capítulo con una reflexión sobre la historia constitucional, sobre su pasado y sobre su posible futuro.

Cierra el libro un último capítulo titulado « Propiedad como libertad: Declaración primera de Derecho ». En él Clavero intenta recuperar el derecho de propiedad entendido como libertad individual dando cuenta de una última frustración: la de la potencialidad de la declaración del derecho de propiedad consignado en el texto de la Constitución gaditana. Para ello recorre un camino que parte de la localización gaditana. Par ello recorre un camino que parte de la localización de toda una cultura previa extraída del *Informe de la Ley Agraria* de Jovellanos y de las páginas del *Censor*, « panorama loquiano » para Clavero al que no son ajenos los gaditanos (pp. 184, 185), que se cierra con la consignación del derecho de propiedad en los diferentes proyectos de Código. Es un camino en el que se cancela Locke suplantándolo por Bentham (p. 167), donde el derecho de propiedad se transforma: de derecho de la personalidad en derecho real, de libertad privada en derecho social (p. 201).

III. Hecha la síntesis, resta el comentario. Las *Razones* no son textos que merezcan silencio, ni puede su mero resumen dejar satisfecho, ya que la propuesta contenida en la « historia constitucional » de Clavero puede ser calificada de consciente provocación. Cierto es que sentir provocaciones del autor que nos ocupa no es precisamente nada nuevo, y cierto es también que muchos serán los provocados, pero no

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

precisamente todos por los mismos motivos. Consignar los míos es el objetivo de las páginas siguientes.

El intento de calificar la historia constitucional que Clavero propone implica determinar en primer lugar la naturaleza del sujeto protagonista principal del relato. En éste último, el individuo portador de derechos previos, el que se desea y por lo tanto sirve para hacer historia, es una acabada abstracción, un perfecto producto ilustrado de cuya naturaleza en absoluto se reniega (p. 119) ya que abiertamente se rinde testimonio de admiración al momento primero en el que pudo pensarse en « las posibilidades de la naturaleza humana por encima de las miserias de su propia historia » (p. 225). Aquel individuo, por más que por su concreta existencia y dignidad se escriban las *Razones* y otros textos, no está así compuesto de carne, huesos y sangre, ni vive en comunidades que hablan francés o inglés aunque de ellas se hable; no existe ni nunca ha esistido: de construirlo, individual y colectivamente, se trata.

Ocupado en solitario en esa tarea, Clavero coloca una primera piedra en la reconstrucción del edificio de nuestra cultura jurídica repitiendo la operación ilustrada. Busca la imagen del sujeto unitario elevándose por encima de normas e instituciones pero, esta vez, contando con ellas: el objetivo es crear distancia respecto de las mismas para poder concebir con pureza a un individuo que, presunta pero falsamente, se encuentra en el orígen del complejo estatal conocido. Por todo ello, la historia constitucional que pretende tenerlo por protagonista, liberándolo asi de la maraña que se ha entretejido a su alrededor durante los doscientos últimos años, resulta una reflexión integral de política del derecho.

Ahora bien, la ensoñación ilustrada, la operación de búsqueda del « hombre en general », arrojó algunas consecuencias conocidas respecto de su propio método. Utilicemos textos ajenos para dar paso a reflexiones propias: la selección de C.L. Becker no deja de ser aquí interesada (12). Hablando de los filósofos ilustrados, el historiador norteamericano afirmaba hace medio siglo « They do not know that the ''man in general'' they are looking for is just their own image, that the principles they are bound to find are the very ones they start out

(12) Recuérdese la hermosa obra del mismo C.L. Becker, *The Declaration of Independence. A Study in the History of Political Ideas*, New York: Harcourt, Brace and Company, 1922, en la que, en sus páginas finales (224-279), se quiere situar en el siglo XX la fundamentación de la doctrina de los derechos humanos que hicier el Setecientos, por encima de las interpretaciones que, a lo largo del siglo XIX hicieron de la Declaración autores como Ranke y Savigny: mucho del capital político de los llamados historiadores progresistas se concentra en la pluma del sensible Becker en este ya clásico análisis de la Declaración.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

with » (13). Distorsionando quizás el sentido original de la cita se utilizará para plantear una primera cuestión. Ya se ha advertido que no caerá este comentario en la fácil trampa de separar disciplinas colocando el esfuerzo de Clavero fuera de la historia, pero la primera consideración que sugiere la lectura de las *Razones* brota enseguida. Con independencia de la fatal atracción que emite su discurso, ¿es la historia constitucional de Clavero una historia que sólo él puede escribir? ¿Comienza y termina en su obra? ¿Le ha devuelto el espejo del pasado su exclusiva y propia imagen? Y si ésto puede ser así, ¿dónde queda la disciplina para la que escribía?

Para clarificar el sentido de los interrogantes, volvamos un momento sobre la oportunidad de repensar los tópicos de la Ilustración, señalada por el proprio Clavero (p. 119). Insistamos en su historia y seleccionemos dos de entre aquellos tópicos lo suficientemente significativos para que el análisis de esta su segunda construcción, de factura sevillana, intente liberar, que no cortar, los nudos gordianos de la *Razones*: el mito de los orígenes y los derechos del individuo pueden bien ser los protagonistas de nuestra historia. Inescindibles, sirvieron ayer para estructurar el discurso ilustrado y sirven hoy a Clavero para cuestionar un proceso, una realidad y una historiografia que falsifica conexiones entre todo ello.

Antes de la construcción de principios encontramos sin embargo a los arquitectos de hoy y de ayer. Respecto de los últimos, señalaba Claval al comentar la obra de los contractualistas en general, y la de Hobbes en particular, que acabada « la función cumplida por el clero en la definición de los valores fundamentales del orden social pasa a los intelectuales que interpretan el mito instaurador de la sociedad civilizada »; jamás la influencia ideológica ha sido tan importante y « ha estado concentrada en tan pocas manos » (14). El deseo que entonces animó la interpretación de los irreales orígenes no parece encontrarse distante respecto de la propuesta de Clavero: materializarse, hacerse real, salirse, en definitiva, de los textos. Cierto es que, como él mismo afirma, no estamos en el mismo mundo por más que el actual pueda ser lejana consecuencia; difícilmente podemos encontrar en él los monopolios reflexivos a los que Claval hacía referencia. Pero la actitud de Clavero es monopolística en lo que se refiere a la interpretación del mito de los orígenes y, en consecuencia, a la definición de los derechos del individuo cuya existencia previa a la formación estatal legitima y determina la estractura y funcionamiento de esta última. Derechos que

(13) C.L. Becker, *The Heavently City of the Eighteenth-Century Philosophers*, New Haven and London: Yale University Press, 1932 (reimp., sin fecha), pp. 103-104.

(14) P. Claval, *Espacio y poder*, México: Fondo de Cultura Económico, 1982, p. 139.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

son, recordemos, el alma de un relato que se ve, a sí mismo, como relato alternativo.

Expliquémonos. La imagen de los orígenes que Clavero nos ofrece no es el abstracto estado de naturaleza, sino los textos que rompen un paradigma construyéndolo; ninguna objeción puede oponerse a la localización. Sin embargo, imperceptible pero firmemente, Clavero coloca en el sótano del edificio de sus escritos, actuando como si de una caldera se tratase, la cerrada y favorable valoración de una cultura constitucional considerada, respecto de la opuesta, más fiel a los comunes orígenes. Ahora bien, la legítima y lúcida elección de Clavero despliega unos efectos que, reunidos, diseñan toda una inteligente y hábil trampa que atrapa al lector de la *Razones* en un discurso cerrado, autorreferencial.

Sin perjuicio de que desarrollemos más adelante algunos ejemplos, anticipemos una opinión respecto de la operación descrita. La positiva valoración de los presupuestos constitucionales norteamericanos entraña la elevación a la categoria de orígenes acontecimientos/textos mitificados, cuya fijación, a la que no se añade un análisis de su desarrollo que sea paralelo al realizado por Clavero respecto de la tradición continental los mantiene incólumes, capaces asi de prestar indefinidamente armas para la crítica: la revolución constitucional americana parece ser el mundo jurídico al que debieramos dirigirnos, aunque en el pasado se encuentre. Como Tocqueville, como Bryce, Clavero nos habla de América como fuente de enseñanzas, pero de una América que se expresa en castellano porque en Sevilla, conscientemente, se ha construido.

Expongamos los ejemplos prometidos. La noción de derechos del individuo previos a su consignación en textos parece que puede tener una ubicación histórica concreta en el desarrollo de los acontecimientos que llevaron a las trece colonias americanas a la redacción de sus Cartas constitucionales. Estas servían para reconocer, no para declarar derechos, porque, como señala Clavero, toda una cultura constitucional que faltaba en nuestro entorno existía en las colonias, con la consiguiente consciencia previa de derechos. Sin objetar nada a la idea, creo conviene hacer tres puntualizaciones.

En primer lugar, y utilizando a un autor de cita frecuente en la obra de Clavero, J.P. Reid, localicemos la « nacionalidad » de los derechos soportes de la cultura a la que nos venimos refiriendo: « Rights were taken seriously in the eighteenth-century British Empire: the rights or the individual, the rights of Englishmen... » (15). La primera y fácil observación que surge inmediatamente se reduce al recuerdo de la existencia en tierras americanas de otras culturas, por qué no constitu-

(15) J.P. Reid, *Constitutional History of the American Revolution. The Authority of Rights*, Madison: The Univerisity of Wisconsin Press, 1986, p. 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cionales, que fueron destrozadas por el ejercicio de los derechos propios de los *Englishmen* (16). Sigamos con Reid y con sus análisis de historia constitucional americana, esta vez centrada en el estudio de los indios cherokees (17). Reid descrive a lo largo de unas hermosas páginas toda una tradición, por él calificada de constitucional, que organizaba las comunidades cherokees bajo el principio de absoluta igualdad entre sus miembros, fueran estos hombres o mujeres, y de libertad, hasta el punto de que la Nación Cherokee no poseía un mínimo de « police powers » careciendo por completo de poder de coerción física sustituido por sanciones morales y éticas (18). Y traigo aquí el recuerdo de la Nación Cherokee porque se me hace difícil, en definitiva, combinar en un plano teórico — que no histórico — la emergencia ilustrada del sujeto universal, nacido de la razón por encima de las miserias de su propio mundo, con tradiciones jurídicas de origen nacional, no exportables ni siquiera a los « fellow countrymen ». Porque, no nos olvidemos que, sin duda, británico y dificilmente universalizable era el texto de Blackstone (19), o con posterioridad las diferentes versiones americanas que de él se hicieron a lo largo del Ochocientos (20); en definitiva,

---

(16) Sobre todo, por el del libre comercio, proceso también analizado por J.P. Reid en *A Better Kind of Hatchet: Law, Trade, and Diplomacy in the Cherokee Nation During the Early Years of European Contact*, University Park: Pennsylvania State University Press, 1976, donde se da cuenta de cómo los cherokees fueron convirtiéndose en un pueblo dependiente por las relaciones comercial mantenidas con las colonias, en particular por el tráfico de armas de fuego.

(17) El interés por el estudio de la nación cherokee es antiguo. Ya a comienzos de siglo T.V. Parker señalo que existía una fascinante atracción por el análisis de las costumbres de los indios americanos en una obra dedicada al estudio de las relaciones entre los cherokees y el Gobierno de los Estados Unidos; cfr. de este autor, *The Cherokee Indians*, New York: Grafton Press, 1907. Más que cualquier otro pueblo indio, los cherokees trataron de asimilar la cultura anglo-americana, aún después de la tragedia de su deportación, acontecimiento que ha interesado a los estudiosos; T. Wilkins, *Cherokee Tragedy. The Story of the Rigde Family and the Declination of a People*, New York: Macmillan, 1970; A. Guttmann, *States' Rigths and Indian Removal: the Cherokee Nation V. the State of Georgia*, Boston, D.C. Heath, 1965 y, recientemente, W.L. Anderson (ed.), *The Cherokee Removal. Before and After*, Athens: University of Georgia Press, 1991. La asimilación cultural también lo fue jurídica, demostrándolo su temprana tendencia a la consignación por escrito de su derecho: *Laws of the Cherokee Nation: Adopted by the Council at Various Periods (1808-1835)*, Printed for the Nation, Tanlequah, C.N. Cherokee advocate office, 1852. Finalmente, la Constitución Cherokee de 1839, modelada según la americana, formó las bases del gobierno de la nación hasta 1898: *The Constitution and laws of the Cherokee Nation: passed at Tahleguah*, Cherokee Nation, 1839-51, Tahlequah, Cherokee Nation, 1852.

(18) J.P. Reid, *A Law of Blood: The Primitive Law of the Cherokee Nation*, New York: New York University Press, 1970.

(19) Véase como ejemplo el esfuerzo de J. Stewart sobre la obra de Blackstone, *The Rights of Persons, according to the Text of Blackstone: incorporatig the alterations down to the present time*, London: E. Spettigue, 1839.

(20) Muy tempranamente respecto del acontecimiento revolucionario se intentó

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

al igual que Jefferson sentía repugnancia por Blackstone (21), se llevan mal Sir Henry S. Maine (22) y Carl L. Becker en lo que a la interpretación y valor de los textos se refiere. Expresada la opinión, le sigue la pregunta: qué historia de los « rigths » se requiere: la de la tradición reformada o la de una novedad en la que incluso también, por tradición propia aunque sin textos, cabía la Nación Cherokee?

Con los anteriores recuerdos pasemos a exponer la segunda puntalización, reflexionando esta vez sobre los contextos para seguir hablando de los derechos. Hay que recordar que Clavero advierte que su discurso no es un relato descriptivo de contextos históricos, por lo que no parece que pueda alterarse la naturaleza de la discusión insertando elementos extraños entre los que componen los presupuestos de las *Razones*. No obstante, considero que una mínima cronología se requiere cuando hablamos de un « american dream » que, por lo que a nosotros nos afecta, es el resultado de la suma de dos factores: idea constitucional más *common law*. Pero ambos elementos se transformaron rápidamente por la acción de un entorno del que no se habla; hay un camino muy tortuoso que, partiendo de las exclusivas condiciones originales americanas, desembocaran en problemáticas similares a las europeas.

Las condiciones originales, el primitivo contexto, se da por conocido: ni Rey, ni Papa, ni aristocracia territorial, ni primogenituras que la propiciaran y, sobre todo, un inmenso territorio al Oeste. De este simplificado y mínimo cuadro quiero resaltar el último elemento, por parecerme que afecta determinantemente a derechos y, por consi-

---

insertar éste último en la tradición jurídica recibida: *Blackstone'Commentaries: with notes of reference, to the Constitution and laws, of the federal government of the United States, and of the commonwealth of Virginia. In five volumes. With an appendix to each volume, containing short tracts upon such subjets as appeared necessary to form a connected view of the laws ol Virginia, as a member of the federal Union*, Philadelphia: Published by William Young Birch, and Abraham Small, n. 17, Suth Second-street, Robert Carr, printed, 1803. El Blackstone americano sirvió, a lo largo, tanto para el ejercicio de la profesión jurídica como para la enseñanza; basten dos ejemplos: *Commentaries on the Law of England. From the author's 8th ed. 1778, Edited for American lawyers by William* G. Hammond... *With copious notes, and references to all comments on the text in the American reports, 1787-1890*, San Francisco: Bancroft-Whitney Company, 1890 y F.C. Brewster, *Blackstone's Commentaries for American Students in the Forms of Questions and Answers; prefaced by questions and answers on the introduction to Robertson's Cherles V., together with a note on the rule in Shelly's case as applied in Pennsylvania*, Philadelphia: Printed by Allen, Lane & Scott, 1987.

(21) Sobre la tensiones con la judicatura, entre otros vid. G.L. McDowell, *Equity and the Constitution: The Supreme Court, Equitable Relief, and Public Policy*, Chicago: University of Chicago Press, 1982, pp. 55-69.

(22) El análisis de la Constitución americana le sirve a H.S. Maine para afirmar que aquélla no es más que una versión, modificada por la circunstancias, de la inglesa, debiendo además su éito a la continuidad. Cfr. *Popular Government: Four Essays*, London: J. Murray, 1918, p. 247.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

guiente, a su interpretación. Es en su evocación donde creo necesario insertar la cronología a la que me he referido. Desde el fin de la Arcadia jeffersoniana, de la democracia de los pequeños granjeros que puede localizarse incluso en los comienzos de la Era Jackson, hasta el cierre de la última frontera existe todo un camino que transforma los presupuestos de los *rights* originales al hilo de la industrialización del espacio norteamericano. Como afirmara Frederick H. Turner en su día, no sin escándalo de los contemporáneos (23), la clausura del espacio lo fue también de la posibilidad de exportar los conflictos sociales, convirtiéndose en mito la potencialidad sin límites de las libertades constitucionales dentro y fuera del espacio que un día se concibiera como el « milagro del Oeste »: el siglo XX será testigo de ello. Sin proceder ahora a consignar la discusión historiográfica existente sobre la famosa tesis del papel de la Frontera en la historia de los Estados Unidos (24), resulta sensato suponer que fue la experiencia de frontera y no tanto el *common law*, a pesar de su indudable potencialidad, lo que determinó la libertad creativa de los operadores jurídicos, luego encorsetados entre estrechos y formales márgenes una vez que dicha experiencia terminó. Los conflictos sociales de principios del siglo XX, objeto de las explicaciones e interpretaciones que de la historia de los Estados Unidos hiciera el arriba evocado padre de los historiadores americanos progresistas, produjeron consecuencias importantes que afectaron de forma determinante al « american law », consecuencias que no pueden ser obviadas en la comprensión de un modelo: la actitud de ilustres juristas (25) ante manifestaciones de aquellos conflictos resulta testigo de ello. Actitudes consecuentes con toda una trayectoria profesional ya que, al mismo tiempo que muchos de los mencionados juristas mantuvieron un profundo compromiso político con su época (26), se embarcaron en la construcción de una toda une nueva comprensión del derecho (27) alejada definitivamente de las concepciones originarias que habian demostrado ya, a finales del Ochocientos, su incapacidad de dar cuenta razonada de la adecuación del derecho a las condiciones de una América transformada. « The life of the law has not been logic: it has

(23) F.J. Turner, *The Frontier in American History*, New York: H. Holt and Company, 1921.

(24) Sobre todo porque es un debate referido a uno de los elementos constituyentes del discurso politico norteamericano. En este sentido, véase, R. Slotkin, *The Fatal Environment. The Myth of the Frontier in the Age of Industrialization (1800-1890)*, Middletown, Connecticut: Wesleyan University Press, 1986.

(25) Como simple y conocida muestra: F. Frankfurter, *The Case of Sacco and Vanzetti: A Critical Analysis for Lawyers and Laymen*, Boston: Little, Brown, 1927.

(26) Véase, también como muestra, *F.D. Roosevelt and F. Frankfurter: their Correspondende (1928 —1945)*, Boston: Little, Brown, 1967-1968.

(27) G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, A. Giuffrè, 1962.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

been experience » (28): O.W. Holmes abría así, ya en 1881, todo un camino para dar paso a una reflexión nueva.

Para terminar con la última de las puntualizaciones prometidas respecto de los derechos, resta hablar de una tensión, hacer hincapié en elementos de un proceso que no sin lucha fueron derrotados, pero que forman parte de una cultura jurídica de base constitucional la cual, a su vez, también se fue transformando. La Constitución americana pronto tuvo sus comentaristas y el acontecimiento materializado en documento se sustituyó por los textos que lo estudiaban. Muy pronto, Kent (29) y Story (30)contextualizaron históricamente el derecho natural y sustituyeron la fundamentación contractual del gobierno por una legitimación de naturaleza histórica (31). Al mismo tiempo, no hay que olvidar, como recordara Pound, que la materialización de la revolución constitucional americana no implicó la aceptación unánime del *common law* como derecho en la América prostrevolucionaria y, por consiguiente, como cauce suficiente para la defensa de los *rights*. Más bien al contrario: muchas voces se elevaron intermitentemente en la defensa de una administración de justicia organizada sobre bases no técnicas, una administración de justicia que respondiese al principio de la equidad natural (32). Y éste se localizaba no en la jurisprudencia del *common law*, cultivada por hombres como Kent y Story (33), sino en Códigos sustentados en la idea de derecho natural (34).

---

(28) O.W. Holmes, *The Common Law*, ed. M. De Wolfe Howe, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1963, p. 5.

(29) J. Kent, *Commentaries on American Law*, 4 v., New York, Halsted, 1826-30; *Dissertations; being the Preliminary Part of a Course of Law Lectures*, New York: Printed by George Forman, 1795.

(30) J. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States: with a preliminary review of the Constitutional history of the Colonies and States, before the adoption of the Constitution*, Boston: Hilliard, Gray, and Co., 1833.

(31) La capital importancia de los textos producto del hacer de los juristas norteamericanos de comienzos del Ochocientos debe valorarse en el marco de un espacio donde el acceso al conocimiento del derecho era bastante limitado; baste recordar la inexistencia de un *national reporter system* hasta muy avanzado el siglo. Pero las deficiencias no fueron solamente federales: hasta 1828 en Rnode Island y 1845 en Georgia no se dispone de *record* de sus Cortes Supremas.

(32) R. Pound, *The Formativa Era of American Law*, Boston: Little, Brown and Company, 1938, p. 107.

(33) Aunque, por supuesto, estos empeñaran sus esfuerzos en la fundamentación del discurso jurídico racional en el *common law*: J. Story, *Commentaries on Equity Pleadings: and the Incidentes thereof, according to the Practice of the Courts of Equity of England and America*, 10th ed., rev., corrected, and enlarged by J.M. Gould, Boston: Little, Brown, and Company, 1892.

(34) Sobre todo, en lo que se referia a la materia penal: S.H. Kadish, *David Dudley Field and his Criminal Code*, Berkeley: Boalt Hall Alumni Association, 1979. Más general, Ch. M Cook, *The American Codification Movement: a Study of Antebellum Legal Reform*, Westport, Conn.: Greenwood Press, 1981.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

En definitiva, si cierto es que la simplicidad y coherencia no han sido precisamente características del desarollo jurídico continental y que, como afirma Clavero, ello entraña consecuencias nada despreciables, algo parecido se puede afirmar del desarollo del derecho americano. La Era del Descubrimiento, la de la Lucha y la de la Ansiedad (35) han terminado sugiriendo a los juristas norteamericanos la conveniencia de mirar, como sus colegas continentales, simultaneamente hacia atrás y hacia delante (36) para diagnosticar *what's wrong with the american law*.

Porque no hay que olvidar que los problemas recurrentes de la historia jurídica de los Estados Unidos tienen su correspondiente europeo. La angustia claustrofóbica que pudo producir la Exégesis bien se compara con la reducción del derecho a la jurisprudencia de las *regular courts* que realizó la reforma educativa de C.C. Langdell (37). Las utopías se irán cancelando a ambas orillas del Atlántico: si los primeros experimentos postrevolucionarios fueron abandonándose en Europa, la « Golden Age » (38) del derecho americano desemboca, potenciada por una economía bajo el control de las grandes corporaciones, en una « Formalistic Age ». La tecnificación del derecho será común, y a la frustración de los primeros deseos de simplificación del sistema jurídico para su comprensión universal, a expensas lógicamente de la subsistencia del jurista, el proceso de profesionalización del mundo juridico americano ha sido no sólo comparable, sino superior al europeo (39). La profesión jurídica pasó de ser actividad que, como dijera Tocqueville, en ausencia de otra constituía una auténtica aristo-

---

(35) La definiciones son préstamo de G. Gilmore, *The Ages of American Law*, New Haven and London: Yale University Press, 1977.

(36) *Ibid.*, Cap. 4, pp. 99-113.

(37) C.C. Langdell ocupa un lugar privilegiado en cualquier historia de la educación del derecho en los EE.UU. Baste citar aquí las generales más significativas: A.Z. Reed, *Trainins for the Public Profession of the Law*, Buffalo, N.Y.: W.S. Hein Co, 1989 (reim.) y R.B. Stevens, *Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s*, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1983. No obstante, y más especificamente, los límites y problemática del « case method » fueron puestos de manifiesto en una obra ya clásica: J. Redlich, *The Common Law and the Case Method in American University Law School: a Reporter to the Carnegie Foundation for the Advancement of teaching*, New York: The Carnegie Foundation, 1914. Y no sólo al mundo de la enseñanza interesó el método Langdell; recuérdese el lugar de honor que su crítica ocupó entre los realistas: K.N. Llewellyn, *The Bramble Bush: on our Law and its Study*, Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana, 1960.

(38) El calificativo en Ch.M. Haar, *The Golden Age of American Law*, New York, G. Braziller, 1965. Coincidente con lo M.J. Horwitz denomina « The Emergence of an instrumental Concepticon ol Amercian Law », en *Law in American History*, Cambridge: Harvard University, Charles Warren Center for Studies in American History, 1971, sobre todo, pp. 287-288, 316-326.

(39) W.R. Johnson, *Schooled Lawyers: a Study in the Clash of Professional Cultures*, New York: New York University Press, 1978.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cracia en el Nuevo Mundo, a subordinarse por completo, en el ascenso del capitalismo (40), a las corporaciones industriales y financieras, comenzando asi un proceso inflacionista en la producción de operadores jurídicos y, en consecuencia, de litigiosidad que ha llevado a los EE. UU. a alcanzar la más alta cuota proporcional de abogados por número de habitantes entre los países occidentales.

Y todavía: si la norma expropia derechos y bloquea la multiplicidad de fuentes en el mundo continental, con verdadero monopolio de lo jurídico; si nos sirve la crítica del fenómeno para hacer historia, ¿qué decir del peso conservador de una jurisprudencia que, justificada en principio por el *common law*, ha convertido la llamada interpretación jurídica en campo abonado para la imposición de valores morales y políticos donde se suplanta la opinión general por la axiología de los propios jueces (41)? Y estamos ante una jurisprudencia que impone además su propia mitología monopolística en la medida en que oculta el nacimiento de nuevas realidades: también tiene el historiador norteamericano obstáculos que imposibilitan la comprensión, dificultades en su tarea (42).

Disertando de jueces y de operadores jurídicos cerraremos definitivamente el capítulo de los derechos y, con él, el mito de los orígenes según interpretación de Clavero. Los derechos previos del Individuo que debieran constituir la Razón de Estado producen vértigo si no se definen; sin esa seguridad primera muy difícil resulta a los lectores seguir por el camino que abren las *Razones* y otros textos. Clavero afirma que « conviene retener » un presupuesto norteamericano, aquél según el cual « para la determinación del derecho no sólo opera el principio representativo de la actuación parlamentaria » (p. 73). Conviene retenerlo porque no es sólo un dato, sino un valor: « La ficción constitucional de la representación política ya no debiera otorgarle privilegio e la decisión representativa. Debe ser ésta jurisprudencial: motivarse en Derechos » (p. 115). La recurrente solución jurisprudencial tiene siempre un punto de fuga que también se remite al mundo americano (43): su jurisprudencia es la popular (p. 191). Pero no

---

(40) Un resumen del proceso vinculado a otros factores en R. HOFSTADTER, *The Age of Reform*, New York: Vintage Books, 1955, pp. 148-164.

(41) No por conocida deja de ser necesaria la anécdota: W.E. LEUCHTENBURG, « Franklin D. Roosevelt Supreme Court "Packing Plan" », en *The Law and The New Deal*, New York: Garland, 1990, pp. 192-239. Sorpresivo plan considerado en su día como necesaria respuesta al bloqueo impuesto por el Tribunal Supremo a todas las medidas sociales del New Deal.

(42) Como ejemplo, véase W.C. CHASE, *The American Law School and the Rise of Administrative Government*, Madison: University of Wisconsin Press, 1978.

(43) Pero sin hacer referencia a las exclusiones: hay que esperar a 1880 (Strauder vs. West Virginia) para que los varones de color no puedan ser recusados como jurados por motivos exclusivamente raciales; muchos años más (1954) se requieren para que la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

estamos ante un principio simple, individual; demanda maquinaria y disciplinamiento cultural, necesitó y necesita contextos que lo hagan posible. No se olvide quel el derecho indisponible a ser juzgado por iguales, tradición de muy conveniente recuerdo en su momento para proteger el contrabando en las colonias, ha tenido y tiene sus razonables críticos (44). Puede acabar además convertida en espita de conflictos sociales aterradores cuando se aplica en sociedades no integradas, como la propia norteamericana: Los Angeles, primavera de 1992, es un desgraciado testigo. La respuesta a esta objeción está en el texto: « sólo la libertad engendra libertad » (p. 224), más las ideas requieren de instrumentos y la filosofía de agentes: de su posible organización nunca nos habla Clavero.

No sólo la evolución aquí importa: también, interesa el punto de partida. Si escuchamos a un lúcido observador del mundo norteamericano, el ineludible Tocqueville, podremos aprehender mejor el contexto en el que, años antes, Jefferson había fijado sus temores respecto de lo que denominó despotismo electivo: « ciento setenta y tres déspotas serán sin duda tan opresivos como uno sólo (45) ». La opresión lo era contra los derechos de los norteamericanos y Tocqueville señaló cuál era la matriz de aquéllos: « La libertad ve la religión como compañera de sus luchas y de sus triunfos, cuna de su infancia, fuente divina de sus derechos. La considera la salvaguardia de las costumbres, y las costumbres, como garantía de las leyes y prenda de su propia supervivencía » (46). En un mundo esencialmente laico como el nuestro, ¿donde se asientan los presupuestos de un orden moral? ¿Son los intelectuales sus fundadores-intérpretes? ¿Debemos también en ésto ser ilustrados? Si las respuestas han de ser positivas recordemos que la razón no sólo imagina mundos originarios: también crea, lo atestiguaba Pound con sus americanas autoridades, códigos e instituciones estatales que pretendidamente materializan esos mundos en la tierra. Si, como quiere Clavero, Bentham sustituyó a Locke en la concepción del derecho de propiedad, el prolífico autor tuvo otros peores enemigos, cuyo lugar conscientemente pretendió ocupar: no es Locke, sino Blackstone y la tradición jurídica que representa (47). Los fracasos e insuficiencias de

---

protección se extienda a cualquier minoria etnica (Hernández vs. Texas) y, finalmente, en 1974, se llegará a impedir la recusación motivada por el mero hecho de ser mujer (Taylor vs. Louisiana)

(44) Cabe bien aqui el recuerdo de una obra clásica: J. Frank, *Courts on Trial; Mith and Reality in American Justice*, Princeton: Princeton University Press, 1949.

(45) T. Jefferson, *Notas sovre Virginia*, en *Autobiografia y otros escritos*, estudio preliminar y edición de A. Koch y W. Peden, Madrid, 1987, p. 241.

(46) A. de Tocqueville, *La democracia en America*, ed. crítica preparada y traducida por E. Nolla, Madrid, 1987, t. I, p. 44.

(47) J. Bentham, *A Comment on the Commentaries and A Frangment on Govern-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una tradición constitucional tienen también correspondencia en los resultados que ha generado y genera la opuesta. Se me dirá que Clavero también localiza al final de su obra la dualidad (pp. 229-230), pero cuesta proyectar hacia las primeras páginas lo que se afirma en las últimas.

En definitiva, conceptos capitales para el discurso de Clavero se definen en su obra negativa y no positivamente, sirviéndole para construir su lúcida crítica historiográfica y convertirse al mismo tiempo en un intérprete algo misterioso que, poco a poco, va cerrando históricamente su argumento. Misterioso porque, a pesar de sus justificaciones en la operación como vemos desprecia la historia de los contextos y la correspondiente a la evolución del mundo jurídico, sobre todo aquélla que pertenece a la tradición constitucional que nos es ajena. Resulta así una operación en la que se contraponen desequilibradamente tradiciones constitucionales para lograr la crítica de lo que, en exceso sintéticamente, podemos definir como concentración de poder frente al individuo, concentración aquélla que afecta a la libertad de éste.

Mas no sólo contextos y evolución son despreciados por Clavero, algunos elementos de los textos que utiliza sufren suerte similar. Pongamos un fácil ejemplo: el análisis del concepto loquiano de propiedad individual. Aunque afirme que ya Macpherson ha catalizado la cuestión con una lectura económica del filósofo inglés (p. 206), Clavero hace hincapié en la idea de propiedad entendida como libertad, como capacidad de apropiarse de si mismo y del propio trabajo, sin entrar en absoluto en una cuestión capital señalada por Macpherson: la acumulación ilimitada producto de tal capacidad.

Si con Locke siguiéramos, también lo podríamos trasladar a América para preguntar a Clavero por otro problema presente en la obra de Macpherson: la rentabilización de esa idea de libertad para la justificación de la apropiación originaria. El traslado a las colonias nos evita el engorro de las realidades antiguas que circundaron en su día a Locke, partiendo así de un punto cero en el milagroso, nuevo y vacío continente. « Labour, in the Beginning, gave a Right of Property » (48), de acuerdo, pero no parece que consideraciones antropológicas sobre el laboreo o uso — añado — de la tierra realizado por pueblos diferentes a los del entorno cultural del filóloso inglés estuvieran en su mente, ni, en consecuencia, en su deseo de elevar a categoría verdadermente universal el reconocimiento de otros diversos « property rights ». Amé-

---

ment, London: University of London Athlone Press; Atlantic Highlands, N.J.: Humanities Press, 1977.

(48) J. Locke, *Two Treatises of Government*, (ed. P. Laslett), New York: Cambridge University Press, 1963, p. 341.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rica, a todos los efectos, resultaba un continente sin población, dispuesto para el cultivo aunque no para la caza.

No se me malinterprete. Cuando Clavero selecciona textos y párrafos de los mismos para elaborar su cerrado discurso resulta su actividad común a la de cualquier historiador, sólo cabe reprocharle que olvide que la nueva historia constitucional necesita de mayor claridad en la determinación de las claves utilizadas en la selección. En otro caso esa historia resulta simplemente el producto de otro devenir: la hermosa trayectoria intelectual de un historiador del derecho conscientemente anarquista (p. 12), esperanzadamente solitario (p. 13). Y ya lo deseaba el mismo Clavero: « autores ojalá todos ».

Hay otras lagunas en las *Razones* que no quieron dejar sin señalar, esta vez no achacables al autor, sino a la curiosidad del lector. De nuevo recurriré a una frase de Tocqueville para localizar la temática que creo debería tener un importante lugar en las *Razones*: « Quitad la fuerza y la independencia al municipio y no os encontrareis en él más que administrados y no ciudadanos » (49).

Resta sólo consignar una última consideración, pero si en el texto de las *Razones* el autor da por concluida su reflexión para pasar a la personal, liberando al lector interesado en la primera del coste de la lectura posterior (p. 224), puede hacer aquél lo propio con este comentario final. Aun cuando me ha resistido a jugar con las calificaciones disciplinares para enmarcar, y con ello criticar, el texto de Clavero, creo que no es al género de la historia constitucional al que pertenece. A lo largo de las páginas de *Razón de Estado, razón de Individuo, razón de Historia* lo que Clavero compone es una hermosa poesía constitucional. Arma, como todos sabemos, cargada de futuro.

(49) A. De Tocqueville, *La democracia...*, cit., t. I, p. 68.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CARLOS PETIT

EL CASO DEL DERECHO INDIANO

(A propósito de Víctor TAU ANZOATEGUI, *Casuismo y Sistema. Indagación histórica sobre el Espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992).

Derecho indiano. Expresión que resultará sin duda exótica al lector, en primerísimo lugar por el alcance del adjetivo en la lengua italiana: aclaremos desde ahora que se trata de la experiencia jurídica vivida en las Indias de Castilla durante su larga presencia política ultramarina y no de un derecho indígena tolerado o dominado por el conquistador católico. Más o menos presente en aquél este derecho, en particular por la vía, efectivamente operante y oficialmente reconocida, de la costumbre, el llamado *indiano* se resuelve sin más en la particular versión americana del *ius commune* europeo; de su cultura, claro está, antes que de sus más clásicas fuentes.

Con toda su simplicidad no es habitual entre los especialistas — los hubo y los hay con cátedras y enseñanzas identificadas — esta suerte de definición. Las producidas tienden a realzar la geografía americana de aplicación de un conjunto legislativo de origen ante todo castellano. Sobre semejante base la descripción del historiador suele interrogarse por los títulos de Castilla sobre las Indias, las fuentes jurídicas dictadas para su gobierno o las instituciones que efectivamente lo ejercieron; más escuálido, hasta ser casi inexistente, se presenta desde siempre un derecho privado indiano que consistiría en la pequeña variante local del vigente al otro lado del Atlántico. En la operación no falta, al menos desde hace unos años, la obligada referencia al derecho común, pero aquí se arrastran los lastres que pesan sobre la misma historiografía jurídica metropolitana: estaríamos ante un simple elemento más de un derecho 'español' o, en nuestro caso, 'indiano' como tal autónomo, desgajado de la cultura jurídica que le otorga sentido. Son puntos de interés, sobre los que volveremos.

Y no hay demasiadas señales de novedad. Las celebraciones pasadas han provocado ríos de tinta sobre el maltrecho terreno de la historia americana, pero entre los restos jurídicos del aluvión, que no faltan (ni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sobran), obras de circunstancias mantienen en todo caso la orientación tradicional.

Enmedio de la montaña de papel hay que saludar la sagaz reflexión sobre el derecho indiano que ofrece Víctor Tau articulada sobre el par de conceptos *causismo* y *sistema* (1). Interesante, en primer lugar, por su misma ignorancia de la efemérides. Es punto de gusto y estilo intelectual que nos han enseñado estos mismos *Quaderni* (2); es punto además que resulta cuestión de método. Estariámos ante un producto historiográfico madurado al margen de las prisas conmemorativas y así fruto de la tensión que impone una lógica diversa; nos las habríamos con una aportación tendencialmente apta para renovar un campo de estudios, éste del derecho indiano, que parecía resistente a los proyectos de reformulación de la historia jurídica propios de juristas que vienen trabajosamente interiorizando la denuncia del absolutismo jurídico realizada con insistencia desde Florencia (3).

La aptitud tendencial innovadora propiciada por las circunstancias de la obra — por la ausencia de ellas precisamente — es felizmente la del autor, pero a salvo tal mensaje diferente, que capta de inmediato el observador más inexperto, no es fácil presentar en pocas palabras el libro de Víctor Tau. Resulta por su argumento general, pues propone una visión de conjunto de la experiencia jurídica indiana, pero el contenido la sitúa en las antípodas de los cursos y manuales universitarios al uso (4): ni la exposición convencional de las fuentes ni la narración de las instituciones parecen pertinentes a un discurso esencialmente interpretativo. Tampoco se desciende al terreno de lo monográfico, dado previamente por resuelto, en buena medida gracias a los

---

(1) Víctor Tau Anzoategui, *Casuismo y Sistema. Indagación histórica sobre el Espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.

(2) Cfr. Paolo Grossi, *Pagina introduttiva*, en *Quaderni fiorentini* 18 (1989), 1—10, p. 1.

(3) Conviene recordar Paolo Grossi (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica*, Milano, Giuffrè (Biblioteca per la Storia del pensiero giuridico moderno, 22), 1986 y destacadamente, del mismo, *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX*, lección pronunciada con motivo de la concesión del doctorado *honoris causa* al maestro florentino por la Universidad Autónoma de Barcelona, 1991, cuya difusión posterior en diversas lenguas avala su condición de escrito programático. (La versión original, en italiano, en *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 1992).

(4) Véase ahora Ismael Sanchez Bella, Alberto de la Hera, Carlos Díaz Rementería, *Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Editorial Mapfre (Colección Relaciones entre España y América), 1992, a cotejar con José María Ots y Capdequí, *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid, Aguilar, 1968.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

considerables esfuerzos del mismo autor (5), por unas nutridas aportaciones tan aprovechabels *in concreto* (6) come deficientes *in toto* (7). Entre ambos extremos Tau se sitúa y nos sitúa ante una propuesta de lectura de fuentes y estudios institucionales que merecidamente puede titularse, con un guiño a Jhering en el centenario de su fallecimiento, *indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*.

Ahora bien, en la medida en que nos encontramos ante un libro insólito en la biblioteca americanista, el crítico puede augurar una cierta resistencia y no pocas perplejidades en el público natural de esta suerte de escritos. Los bibliotecarios dudarán en el momento de catalogarla y los colegas experimentarán un cierto vértigo en el instante de lectura. Unos y otros, entrenados en el engañoso terreno de los *hechos*, no dejarán de sentirse inseguros cuando, como es el caso, se trata de ideas, interesa el *espíritu*.

Comprobémoslo mediante un primer repaso de su índice y de las derivaciones que permite tal lectura. Los dos conceptos del título sirven para organizarlo, pues a sendas partes sobre 'el casuismo, creencia social' (pp. 37-138) y 'el sistema, idea racional en avance' (pp. 139-227), sigue una tercera de selección de 'cuatro campos operativos del casuismo y del sistema' (pp. 229-563) que resultan ser 'el aprendizaje de los juristas', 'la creación legal', 'las obras jurisprudenciales' y 'la aplicación del derecho'; en todos estos capítulos la materia se desarrolla desde una tesis casuista que seguidamente contesta, como antítesis, la crítica sistemática que, presente ya en el siglo XVI, encuentra en el siglo XVIII un momento esperado de mayor incidencia. La síntesis como tal no aparece, pero el lector puede indentificarla en la misma interpretación: el derecho indiano se entiende como caso particular en estudio de una cultura jurídica casuista, erosionada poco a poco con proyectos de

---

(5) Ultimamente, por ejemplo, Víctor Tau Anzoategui, *La ley en la América hispana. Del Descubrimiento a la Emancipación*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1992.

(6) Es de justicia mencionar, entre los maestros en activo, Ricardo Zorraquín Becu, *Estudios de historia de derecho*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho —Abeledo Perrot, I, 1988; II, 1990; III, 1992. En Zorraquín se reconoce toda una extensa labor de escuela, que ha contado con sus propios periódicos: *Revista del Instituto de Historia del Derecho* (1949-1971 y 1978 a la actualidad, con interrupciones y adición del nombre *Ricardo Levene* a la entidad editora) y *Revista de Historia del Derecho* (1, 1973-19, 1991, en publicación actualmente).

(7) No obstante ensayos metodológicos como el de Alfonso García Gallo, *Metodología de la historia del Derecho Indiano*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, que servirá para informar de otras páginas apresuradamente desautorizadas: Rafael Altamira y Crevea, *Manual de investigación de la Historia del Derecho indiano*, México, 1948.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sistema que preparan el legalismo y la racionalidad finalmente triunfantes en el siglo XIX.

La exposición de lo casuístico continuada por la descripción de los intentos sistemáticos ofrece una cierta secuencia temporal, aunque es tan débil que nunca la narración gana terreno a la interpretación; de ahí también la recurrencia frecuente de fuentes y problemas. Y ya al respecto se contienen novedades. Victor Tau pretende « penetrar en capas profundas », pasar del « reconocimiento de la superficie » a « la exploración del subsuelo », « ir en busca de creencias e ideas que (palpitan) por debajo de la legislación, la jurisprudencia o la actividad judicial » (p. 9), y es fácil a su lector oponer el valeroso intento *de profundis* a un estrato cortical de leyes, instituciones y, por qué no, historia social de funcionarios y juristas que ahora sencillamente no interesa.

Y aquí seguramente reside uno de los motivos de la anunciada perplejidad que *Casuismo y Sistema* no dejará de suscitar en el gremio de los indianistas. Una obra general histórica, que se decía, donde la cronología de leyes e instituciones *no* encuentra relevancia en la ordenación del texto, provoca sin duda desconciertos entre los más convencionales, pero es la opción sintáctica más apropiada para tratar un problema y realizar una indagación. No parece ahora procedente entretenernos en razonar sobre el contenido de la forma del relato histórico, para lo que no faltan acertados análisis (8), pues conviene centrar la atención en el proyecto intelectual que está detrás de la sintaxis interpretativa adoptada. Frente a la inocente concepción positivista que faculta al historiador para determinar sin grandes escrúpulos los hechos del pasado y presentar su propio relato como mágico *interface* de conexión entre la realidad de hoy y la realidad de ayer, es legítimo proceder a la completa invención del objeto pretérito, por ejemplo el mismo derecho indiano, mediante la producción de un texto literario que resulta simplemente actual. Y todavía: cuando la pérdida de inocencia del historiador se completa con la complejidad que añade el jurista que ha sido capaz de prevenir una segunda infección positivista, a saber, la intemporalidad de la cultura del absolutismo jurídico dominante desde el siglo XIX, se abandona de inmediato esa sensibilidad tradicional hacia las leyes y las instituciones y cobran por fin sentido viejos textos inaprensibles desde la experiencia presente.

Puede desde luego protestarse la historia de las mentalidades (así Tau, p. 13), pero realmente es la mentalidad histórica de Tau lo que está en cuestión: « históricamente el Derecho — o cualquier otra ciencia — ha sido pensado de diferentes maneras » (idb.), lo que permite al crítico concluir que el debate se centra en *cómo piensa el autor* el derecho

(8) Hayden White, *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica* (1987), trad. de Jorge Vigil Rubio, Barcelona, Ed. Paidós, 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

indiano; *cómo realmente fue* ese derecho es problema sin duda impertinente. A riesgo de sorprender al mesurado Víctor Tau con formulaciones radicales situaré *Casuismo y Sistema* en el terreno así acotado de una historiografía de creación que, siendo jurídica, encuentra además implicaciones en la experiencia de derecho presente y aún puede proyectarse hacia el futuro. No es un análisis puramente gratuito. El autor declara que sus instrumentos teóricos, los conceptos de *casuismo* y *sistema*, no son *hechos* del derecho indiano que corresponda ahora descubrir, sino ideas de historiador que permiten *indagar el espíritu* de ese derecho (« son vocablos anacrónicos... en el sentido de que no fueron históricamente utilizados con la categoría y generalidad que hoy les damos », p. 30), con lo que el lector concluye que el mérito de Tau consiste exactamente en la *invención del derecho indiano como ordenamiento casuista*. La operación creativa, claro está, no carece de costos intelectuales: está por medio « un gran esfuerzo de comprensión para explicar cómo los hombres o los juristas de los siglos XVI y XVII se sentían tan a gusto viviendo bajo el orden casuista », esfuerzo tan *grande* como requiere el « despliegue de la historiografia indiana » que « se ha producido bajo el imperio de una mentalidad jurídica sistemática » (p. 20). Con todo ello, se trata de « comprender ese pasado con nuestra mentalidad actual, formada en criterios conceptuales antagónicos a los que entonces prevalecían » (p. 21).

Se conoce la denuncia florentina (9) y se aspira a una labor de 'ruptura' (así, específicamente, en p. 10, aunque predicada de la imposición del orden codificatorio) como prevención contra « una aplicación demasiado rigurosa de esta mentalidad sistemática » que conduciría « a una deformada reconstrucción de ese ordenamiento », el indiano, « con el peligro de desechar... materiales que entorpecen esa elaboración, no obstante ser piezas vitales en un orden jurídico distinto » (p. 11). Y el historiador presenta tanta sensibilidad porque es jurista que permanece atento a los debates actuales. Es lógico que la obra de Tau se produzca cuando la crisis de la cultura sistemática ha podido ya certificarse: no falta ciertamente en sus páginas un reconocimiento, aunque débil, de la recuperación del casuismo desde Viehweg (pp. 25 y siguientes), al que suma decididamente la propia aportación profesional. « El surco abierto por esta investigación puede ser también de interés para la actual ciencia jurídica, más allá del indudable enriquecimiento que todo aporte histórico —jurídico suele brindar, de modo indirecto, al conocimiento del Derecho hoy vigente. Me refiero a que tal vez contribuya a desvanecer la presuntuosa idea del jurista contemporáneo, cuando proclama que el Derecho sólo deviene en ciencia con la adopción en el siglo XIX de la Dogmática jurídica » (p. 12, entre otras).

---

(9) Cfr. Víctor Tau Anzoategui, *La ley en la América hispana* cit., p. 5 y n. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

¿Contaminación de la experiencia contemporánea, una vez sorteados los riesgos del absolutismo jurídico? Decididamente, no. Aunque no quiera (10) o pueda (11) reconocerse el *tiempo* del jurista historiador es siempre presente, lo que jamás cabe confundir con la naturalización de la cultura jurídica actual al margen de su intríseca historicidad. Si desde el presente se formulan preguntas al pasado es para animar un debate de filosofia jurídica que conoce además implicaciones en el terreno de la política del derecho. A su modo, elegante modo, lo reconoce, en fase de conclusiones, Víctor Tau: « el historiador, cuya tarea indeclinable es mirar al pasado, lo hace desde su mirador, ubicado en el presente, desde donde se vislumbra una vuelta más de la historia, en la cual bajo nueva luz se revaloran ciertos principios, enfoques, razonamientos, que en determinada instancia habían entrado en un eclipse que parecía definitivo » (p. 578).

Son, si se quiere, intuiciones. Otros más comprometidos o animosos han desarrollado el planteamiento, pero me interesa destacar que, aún en embrión, éste se encuentra presente en la obra del historiador americanista. Se concluye con Helmut Coing y Benedetto Croce (pp. 578-579), mas el lector conoce que la reflexión del autor, sustancialmente resistente a sus mismas autoridades, encuentra perfecto sentido desde la corriente intelectual que viene anunciando una nueva cultura jurídica bajo el signo de la plurilegalidad (12). Allí nos encontraremos con otras realidades políticas que han de afirmarse a expensas del vigente modelo estatal; con unas normas corporativas subsidiarias de la libertad individual, como no han querido ser los códigos; con una litigiosidad resuelta por la composición y el arbitraje que configurará un nuevo modelo de administración de justicia; con una enseñanza jurídica orientada por una « problem solving logic » radicalmente opuesta a la actual dimensión docente creadora de problemas. En este previsible panorama el acervo sistemático del absolutismo jurídico está conde-

---

(10) Un ejemplo: Aquilino Iglesia Ferreiros, *El Código civil (español) y el (llamado) derecho (foral) gallego*, en Carlos Petit (coord.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, Marcial Pons, 1990, 271-359.

(11) Más ejemplos: Angel Lopez Lopez, *Prólogo para civilistas*, en Paolo Grossi, *La propiedad y las propiedades. Un analisis histórico*, Madrid, Civitas, 1992, p. 13; Alicia Fiestas Loza, reseña de Bartolomé Clavero, *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, Alianza Universidad, 1989, en *Anuario de Historia del Derecho Español* (AHDE) 59 (1989), 898-906.

(12) Una intuición sobre la formación jurídica: António M. Hespanha, *Prospectiva jurídica e ensino do direito*, en *Vértice* 467 (1985), 47-62. Un proyecto de definición: John Griffiths, *What Is Legal Pluralism*?, en *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 24 (1986), 1-55. Una oferta de geografia jurídica: Boaventura Sousa Santos, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, en *Journal of Law and Society*, 14 (1987), 279-302.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nado a dar paso a un renovado casuismo; « de ser así », añade finalmente el crítico de Tau aprovechando de nuevo sus palabras, « el ordenamiento indiano no sólo se presenta como ejemplar histórico original, sino que también ofrece valioso material de reflexión crítica para el jurista actual, interesado en el progreso jurídico » (p. 579, conclusiva).

La operación de política jurídica en que *Casuismo y Sistema* debe situarse, ¿escapará a la intención de Víctor Tau, productor al fin y al cabo de un texto que no desearía tan manipulado? Es problema que resulta a su crítico irrelevante, no en último lugar por el ofrecimiento inicial del autor: « antes que agotada, la indagación que presento queda abierta a nuevas búsquedas y reflexiones » (p. 14), de manera que realizarlas satisfará sin duda los deseos de quien concede semejante *ius abutendi* a sus lectores. La cuestión enunciada conserva sin embargo cierto interés, pues su reformulación permite proseguir la argumentación y completar nuestra guía de lectura. En efecto. Hasta ahora nos las habemos con un autor que sorprende a ciertos lectores y es sorprendido por otros; *Casuismo y Sistema* desencadena, en la hipótesis de la que parte este escrito, un peculiar *factor sorpresa* que conviene justificar. Si marginamos la sorpresa de terceros — esos bibliotecarios o esos americanistas que esperan muchos *facta* y pocos *verba* — por resultar sencillamente poco interesante y nos centramos en la sorpresa del autor — un prudente Víctor Tau que asiste extrañado al desatino de una particular lectura — surge de inmediato un contraste, que puede resultar la causa eficiente de la sorpresa: las autoridades de Tau, ya antes en parte se advertía, son Helmut Coing, Benedetto Croce, José M. Maravall o Julián Marías; las citadas por su crítico son António M. Hespanha, Boaventura Santos o John Griffiths. Y parece dificil justificar que de los primeros pueda llegarse sin problemas a los segundos.

El lector actual propone de inmediato la respuesta: la formación que acredita Víctor Tau es sólidamente tradicional, mas ya lo sería menos su mismo pensamiento; *Casuismo y Sistema*, a despecho de la nutrida bibliografía que lo acompaña (pp. 583 —610), sería entonces un libro radicalmente (post)moderno. No hay contradicciones. La grandeza de los clásicos (13) estriba en su potencialidad para alcanzar los planteamientos más diversos mediante su concurso, de modo que nos enfrentaríamos, desde otra perspectiva, con ese asunto del autor como inventor que antes comparecía en estas páginas y que viene últimamente

(13) Y es indiferente polemizar sobre la pertinencia del adjetivo predicado, por ejemplo, respecto de Helmut Coing, que es autoridad favorita de Tau, pues aquí rige el derecho individual que corresponde a cada uno en la selección de los propios clásicos: Italo CALVINO, *Por qué leer los clásicos*, trad. de Aurora Bernárdez, Barcelona, Tusquets, 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

preocupando en el terreno más general de las ciencias sociales (14). Nos vale para comprobarlo el mismo caso de Coing, que si es autor de una lúcida conferencia sobre la historia y el significado de la idea de sistema en la ciencia jurídica (15), demostrando así su radical historicidad, no actua en consecuencia con el patrimonio intelectual que llega a ofrecer, pues su última y magna aportación a la historiografía jurídica consiste, come se sabe, en un voluminoso tratamiento del derecho privado europeo desde el *ius commune* moderno a la experiencia actual (16) concebido en términos dogmáticos y presentado según las más cuidadosas recetas sistemáticas de la tradición pandectística (17). Dicho de otra forma: la *Dogmengeschichte* pertenece a Coing, y no a su atento lector argentino.

Que la lectura de Coing por Tau no elimine, *Deo gratias*, la independencia de criterio que acredita siempre el segundo es de entrada reconfortante para sus lectores, también ellos independientes, mas no se encuentra ahí el punto que ahora convenía precisar. Víctor Tau declara, en el momento de presentación de sus conceptos-herramienta, que « si fuésemos demasiado rigurosos con esta "tipología" podríamos pulverizarla al preguntarnos acerca de la pluralidad de casuismos y sistemas dados en el tiempo y en el espacio y al empeñarnos en establecer si responden esas voces a una clasificación lógica, filosófic a o jurídica » (p. 30), con lo que detecta un problema que, resuelto en mi opinión insatisfactoriamente, arroja continuamente sombras sobre una lúcida exposición. Volvamos, para formularlo, a considerar el índice del libro. La información se articula formalmente con atención a los parámetros casuista y sistemático, pero de la lectura de los capítulos correspondientes se deduce, según más arriba quedó apuntado, que el derecho indiano es un ordenamiento casuista permeable, pero no desplazado por su efecto hasta la cancelación del Antiguo Régimen que lo engendró, a eventuales críticas sistemáticas. Atender al sistema en el

---

(14) Clifford Geertz, *El antropólogo como autor*, trad. de Alberto Cardín, Barcelona, Paidós, 1989.

(15) Helmut Coing, *Geschichte und Bedeutung des Systemgedanken in der Rechtswissenchaft*, en *Oesterreichische Zeitschrift für Oeffentliches Recht* (n. F.) 8 (1957-1958), 257-269, ahora recogido en Helmut Coing, *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht, 1947-1975*, I, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1982, 191-207. No me ha sido posible acceder a la versión española que cita y utiliza Víctor Tau.

(16) Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, München, C. H. Beck, I: *Aelteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, 1985; II, *19. Jahrhundert. Ueberblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern*, 1989.

(17) Lo que, asombrosamente, no ha sido señalado por la crítica: Carlo Augusto Cannata, *Usus modernus pandectarum e diritto europeo*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 52 (1986), 435-442; Antonio Perez Martin en *AHDE* 55 (1985), 843-853.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mundo del casuismo debería ser, en todo caso, una empresa menor que la bipolaridad del indice no realiza, y todo ello para confusión de unos lectores poco atentos que pueden llegar a pensar que entre casuismo y sistema se debatió una experiencia histórica, la del derecho indiano, que nunca salió del paradigma de casuismo en vigor. Distinguir entre la *creencia* casuista y la *idea* sistemática (así Tau, pp. 30-40, p. 146, pp. 566 y ss.) resulta demasiado sutil, si es que no procedemos seguidamente a dotar a la distinción de una mayor relevancia discursiva.

No se trata sólo, aun siendo bastante, de rigor en la ordenación del libro. La tentación del sistema se complica cuando, como es el caso, falta una depuración conceptual del término de referencia. Es cierto el riesgo de pulverizar la investigación, que dice Tau, en el análisis de un concepto complejo, pero cuando éste nos sirve para identificar la línea misma de reflexión parece inexcusable determinar qué alcance al *sistema* le otorgamos. Hay en mi opinión un desbalance, exactamente simétrico a la presencia desigual de casuismo y de sistema en la representación del derecho indiano que propone (más en sus páginas que en su índice) Víctor Tau, entre las dos primeras partes de la obra: excelente en mi opinión la primera (« El casuismo, creencia social », pp. 37-138 como sabemos) presenta la segunda (« El sistema, idea racional en avance », pp. 139-227) deficiencias. Aclaremos que no son deficiencias del autor, sino de sus mismos materiales: si nada hay que objetar al logrado intento de recrear, con textos del Antiguo Régimen no siempre — cual corresponde — jurídicos, una cultura casuista, parece sin embargo forzado proponer simultáneamente un contramodelo sistemático. Que la cultura premoderna no lo era se demuestra a satisfacción en la parte primera; a continuación de ésta, la segunda resulta sin más perturbadora.

Es aquí donde hubiera sido eficaz el esfuerzo de clarificación conceptual que rechazó *a priori* el autor. Porque si es cierto que los textos renacentistas y barrocos nos hablan de sistema se debe en todo caso determinar la valencia presentada por tal categoría dentro una cultura que se articula desde la opuesta. El crítico ejerce en este momento el derecho individual de identificación de los clásicos y evoca el nombre autorizado de Orestano. « È di comune esperienza che chiunque scriva di un argomento cerchi di fare risaltare con chiarezza il suo pensiero », nos advierte desde las páginas dedicadas al ''problema della *dispositio*'' en su monumental *Introduzione* (18), para a continuación recordar, siempre a vueltas con la *dispositio* de la materia jurídica, que « essa può essere riferita almeno a due nozioni di crescente complessità, ma entrambe caratterizzate dall'essere sostanzialmente ''estrinseche'' alla materia da ordinare: ''disposizione'' come modo di

(18) Riccardo Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987, pp. 133 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

collocare gli argomenti in una successione del tutto estrinseca, variamente determinata (al limite "alfabetica", che è pur sempre un criterio ordinante); "disposizione" come modo di collocare gli argomenti in una successione, nella quale possono aver peso criteri — sempre estrinseci — di affinità, di aggregabilità intorno a nuclei che agevolano l'esposizione e l'apprendimento (ad es. dal generale al particolare o viceversa), di raggruppamenti logici (ad es. *genera* e *specie*), di nessi funzionali (esser tutti mezzi per ottenere effetti analoghi) e via dicendo » (p. 134). Pero cabe además un criterio sistemático que se quiere *intrínseco* a la materia que se ordena, y « è a questo punto che sorge l'idea di "sistema" — o, meglio, una delle idee — che vorrebbe consentire l'inquadramento e la trattazione di qualsiasi argomento giuridico in base a criteri astrattamente precostituiti o razionalmente determinabili » (ibd.).

Desde la base que suministran estas sabias palabras el crítico puede con toda facilidad concluir que lo característico de una experiencia jurídica casuista, como el derecho indiano, consiste en producir visiones sistemáticas del derecho que le son sustancialmente extrínsecas, mientras que el sistema de la experiencia jurídica contemporánea consistiría en la concepción del derecho como un todo dotado intrínsecamente de coherencia; no habría, entonces, otro sistema jurídico que el derecho actual. Es algo que el lector de Víctor Tau entrevé en su lectura de Clavero (19), pero no parece que se encuentre en discusión tanto un progreso jurídico dependiente del triunfo de la concepción sistemática (así Tau, pp. 577-578), cuanto la comprensión misma del alcance histórico de un cambio revolucionario, que lo fue precisamente por imponer una nueva cultura que renegaba del caso.

No faltan, desde luego, elementos conceptuales en la obra de Tau que advierten de la equivocidad del término en la línea sugerida por Orestano. « Así la estructura sistemática fue durante mucho tiempo sólo una aspiración », nos dice por ejemplo en p. 177, « concretada primeramente en el ordenamiento exterior, pero mucho más trabajosamente llevada a una conexión interna », pero es la cronología (desde la epifanía renacentista al triunfo ilustrado) y no la filosofía (la indole extrínseca o intrínseca del principio ordenador) el arsenal explicativo que se ofrece de las propuestas sistemáticas analizadas, con lo que pierde verdadero sentido la proposición anterior. Entre siglos y textos, el concepto de sistema escapa siempre a nuestras manos.

En una obra del aliento de la presente la utilización de Orestano hubiera resultado sin duda determinante y es de lamentar que no se haya producido, mas no es cuestión tan sólo de enriquecer la nómina de

(19) Bartolomé Clavero, *La disputa del método en las postrimerías de una sociedad 1789-1808*, en *AHDE* 48 (1978), 309-334.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interlocutores (20), pues interesa, antes que cambiar unos clásicos por otros, detectar el problema más general que late en determinadas omisiones.

En efecto. Victor Tau *no lee* a Orestano porque *no lee* — a los efectos de su libro, es obvio decirlo — el *corpus* textual (fuentes pretéritas e historiografia contemporánea) de aquel *ius commune* del que al princio decíamos el indiano es simplemente un particular caso. No estamos, afortunadamente, ante un supuesto de radical insensibilidad: « el Derecho común constituyó un elemento constitutivo del Derecho indiano de mucha entidad a través de su componentes principales: el civil romano y el canónico », enseñaba no hace mucho el propio Tau desde Florencia (21), « su presencia se exteriorizó ya por vía del Derecho castellano..., ya en forma directa » (p. 581), pero al crítico deja insatisfecho tan tímida declaración. Si el *ius commune* se concibe a titulo de 'elemento formativo' de un *compositum* superior, todo su valor como cultura jurídica que otorga sentido global al *ius proprium* de las Indias parece irremisiblemente perdido; las categorías mismas de casuismo y sistema, utilizadas en la indagación, se resienten, resintiéndola.

Y no son distinciones bizantinas. Desde luego el autor es bien consciente de que el casuismo indiano se entiende como una manifestación radicalizada (cfr. pp. 83 y ss., con un hábil repaso de la circunstancia americana) del casuismo más general de un *ius commune* que sería no sólo europeo (así p. 44, pp. 570-571), pero hurta al principio su elevada potencialidad; lo demostraría el texto alegado de Orestano, tan inexcusable desde el planteamiento que quiere el crítico cuanto irrelevante desde el adoptado, no sólo tácitamente según hemos comprobado, por Víctor Tau. Sin insistir en la omisión (22) y asumiendo el riesgo de las reiteraciones, se propone para terminar la lectura de uno de los « cuatro campos operativos del casuismo y del sistema », el nada baladí de « la creación legal » (pp. 315-425), para mostrar las diferencias de criterio entre el autor y el crítico. Tau se apoya ahí en sus

---

(20) Y el crítico debe confesar que las numerosísimas lecturas que le presenta Víctor Tau han contribuído, con un patrimonio precioso de textos barrocos e ilustrados (no siempre impresos) que desde ahora promete tener profesionalmente muy en cuenta, a su formación; véase, como ejemplo, *Casuismo y Sistema*, p. 53, sobre fray Luís de León; pp. 574-575, sobre Juan Antonio Llorente.

(21) Víctor Tau, *El Derecho indiano en su relación con los Derechos castellano y común*, en Paolo Grossi y otros, *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, II, Milano, Giuffrè (Biblioteca per la Storia del pensiero giuridico moderno, 34/35), 1990, 573-591.

(22) Pero no me resisto a llamar la atención sobre *Casuismo y Sistema*, p. 295, a propósito del concepto de 'institución' a través de Bermúdez de Pedraza (y J. Faber), en relación a lo que interesa Riccardo Orestano, *Institution, Barbeyrac e l'anagrafe di un significato*, en *Edificazione del giuridico*, Bologna, Il Mulino, 1989, 167-177.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

importantes investigaciones sobre las leyes indianas, ahora — aquéllas y no éstas — recopiladas (23), y puede acertadamente concluir sobre la sensibilidad de la solución legislativa, que nuestra cultura querría de tendencia universal, hacia los casos particulares, o sobre el valor que cabe otorgar a la acumulación de normas en una cultura casuista. Pero el consenso puede romperse cuando, en esa misma sede de reflexión, se argumenta a favor de la rigurosa observancia de las leyes, lo que se dataría progresivamente a lo largo del siglo XVIII (pp. 362 y ss.), pues entonces queda por precisar el papel del derecho natural y de gentes que conoció un desarrollo simultáneo (p. 366), o enfrentarse con mayor resolución a la particularidad del caso indiano en ese siglo de ascendente historia de la ley, si el mismo autor nos enseña que las pretensiones de uniformar legislativamente la península y las Indias eran continuamente contestadas (p. 389). Por nada decir ahora, salvo para destacar la relevancia de la hipótesis en el estudio del derecho indiano precisamente, de unas leyes que en condiciones de baja tecnología comunicativa bien podían servir para presentar al súbdito los *desiderata* del soberano, y no para formular mandatos de obligado cumplimiento (24).

La concepción objetiva de la ley — su sumisión a un orden previo, indisponible por el príncipe, abierto a desarrollos que no correspondían a éste en exclusiva — es marco más ancho del habitual, bien conocido gracias a Tau (25), para, por ejemplo, explicar el recurso de suplicación de cartas contra derecho ('obedézcase pero no se cumpla') o para establecer el alcance de las propuestas incesantes de elaboración de códigos dentro del paradigma casuista (pp. 390 y ss.). Y es que el entendimiento del derecho indiano bajo los términos históricos de *ius proprium* somete de inmediato a discusión la distinción entre los 'campos' de contraste que establece Tau para calibrar la creencia del casuismo y la idea del sistema: en la experiencia común de referencia entre *lex, pactum, statutum* o *sententia* no mediaban diferencias sustanciales (26).

Volvemos así al comienzo de nuestra argumentación. En la medida en que *Casuismo y Sistema* recrea un derecho indiano casuista, a su vez caso propio de una cultura común refractaria a la idea de sistema, nos encontramos con una obra novedosa, rica en reflexiones, rica — sobre

---

(23) Víctor TAU, *La ley en la América hispana*, cit.

(24) Me aprovecho del análisis de António M. HESPANHA, *A perspectiva histórica e sociológica*, en Autores Varios, *A feitura das leis. II. Como fazer leis*, Lisboa, Instituto Nacional de Administraçâo, 1986, 58-81.

(25) Víctor TAU, *La ley en la América hispana* cit., pp. 3 y ss., pp. 67 y ss., pp. 433 y ss.

(26) Jesús VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 265 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

todo — en la posibilidad misma de formularlas a impulsos de las que generosamente ofrece el autor. En la medida en que desarrolla con timidez el punto de arranque anterior la exposición adquiere una cierta fragilidad que nunca, afortunadamente, se resuelve en irrelevancia. Entre ambas medidas, saludemos el mosaico de textos que, con la argamasa de dos conceptos algo más complejos que lo deseado por Tau, componen un nuevo texto, hermoso por inventado. Podrá resultarnos una 'encantadora excavación inacabada' (p. 566), pero es fuerza reconocer que en la operación sale intelectualmente dignificado el caso del derecho indiano.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ancora su Lodovico Mortara (*)

(*) Siamo grati a Vittorio Sgroi e a Giovanni Verde, che ci hanno consentito di pubblicare sui nostri 'Quaderni' i loro pregevoli interventi tenuti in occasione della presentazione a Roma, il 27 aprile 1993, del volume « Lo Stato moderno e la giustizia » di Lodovico Mortara.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

VITTORIO SGROI

INTERVENTO SU « LO STATO MODERNO E LA GIUSTIZIA » DI LODOVICO MORTARA

Prima di intervenire sul merito di questa intelligente operazione culturale che è la ristampa de « Lo Stato moderno e la giustizia » di Lodovico Mortara — cui fanno corona altri quattro saggi (opportunamente selezionati su argomenti connessi) — desidero rivolgere, a duplice titolo, il mio ringraziamento a Franco Cipriani (anche nel ricordo di vecchie ruggini in materia di regolamento di giurisdizione).

In primo luogo, per avere cortesemente sollecitato questo intervento, anche se mi rendo perfettamente conto che l'invito trova esca unicamente nel fatto, del tutto accidentale, che mi è toccato in sorte di occupare *pro tempore* lo stesso ruolo che fu col massimo prestigio di Mortara. Un simile accostamento — avventuroso e (non esito a dirlo) sacrilego — più ancora che crearmi un ovvio, profondo imbarazzo, mi chiama ad un radicale bagno di umiltà: la lettura di queste lucide pagine di un grande predecessore svolge così una salutare funzione pedagogica. (Non diverso scopo, del resto, ha il ritratto di Mortara che campeggia nella parete di fondo del mio ufficio).

Il secondo motivo di gratitudine potrebbe sembrare estraneo all'occasione da cui nasce il nostro incontro odierno. Custodito dentro di me fin dal momento in cui Cipriani ebbe l'amabilità di mandarmi prima « Storie di processualisti e di oligarchi » e poi « Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti »; questo motivo è uscito rafforzato dalla mia partecipazione, il 19 marzo scorso, alla serata in cui il secondo volume è stato presentato in modo così vario ed interessante. Nulla di serio potrei certo aggiungere alle parole udite quella sera; ma non posso tacere (e desidero pubblicamente testimoniare) l'autentico diletto che mi ha procurato la lettura di questi due leggibilissimi libri, che si inscrivono in un genere letterario piuttosto insolito. Per chi non voglia assumersi l'autorevole compito di impugnare la matita rossa e blu o non trovi la ragione per farlo, essi non sono soltanto miniere di documenti e di informazioni ora essenziali ora curiose, ma aprono squarci di luce sulla vita accademica, culturale e anche politica del tempo vissuto dai personaggi posti sotto osservazione (ed è un'osservazione cui non manca né l'umana comprensione né l'ironia risolutrice). Alla fine, se ne giova il disvelamento o la messa a punto dei valori interni alle opere di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quegli Autori; ed emergono le motivazioni (se non autentiche e certe, almeno ragionevolmente attendibili), le motivazioni (dicevo) dei loro atteggiamenti e dei loro rapporti personali, perennemente in bilico tra le chiamate della gloria e le mediocri miserie dell'interesse e della vanità.

Come nasce un codice di procedura civile (l'altro libro è anche una sorta di antefatto di questa storia singolare di una codificazione a lungo vagheggiata); e soprattutto come nasce un codice, che nella mia piccola cronaca personale ha preceduto di due anni l'inizio degli studi universitari e mi ha accompagnato e guidato in oltre quaranta anni di esperienza giudiziaria: ecco un territorio che, per una serie di cause, non tutte spregevoli, mi era accaduto di esplorare soltanto di sfuggita. Sono notizie, ma sono anche lezioni che servono.

* * *

Esistono numerose vie di accesso alla lettura, alla comprensione e all'analisi critica di un'opera di scienza giuridica che — come « Lo Stato moderno e la giustizia » — ha da quasi un decennio compiuto il giro di boa del secolo, anche se si tratta di partizioni che, utili per un lettore in cerca di un alibi ai suoi personali limiti (che gli rendono faticosa una visione globale), disconoscono improvvidamente l'unità del metodo critico.

Ciò non toglie che (anche se utilizzati in vista di una finale *reductio ad unum*) i profili di valutazione possano essere molteplici poiché l'opera può essere intanto vagliata come prodotto in sé finito, per i valori che incarna e per i contenuti che trasmette; togliendola dal suo isolamento, è possibile poi collocarla nel quadro complessivo dei contributi che l'Autore ha saputo dare allo svolgimento della dottrina giuridica; per questa via (ed è la terza) rapportandola allo stadio raggiunto dall'elaborazione scientifica del tempo.

Ma soprattutto c'è per il lettore di oggi l'attitudine quasi istintiva a ricondurre l'opera all'attualità per ricercare in essa quanto vi è di duraturo e di vivo e quanto invece di contingente e di caduco. Uno stimolo in questa direzione funziona poi quasi meccanicamente quando un magistrato, come chi vi parla, si trovi in presenza di un progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario, qual è, in definitiva, « Lo Stato moderno e la giustizia », anche se lo scrittore, per un'insopprimibile esigenza culturale, non tralascia di considerare i presupposti fondanti del suo progetto e delinea un ampio orizzonte comparatistico.

Non è per caso che quest'opera di esordio di un trentenne dotatissimo (nella quale pur si registrano spunti su argomenti di più squisita pertinenza processualistica, come il tema dell'appello, che troverà poi compiuta elaborazione in un'opera monumentale) è dedicata alle istituzioni giudiziarie con l'intento di disegnare le linee di un loro profondo rinnovamento. Per dirla con Satta « il libretto del 1885 sullo Stato moderno e la giustizia è molto importante per capire ciò che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mortara ha rappresentato nella storia della scienza ». In polemica con Calamandrei, secondo cui Mortara « è arrivato allo studio del processo civile non salendovi dal diritto privato, ma scendendovi dal diritto costituzionale, cercando in esso non lo strumento per far vincere le cause ai litiganti, ma il mezzo per attuare lo scopo più augusto dello Stato che è la giustizia », Satta replica che « Mortara non scendeva dal cielo del diritto costituzionale... ma sapeva... per la vocazione della sua vita, la stessa che lo condurrà poi a decisioni pratiche estreme, che nel processo si ha il divenire dell'ordinamento, che la norma è nulla senza la sentenza del giudice, che, per usare una sua formula meravigliosa... "se la legge è la statica del diritto, la giurisprudenza ne è la dinamica" ».

In questa concezione dell'ordinamento giuridico assume necessariamente un ruolo centrale il giudice: ed ecco spiegato l'assillo di Mortara per i criteri della sua formazione culturale, della sua nomina, della sua progressione da un ufficio a quello superiore e, soprattutto, per la ricerca delle garanzie di indipendenza ed autonomia della magistratura sempre nella prospettiva dell'attuazione del principio di giustizia, che deve dominare nel paese come la virtù entro le pareti domestiche.

Se invece di tentare subito una valutazione dell'opera nella sua organicità, cominciamo a misurare lo spessore e la capacità di resistenza di talune delle maglie che ne costituiscono l'intelaiatura, dobbiamo ammettere, senza reticenza, che non mancano idee peregrine e indifendibili, come quella imperniata sull'esigenza di separare la giustizia civile dalla penale. Questo assunto appare sorretto da un complesso di motivazioni, che lo rendono persino più inaccettabile, se è vero che Mortara esprime, tra gli altri, il convincimento che per essere « buono e degno » magistrato civile non basta « un mediocre corredo di dottrina né una integerrima coscienza » (requisiti, questi, che possono ben rispondere all'esercizio del magistero penale); che la giustizia civile è diretta alla tutela dei diritti patrimoniali (dove è evidente una visione immiserita della relativa funzione) mentre la giustizia penale è diretta a reprimere gli attentati alla sicurezza privata e pubblica; che, dividendo la magistratura penale dalla civile, si fraziona il potere giudiziario in due corpi tra i quali non possono nascere né antagonismi né alleanze di natura sospetta e ciascuno di essi rimane abbastanza debole per non poter ideare né eseguire usurpazione di potere. In questo passaggio l'esposizione da parte di Mortara delle ragioni e dei criteri della separazione (che non è affatto marginale nella sua complessiva costruzione se le dedica l'intero capitolo sesto e se la ritiene il caposaldo di una buona e sana riorganizzazione giudiziaria), l'esposizione (dicevo) raggiunge il culmine dell'arbitrarietà. E poiché la ragione da ultimo addotta si riconnette all'essenziale principio dell'autogoverno della magistratura (sia pure nel versante dei rischi che ne possono derivare) si è indotti a pensare che Mortara abbia caldeggiato quella singolare

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

separazione per rendere meno traumatica l'accettazione di tale principio ad opera dei *conditores legum*.

Se così non fosse, ci sarebbe da restare sfavorevolmente colpiti da quella che, in definitiva, potrebbe giudicarsi come una posizione dettata dall'orgoglio intellettuale del civilista, mal dissimulata mediante il richiamo di una serie di ragioni, alcune delle quali così fragili e così discutibili, da stonare nella penna di uno scrittore il quale di giurisdizione se ne intendeva al più alto dei livelli. Ma che si possa trattare di un marchingegno, usato per superare vittoriosamente le prevedibili ostilità verso l'autogoverno della magistratura potrebbe essere confermato dalla constatazione che a Mortara, nella programmazione della riforma dell'ordinamento giudiziario, non fanno difetto né lo spirito pragmatico né la capacità di acconciarsi a soluzioni transattive: come quando discorre di inamovibilità dei giudici (che gli sembra atteggiata come un privilegio di casta piuttosto che alla stregua di una garanzia) ovvero quando, pur nella prospettiva finale della unificazione della Cassazione, la sollecita e la propone come indispensabile, per intanto, limitatamente a quella civile, mentre ammette in via transitoria la permanenza della pluralità delle Cassazioni penali, sulla base di considerazioni « estrinseche e relative ». Il danno provocato da tale pluralità — egli dice — sarebbe bilanciato dal vantaggio di avere una Cassazione più vicina ai cittadini e più celere nella sua azione e, per di più, — ecco la conferma di una visione realistica delle cose — si asseconda l'aspirazione di nobili città italiane e si agevola l'unificazione della massima magistratura civile (curiosamente, però — come è a tutti noto — il processo di unificazione seguì all'incirca il percorso opposto).

Note di disincatata concretezza non è, del resto, difficile coglierne qua e là nelle pagine di Mortara: esse si esprimono nelle affermazioni che le riforme troppo radicali sono quelle cui è concessa minore speranza di realizzazione; che la magistratura può vedersi circondata da rispetto in proporzione alla ricchezza del patrimonio culturale dei giudici; che la ragione dell'insuccesso dei progetti di riforma delle istituzioni giudiziarie risiede essenzialmente nella resistenza dei governanti a favorire l'esercizio dei controlli di legalità che ne potrebbero ostacolare in modo molesto l'azione (ma Mortara avverte subito che, se le minoranze tuonano contro le indebite interferenze del Governo negli uffici dell'autorità giudiziaria, quanto si dice dai banchi dell'opposizione non è poi quasi mai in armonia con ciò che si opera quando si giunge al potere).

Certamente datate sono le idee espresse da Mortara in ordine al problema — che da anni e ancora oggi è pendente, ma che non sempre viene inquadrato entro i limiti genericamente ma accortamente fissati dalla Costituzione — dell'ingresso degli estranei nella magistratura, poiché si tratta di idee intrise di una concenzione religiosa e sacrale del giudice che ha fatto il suo tempo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È poi singolare che a quest'atteggiamento ostile corrispose per Mortara un itinerario personale che lo venne a smentire perentoriamente; ma la contraddizione ai nostri occhi è solo di superficie perché egli faceva parte di una esigua schiera di spiriti eletti per i quali quella regola intransigente era giusto che non valesse.

Duro è il giudizio reiteratamente espresso nei confronti della classe forense: e poiché mi pare che nell'esprimerlo il Mortara assuma la veste del polemista più che dell'osservatore obiettivo mi limito a richiamare le pagine (78, 140, 161, 201-203), in cui la sferza viene impugnata, generando un'impressione che è, per qualche aspetto, temperata e controbilanciata dalle parole feroci che l'Autore dedica al giudice incolto *ab origine* o divenuto tale per la perduta dimestichezza con gli stimoli verso l'affinamento intellettuale.

Assolutamente impercorribili appaiono allo stato attuale le proposte intorno alla pubblicità delle deliberazioni della Cassazione e alla diminuzione del numero di ricorsi (entrambe avanzate, peraltro, nel saggio sulla necessità urgente di restaurare la Corte di Cassazione): quanto alla prima quel che si acquisterebbe ipoteticamente in trasparenza (la quale spesso lascia di essere un valore per entrare nella mitologia) si potrebbe perdere in termini di libertà nella formazione del convincimento del giudice nell'esercizio del suo ufficio; la seconda, poi, attiene in larga misura alla sfera dell'ingovernabilità persino ad opera dell'onnipotente legislatore, finché avrà vita nella vigente formula l'art. 111, comma 2 Costituzione, fungendo da rimedio parziale e insufficiente il ritorno del Supremo Collegio, da più parte auspicato e recentemente avviato, ad una rilettura più restrittiva (della portata) del precetto costituzionale.

Per un lettore di oggi è particolarmente impressionante l'esordio dell'opera di Mortara, che qualifica il problema concernente le istituzioni giudiziarie uno fra i più ardui e interessanti nel nuovo diritto pubblico italiano.

« Imperocché, mentre un'infinità di altre questioni può attendere dal tempo e dallo studio paziente la migliore soluzione, e l'indugio non che nuocere profitta anzi di molto al definitivo risultato, come quello che acqueta le passioni o ne rimnuove l'influsso perturbatore, questa del riordinamento dei poteri giudiziari soffre sensibile danno da ogni giorno di ritardo...

Eccoci così (Egli prosegue) da venticinque anni nel provvisorio, senza che il buon volere di parecchi tentativi lodevolmente reiterati da uomini di Stato e da insigni pubblicisti abbiano peranco avvicinato il termine delle aspettative ».

Pare di ascoltare le lagnanze del tempo presente, con l'aggravante che stiamo aspettando da quarantacinque anni il nuovo ordinamento giudiziario e, per intanto, viviamo sotto il vigore di una legislazione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stratificata, composita, per molti versi di ardua decifrazione, com'è di un *corpus* normativo alquanto disorganico.

A questo punto il lettore dell'opera di Mortara non può sfuggire alla tentazione di aprire una parentesi, non già per istituire un improponibile confronto fra lo stato dello cose di ieri e quello di oggi, ma perché l'utilità di certe letture sta anche nello stimolo, che se ne trae, verso una riflessione intorno ai problemi attualmente sul tappeto.

Sia, dunque, consentito dire che per un recupero di chiarezza e di organicità nell'assetto normativo della magistratura, in vista di una maggiore funzionalità del suo apparato organizzativo e di un sempre più qualificato livello di professionalità dei magistrati, costituisce un passaggio obbligato il varo del nuovo ordinamento giudiziario, aderente ai principi costituzionali. Si tratta di una riforma che non esaurisce i suoi effetti all'interno del corpo dei magistrati, ma li proietta anche all'esterno in termini di correttezza dei rapporti con gli altri poteri e di efficienza operativa del servizio giustizia.

Non sembri, tuttavia, un paradosso quel che mi accingo a dire. Forse più disperante di questa attesa quasi semisecolare è la considerazione (se vogliamo esser franchi, inevitabile) che il ritardo non ha reso i tempi maturi, sol che si pensi quanto diversi e talora contrapposti intorno ai principi essenziali di una riforma organica siano i convincimenti espressi all'interno e all'esterno della magistratura tanto da suggerire l'idea che i dispareri prevalgono sull'area dei consensi.

Le prove di questa situazione sono sotto gli occhi di tutti e sarebbe errato sottovalutarne il peso. Basti dire che, in alcune occasioni, in cui il C.S.M. si è trovato a discutere questioni di rilievo intorno al ruolo del giudice e all'assetto organizzativo degli uffici (che costituiscono snodi fondamentali di una normativa organica), si sono formate al suo interno maggioranze risicatissime, talora persino legate ad assenze del tutto casuali di uno o due componenti.

Tre temi per tutti. È fortemente controverso se al C.S.M. spetti un potere para —gerarchico sui capi degli uffici giudiziari, a quanto si legge nell'ultima Relazione annuale dello stesso Consiglio sullo stato della giustizia.

Ancora più controverso (e stavolta sul piano istituzionale, giacché si fronteggiano negli opposti schiarimenti da una parte il C.S.M., anche nella sua Sezione disciplinare, e dall'altra le Sezioni unite della Cassazione) è il tema dell'organizzazione interna delle Procure, sotto il profilo essenziale dei rapporti tra Procuratore e sostituti.

Ci sono poi gli argomenti incandescenti dei rapporti del C.S.M. col Presidente della Repubblica e col Ministro della Giustizia: nella Relazione dello scorso gennaio dinanzi all'Assemblea solenne della Cassazione mi sono permesso di considerarli, nonostante tutto, ancora aperti e sull'argomento non è il caso di tornare, perché i termini dei diversi punti di vista sono, almeno per grandi linee, noti a tutti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Orbene, per rendersi conto della estrema rilevanza delle materie richiamate nell'economia di una possibile riforma non occorrono sottolineature; e tuttavia l'esemplificazione potrebbe continuare, mettendo a dura prova la pazienza del cortese uditorio.

La conclusione sul punto può essere una sola.

Se il legislatore avesse tenuto fede all'imperativo del Costituente, ci troveremmo ora di fronte ad un ordinamento giudiziario datato, così come un po' tutti giudicano oggi per più aspetti superato il noto schema della Commissione Mirabelli; ma la situazione attuale, estremamente fluida, lascia poco sperare per l'avvenire poiché le sue forti contraddizioni non sono circoscritte all'interno della magistratura, ma investono le forze politiche e il mondo della cultura interessato alle problematiche istituzionali.

Ma è tempo di tornare a Mortara e, dunque, di concludere.

L'idea centrale e fortemente innovativa della sua opera sta certamente nella postulazione dell'esigenza di dar vita all'autogoverno della magistratura, attraverso l'istituzione di un Consiglio superiore di giustizia; mediante il sistema dell'autogoverno, in forza del quale la magistratura è investita dell'autorità « di provvedere al continuo reitegramento di se stessa », viene a rappresentarsi il carattere sovrano della potestà giudiziaria.

Si tratta indubbiamente di una proposta per molti versi ancora embrionale e distante dalla concezione che la nostra Costituzione accoglie del governo autonomo della magistratura. Ma non si può negare a Mortara il merito di avere lucidamente distinto l'indipendenza dell'esercizio delle funzioni giudiziarie dall'autonomia organica della magistratura come potere dello Stato (che è connotazione tutta propria del reggimento democratico).

Ma poiché Mortara non è soltanto uomo di scienza, egli si affretta a ripetere (e lo fa in più occasioni) che, sebbene distinti ed indipendenti, i poteri dello Stato « deggiono convergere la loro azione ad una meta comune »; che va rimosso il proposito eventuale di ciascuno di essi « di intraprendere usurpazioni » nel campo degli altri, mantenendo in ognuno « la consapevolezza continua dei confini della sua azione legittima »; che in regime di democrazia nessuna funzione sovrana — e indubbiamente la funzione della giustizia è sovrana e, nella sua cerchia, autonoma — può essere sottratta a controllo nel suo esercizio; che il sistema di autogoverno proposto « non può andare scompagnato da guarentigie che premuniscano la nazione contro il potere giudiziario », come d'altronde è richiesto nei riguardi di tutti i « poteri che si ripartiscono la sovranità »; che va sventato il pericolo di trasformare la magistratura in una casta chiusa ed isolata.

Ed è proprio a questo proposito che Mortara — con uno sguardo disincantato — ricorda « che non vi ha istituzione, per quanto ottimo ne sia il disegno, che male applicata non dia pessimo frutto, mentre da

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una saggia applicazione di istituzioni mediocri si ponno avere eccellenti risultati ».

Quest'opera di Mortara — la cui riscoperta dobbiamo alla felice intuizione di Franco Cipriani e di Giuseppe Riccio circa l'opportunità di inserirla nella loro biblioteca di diritto processuale — tocca una molteplicità di altri temi: a parte quelli relativi al giudizio di appello (che mi permetto di riservare alla maggiore competenza dei co-interventori) e alla Cassazione (che lascio volentieri, perché gli spetta di diritto, al Primo Presidente Brancaccio, nostro eminente coordinatore) la depenalizzazione (per sfoltire le statistiche del lavoro dei giudici), l'alternativa giudice monocratico o collegiale, la riforma degli studi universitari di giurisprudenza, il tirocinio dei magistrati, i criteri per la loro progressione in carriera, la posizione del P.M. Nell'ultimo saggio (intorno ai problemi dell'ordinamento giudiziario) Mortara mette al primo posto nella graduatoria delle questioni pratiche quella delle circoscrizioni giudiziarie, facendoci così certi che non vi è nulla di nuovo negli orizzonti dell'amministrazione della giustizia, rispetto alla quale i problemi cruciali tendono a collocarsi *sub specie aeternitatis*.

Certo, stretto dai limiti di tempo e spinto naturalmente a soffermarmi sulle impressioni più squisitamente personali che quest'opera mi ha suscitato, ho finito per adottare modalità abbastanza dispersive nel darne conto; ma poiché il valore dell'opera si impone da sé ho la certezza che il mio intervento, pur intessuto di considerazioni episodiche, poco o punto sia riuscito a farlo smarrire: e del resto, a metterlo in luce ha già egregiamente provveduto Pizzorusso nella sua prefazione; e non meno ci si può attendere da chi parlerà dopo di me.

Voglio, alla fine, sottolineare soltanto che quest'opera, consegnata ad una scrittura straordinariamente limpida e nobile, ha, fra gli altri, il merito di lasciar presagire tutta la grandezza dello scrittore, del maestro e dell'uomo, quale si andrà manifestando nell'ulteriore percorso della sua attività scientifica e nel conseguimento di traguardi memorabili e — nota per più versi singolare, ma non poi tanto per chi presta attenzione ai segni del destino — costituisce una sorta di misterioso preannunzio del passaggio di Mortara dalla cattedra alle funzioni giudiziarie più alte.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIOVANNI VERDE

VERO E FALSO SULL'AUTOGOVERNO DEI GIUDICI SECONDO MORTARA

1. È merito di Cipriani la riscoperta di alcuni testi preziosi dei nostri « padri », leggendo i quali si ha talora l'impressione che, almeno nel nostro Paese, le vicende si riproducano con una singolare frequenza e che le proposte, le richieste di interventi più o meno urgenti, le polemiche di allora assomiglino stranamente a quelle di ora. E persino che i personaggi di allora si caratterizzino non diversamente da quelli di oggi. Debbo a Cipriani la segnalazione di un libro recente sulla storia della massoneria (MOLA, *Storia della massoneria italiana dalle origini ai nostri giorni*, Bompiani, 1992), dal quale risulta che Mortara vi era iscritto fin dal 1903 come membro libero e che tra i membri effettivi del Supremo consiglio vi era quel Camillo Finocchiaro Aprile, ministro di grazia e giustizia quando furono varate le riforme del 1913. E vi ritrovo la notizia che anche nel 1906 la Gran Loggia aveva a dolersi degli attacchi astiosi e violenti contro la Famiglia « aperta agli uomini di tutti i partiti progressisti » e aveva a discutere, tra i tanti argomenti, del riconoscimento del diritto di voto alle donne, che avrebbe interessato il Nostro, vedendolo come protagonista.

Mi auguro che, avendo appreso che Mortara era stato iscritto alla massoneria e che la massoneria aveva tra i suoi programmi l'allargamento del voto alle donne, non debba per questo diminuire il suo merito, per essere stato autore ed estensore della sentenza della Corte appello Ancona 26 luglio 1906 (in *Foro italiano*, 1906, I, 1060 con nota critica di ORLANDO), con la quale riconosceva alle donne il diritto in questione, argomentando dall'art. 24 St. albertino, che lo assicurava a tutti i « regnicoli ». Ed allo stesso modo oso sperare che il suo legame con Finocchiaro Aprile non abbia a sminuire i suoi meriti nella riforma del processo penale e non addensi ombre sulla sua sincera speranza che l'introduzione del giudice unico nella giustizia italiana potesse essere utile ai fini di una migliore resa degli organismi giudiziari.

2. Quando si scopre un libro di oltre cent'anni fa, è difficile resistere alla tentazione di offrirlo alla attenzione del lettore quale è. Sembra quasi necessario doverlo presentare e chi lo presenta difficilmente, con tutta la buona fede di questo mondo, resiste alla tentazione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di offrire la sua « chiave di lettura », così che il lettore inevitabilmente risale alla fonte attraverso una mediazione che può portarlo ad ignorare ciò che era alla base del pensiero originario dell'autore, ovvero ad averne una conoscenza parziale o deforme; in altre parole a farne una lettura infedele.

Il rischio è tanto più grande quando meritoriamente si raccolgano in un solo volume gli scritti che si sono snodati per oltre trent'anni, dalla giovinezza alla prima vecchiaia. Ed infatti Mortara pubblicò il libro sullo stato moderno e la giustizia nel 1885 e gli ultimi interventi sul tema nel 1891 e nel 1917. Avviene che l'opera di più ampio respiro metta in ombra gli interventi minori, i quali sono letti ed interpretati alla luce del primo e con inevitabile disattenzione.

Corro il rischio di offrire anch'io una chiave di lettura, ma non concordo con il Cipriani (in *Storie di processualisti e di oligarchi*, 1919, p. 32 ss.) e soprattutto con Pizzorusso (nella introduzione al volume), secondo i quali Mortara è stato uno strenuo e costante difensore del principio che la Magistratura debba autogovernarsi tramite un apposito organismo (nel quale si è visto *in nuce* il progenitore dell'attuale CSM). La verità è, almeno a mio avviso, che Mortara vide il problema con estrema chiarezza, tenne fermo fino alla fine il principio che la magistratura partecipa a funzioni sovrane, ma per quanto riguarda i modelli di organizzazione idonei a consentire l'esercizio di tali funzioni ebbe posizioni non poco perplesse e che mutarono notevolmente nel corso degli anni.

3. Il fatto è che sul tema dell'ordinamento giudiziario incidono in misura determinante opzioni di carattere ideologico.

L'assunto di base già implica una di tali opzioni: la giustizia comporta necessariamente l'esercizio di funzioni sovrane. Accettare tale premessa significa aver dato risposta a una folla di domande: che è sovranità? a chi questa appartiene? come si svolge nel concreto? le risposte che si danno, sono valide *sub specie aeternitatis*? o sono storicamente condizionate?

Per comprendere l'importanza di questo punto non è inutile mettere a raffronto la posizione di Mortara con quella di un altro autore, particolarmente sensibile al tema dell'indipendenza della magistratura; parlo di Calamandrei. Nel celebrato discorso senese del 1921 su « Governo e magistratura » (ora in *Opere giuridiche*, II, Napoli, 194 ss.) questo autore prende le mosse da una serie di certezze: la sovranità appartiene al popolo; la stessa viene esercitata attraverso tre funzioni separate (posizione delle leggi; attività di governo e/o di esecuzione; controllo giudiziario); la separazione importa l'indipendenza e l'indipendenza la necessità dell'autogoverno. È certo Calamandrei che ciò non crei inconvenienti nel nostro sistema, nel quale i giudici si devono « limitare ad applicare la legge qual'è stata formulata dagli organi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

competenti, senza curarsi di verificare da un punto di vista politico se essa corrisponda o no agli scopi per i quali è stata emanata » (p. 200). Ma per l'a. « altra è la posizione della funzione giurisdizionale là dove sia in vigore, invece del sistema della formulazione legislativa del diritto, il sistema della formulazione giudiziaria », giacché in questi casi al giudice è affidato « quel lavoro essenzialmente politico di diagnosi sociale che da noi fa a priori il legislatore ».

È una visione alquanto ingenua che lo porta a dire che l'opera del giudice consiste in una « serena ricerca scientifica di un *ius conditum* che già esiste fisso nel passato » (p. 201) e che lo induce a rigettare la soluzione della « elezione popolare dei giudici » (che egli presenta non come una esigenza che nasce dall'aver affidato ai giudici funzioni sovrane, ossia di quella sovranità che, in fin dei conti, spetta al popolo, ma come il frutto estemporaneo di un programma di partito) con poche e superficiali battute, ritenendo che « l'adozione di questo sistema avrebbe significato, in una grande democrazia a regime parlamentare, il completo asservimento della giustizia alla politica, ossia, in conclusione, la disastrosa dissoluzione, che nessun partito può sul serio desiderare, d'ogni garanzia di giustizia » (p. 217 s.).

Al riguardo, Mortara, anche il giovane Mortara non condivide l'ingenua visione di Calamandrei sul compito dei magistrati ed in nessuna pagina di questo scrittore troviamo che il giudice, nel nostro sistema, deve attendere ad un compito di *serena ricerca scientifica* anche se nel 1895 mostra di credere che questi ha per referente un dato (la legge) che deve far rispettare come incarnazione della giustizia (*Lo Stato moderno*, p. 33) Egli non crede (o non finge di credere) che il giudice, nello svolgere la sua funzione sovrana, sia completamente isolato da ciò che forma oggetto delle altre funzioni dello stato ed è consapevole che tra il porre le leggi, darvi attuazione ed interpretarle vi è una *circolarità* che nessun sistema costituzionale potrà mai sopprimere del tutto.

I magistrati italiani riscopriranno questa verità ed è, se ben ricordo, dagli anni sessanta, ossia dal convegno di Gardone che cercheranno di coniugare la certezza del diritto con la necessaria opera adeguatrice della giurisprudenza, ponendo come referente immancabile un mondo di valori che con indubbia finzione vogliono compiutamente preindividuato dalla Carta costituzionale.

4. Chi fu Mortara? Progressista, come lo vuole Cipriani (ora in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XXII, n. 2, dicembre 1992, p. 415 ss.) o conservatore come in definitiva lo rappresentò Calamandrei (nel necrologio, ora in *Opere*, X, p. 156 ss.)? Mortara fu democratico nel cuore, ma aristocratico nell'intelletto. Egli credette sinceramente che la sovranità spettasse al popolo e, perciò, quando Sonnino scrisse un articolo reclamando il ritorno al modello statutario di monarchia costituzionale pura, egli reagì vivacemente, precorrendo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in una pagina memorabile la concezione della costituzione in senso materiale. « Per nessuna legge, come per quelle politiche fondamentali, è tanto vero il detto che la lettera uccide e lo spirito vivifica. Il contenuto di una carta costituzionale non sta nelle parole testuali che la compongono, ma nella interpretazione e nella osservanza che essa ha avuta in pratica; il diritto pubblico di un popolo è nella vita stessa e nello svolgimento delle sue istituzioni, non nella morta scrittura del foglio di carta o di pergamena, sia pure venerabile e glorioso che segna la data in cui tale vita e tale svolgimento ebbero principio » (*Statuto, corona, parlamento*, nel volume cit., p. 148).

Nello stesso tempo, però, egli non ebbe fiducia nelle masse. « Invece di esercitarsi in un controllo assiduo e severo, l'attività politica delle masse si sfrutta in mormorii d'occasione, in sterili diatribe, in censure talvolta troppo affrettate e più spesso troppo dimenticate... Ed è in generale preferito il sistema di governo che sa meglio conformarsi alla inclinazione dei cittadini verso la tranquillità della vita privata o per dirla in una parola, quello che disturba meno nelle individuali abitudini » (p. 24 s.). Di conseguenza egli è alla ricerca della vera democrazia « che non è la cieca preponderanza del maggior numero che si arroga di calpestare il diritto di chi non la segue » (p. 48), né è la « tirannia della maggioranza » (p. 30), ma mira a serbare « quell'equilibrio tra le libertà e i diritti che è in fine dei conti lo scopo della consociazione e il segreto benessere di ciascuno e di tutti » (p. 31).

Non deve meravigliare, allora, che, venuto a Napoli, sia stato fra i promotori dell'università popolare, contribuendo con il suo entusiasmo, con il suo carisma e anche con il suo danaro alla sua fondazione e celebrandone l'inaugurazione con un discorso nel quale, egli, di solito misurato e severo, senza talora sfuggire dalla retorica, esalta il valore della scienza come indispensabile strumento di promozione sociale, che eleva il popolo da agglomerato di sudditi ad organizzazione consapevole di cittadini (*La sovranità civile della scienza*; discorso tenuto nel marzo del 1901 alla presenza, si legge dalle cronache, di oltre tremila persone e pubblicato in *L'Università popolare di Napoli*, n. 1, marzo 1901).

Né deve meravigliare che egli finisca col riconoscere che « la stessa idea di sovranità è una finzione giuridica » (*Lo Stato*, p. 62). Di conseguenza egli afferma che la soluzione del problema non può non consistere in qualche ingegnoso espediente, perché « dal punto di vista dottrinale, la libera elezione dei poteri giudiziari a voto di popolo sarebbe la forma più armonica alle basi organiche del reggimento democratico; dacché, trattandosi di costituire un ramo della sovranità, è il libero consenso della nazione che legittima il suo esistere ed il suo operare. Laonde nella ricerca di un diverso sistema deve tenersi presente il proposito di avvicinarlo quanto sia possibile a questo ideale per ora impraticabile, rinunziando al quale si rinunzia ad un mezzo non già

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per disperazione di conseguire *il fine*, ma pel desiderio di meglio raggiungerlo » (p. 127; ma v. anche *La giustizia nello Stato democratico*, nel citato volume a p. 188).

L'espediente sta nel riconoscere che il corpo dei magistrati attualmente esistente sia *autolegittimato*, giacché lo stesso « non può non riconoscersi e non considerarsi siccome consecrato all'alto officio dal consenso della nazione, ed idoneo a proseguire nell'esercizio del medesimo, senza offesa al carattere intrinseco del reggimento democratico rappresentativo » « Né — egli aggiunge — si può trovare illogico che, partendo da questo punto, venga la magistratura investita dell'autorità di provvedere per l'avvenire al continuo reintegramento di sé stessa. Il consenso della nazione le ha dato e le può conferire quest'attitudine di *autogoverno* » (p. 127).

5. Il legislatore del 1890 e più ancora quello del 1907 dovette sposare molte di queste idee, perché affidò nomine e promozioni a valutazioni del corpo dei magistrati esistenti; istituì consigli giudiziari e consiglio superiore con funzioni consultive, che nella prassi avrebbero dovuto avere valore vincolante, e affidò al Ministro una funzione residuale, quanto alle nomine in appello ed in cassazione: di provocare un motivato dissenso del consiglio dei ministri.

Eppure Mortara fu critico di fronte a queste leggi, ma non per la ragione che qualche anno dopo avrebbe messo in rilievo Calamandrei. Questi, infatti, avvertì che i magistrati per essere liberi devono essere affrancati anche nella *speranza* e che ciò non avviene quando la carriera dipende in qualche misura dal potere esecutivo e, pertanto, nella legge Orlando del 1907 vide il punto critico in ciò che residuava un potere di ingerenza dell'esecutivo nelle promozioni, in particolare ai livelli più alti (*Governo e Magistratura*, cit., in *Opere*, II, p. 206 ss.).

Mortara, invece, dichiarò la propria insoddisfazione, perché quelle leggi rischiavano di dare corpo alle istanze corporative della magistratura e, soprattutto, perché ne avevano favorito un'evoluzione in senso burocratico (*La giustizia dello Stato democratico*, cit. pp. 189, 197). Per la verità egli, aristocratico nell'intelletto e severo innanzitutto con sé stesso, aveva immaginato un corpo di magistrati eccezionalmente preparato ed accuratamente selezionato attraverso una serie di corsi di formazione e di esami particolarmente impegnativi. Ed aveva reclamato che lo Stato a questo manipolo di uomini eccezionalmente dotato ed assolutamente integerrimo riconoscesse, anche sotto il profilo della remunerazione e delle pubbliche dignità, una posizione pari all'importanza di chi esercita una funzione sovrana. Tanto ciò è vero che nel 1905, occupandosi della Corte di cassazione, rivendica alla Magistratura un ruolo di maggior rilievo tra le gerarchie dello Stato (in *Della necessità urgente di restaurare la Corte di cassazione*, nel cit. vol., p. 172).

La legge Orlando lo aveva deluso perché non aveva colto l'esigenza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

primaria della adeguata selezione; aveva consentito che i tre quinti delle promozioni avvenissero per valutazioni di merito e non per concorso; aveva nei fatti dato luogo ad un'evoluzione, di cui Mortara era osservatore dall'interno, in senso deteriore. « Quanto più il corpo giudiziario è rinserrato fra i cancelli isolatori, tanto meno si può sperare che la sua composizione migliori in conformità delle esigenze della funzione. L'esperienza lo ha dimostrato. I concorsi per le promozioni sembrarono la garanzia ideale; eppure il loro effetto deluse la nazione e scontentò la magistratura. Il naufragio di questo lodevole tentativo lo attribuisco in modo specifico all'errore fondamentale di diritto pubblico che vi è inerente. I magistrati sono istituiti per amministrare la giustizia fra il popolo; *ma ad essi non spetta altresì il potere di conferire gradi e funzioni ai loro colleghi...* Non basta che al ministro sia riservata la facoltà di contraddire la deliberazione, con la grave condizione, inoltre, di avere solidale nell'atto l'intero gabinetto. È manifesto che simile facoltà, se non rimane lettera morta, sarà esercitata per via di eccezione straordinaria. La regola, dunque, data dal sistema, è la tendenza a costituire la magistratura in particolare oligarchia, la quale attinge a se stessa la legittimità dei poteri che largisce, senza altro controllo fra i propri membri. Che questa non sia affatto una istituzione sinceramente democratica pare verità intuitiva » (*La giustizia nello Stato democratico*, p. 190).

Nel corso degli anni, insomma, Mortara, partito dalla idea che la giustizia è funzione sovrana che, come tale, deve essere esercitata in condizioni di indipendenza, ha finito con l'accentuare la necessità di un raccordo tra funzione giudiziaria e altre funzioni dello Stato. Nel suo ultimo scritto dedicato all'argomento scrive che « in regime di democrazia nessuna funzione sovrana può essere sottratta a controllo nel suo esercizio. La funzione della giustizia è senza dubbio sovrana e, nella sua cerchia, autonoma... La necessità e la legittimità del controllo sono dunque indiscutibili » (*Intorno ai problemi dell'ord. giudiziario*, nel cit. volume p. 197 s.). E poiché il parlamento è l'esponente della volontà e dell'indirizzo politico-sociale del popolo, « al parlamento, per mezzo del gabinetto, spetta il controllo della funzione giudiziaria; il gabinetto, in fatto, lo esercita in nome del parlamento, che è quanto dire in nome della nazione, affidandone l'incarico ad un ministro responsabile, il quale a sua volta ne renderà conto al parlamento, come e quando di ragione, secondo le regole dell'ordinamento costituzionale » (p. 198).

Il cambiamento mi sembra netto ed è ancora più evidente ove si legga nella sua interezza lo scritto ora citato, che è costruito non per obbedire alla logica dell'*autogoverno, ma per consentire ragionevoli dosi di indipendenza*. Trent'anni prima Mortara aveva affermato che altra cosa è l'indipendenza, altra l'autonomia organica della magistratura come potere dello Stato e che « la prima è conciliabile persino con il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dispotismo, la seconda è tutta propria del reggimento democratico » (p. 65).

Di sicuro nel 1917 egli ha cambiato l'orientamento.

6. Come e perché le idee di Mortara si siano modificate nel tempo può essere oggetto di illazioni.

Egli fu sempre convinto che il regime democratico sia il migliore e che in tale regime la sovranità debba spettare al popolo. Ma fu anche convinto che è unico « il fine delle svariate e molteplici azioni dei poteri in cui essa si divide » (p. 60). Lasciò, invece, nell'ombra, nel 1885, il problema del collegamento tra il popolo ed il concreto esercizio della funzione giurisdizionale. Egli preferì la formula che la giustizia emana dal re, piuttosto dell'altra che la giustizia emana dalla legge, sembrandogli, tra due formule egualmente imperfette, miglior partito scegliere quella che dava luogo a minori inconvenienti (p. 62). Per Mortara, infatti, il re era simbolo della sovranità e, quindi, con la formula prescelta finiva col dire che la giustizia emana dalla sovranità, così adoperando un'espressione tautologica e priva di contenuto significante. E, infatti, nel libro il problema è affrontato e risolto con una finzione: come si è visto, egli afferma che la magistratura si autolegittima e costituisce fonte di legittimazione delle future generazioni di magistrati. È probabile che in quel momento egli, pur sensibile all'esigenza di una sovranità, per così dire, *una e trina*, fosse condizionato dall'idea che « per garantire... l'osservanza della legge, non vi ha che un mezzo; quello di negare al potere legislativo la cura della sua esecuzione, affidando la salvaguardia di questa al terzo ramo della sovranità. E così il potere giudiziario viene ad avere tracciato e ben definito il suo officio, nella custodia non già della giustizia genericamente, come in antico dicevasi, ma bensì della legge. Secondo questo concetto, è pur sempre però la giustizia il fine ultimo dell'azione di esso potere; se non che, la giustizia si presume scolpita nella legge, ed il compito del magistrato non è di indagarla con teoriche astrazioni e seguendo i propri criteri soggettivi, ma di cercarla nella *legge*, di far rispettare questa come incarnazione di quella » (p. 33 s.).

In questa prospettiva, gli dovette apparire sufficiente per giustificare il raccordo tra la magistratura, deputata ad esercitare la funzione sovrana, e gli altri poteri dello Stato l'avere affidato al ministro di grazia e giustizia il compito di sottoporre al Consiglio superiore di giustizia gli atti relativi alla carriera dei giudici posti in essere dai magistrati in carica secondo i criteri prefissati ogni volta che gli stessi gli fossero apparsi in violazione della legge e l'avere costruito questo nuovo organismo (il Consiglio) facendovi partecipare, in numero eguale per ciascheduna delle tre categorie, i magistrati della cassazione civile, quelli della cassazione penale ed i deputati e senatori.

A distanza di anni e quando già aveva consumato una notevole

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esperienza di magistrato, egli pone in luce che « la giustizia è essa medesima un concetto del tutto relativo e per sua natura mutevole. La migliore definizione lo dice: volontà perpetua e costante di attribuire a ciascuno il suo diritto. Ma che cosa sia il diritto di ogni singolo uomo non poté definirsi se non parafrasando un concetto di evidente relatività: il diritto è condizione di rapporto tra le varie attività cooperanti nel consorzio civile, che determina in questo le condizioni di stabile e pacifica convivenza » (*La giustizia nello Stato democratico*, p. 178). L'analisi dell'esercizio della funzione giudiziaria nella varietà delle istituzioni politiche rende chiaro che « sempre il carattere e gli interessi rappresentati in questa diedero a quella impronta e adattamento organico ». Nel 1912 Mortara più non crede al principio della divisione dei poteri, per la quale si era mostrato sempre assai tiepido. « L'Europa — egli scrive — ha incominciato nel secolo scorso la sua evoluzione politica dal governo assoluto ad una nuova forma di democrazia, della quale tutti riconosciamo essere venuto il tipo e l'esempio dall'Inghilterra. Per questa nuova forma di democrazia, si credette da principio che valesse come segno caratteristico fondamentale la massima della divisione dei poteri, intorno alla quale molto si affaticarono uomini politici e uomini di scienza, *verificandone alfine la poca consistenza e la non sostanziale importanza. Onde ha perduto gran parte del suo interesse anche la disputa, nudrita per lunghi anni, particolarmente in Francia, sul tema se la funzione giudiziaria abbia titolo di autonomia tra le funzioni di sovranità; o sia in parte esecutiva*. L'alleanza cooperatrice di tutte le funzioni necessarie ad instaurare e mantenere l'ordinamento giuridico secondo le finalità dello Stato libero, è concetto che ormai non dà luogo a discussioni » (p. 182).

Abbiamo le coordinate per descrivere compiutamente l'evoluzione del suo pensiero. Tiepidamente egli assume come presupposto il principio della separazione dei poteri in un sistema nel quale al giudice si assegna la funzione di mero interprete della legge; in questo sistema concepisce che i giudici debbano autogovernarsi e, tuttavia, si preoccupa di giustificare con una finzione il carattere popolare dell'investitura del corpo esistente dei magistrati e di assicurare il necessario raccordo fra il futuro sviluppo del corpo dei magistrati e gli altri poteri dello Stato, dietro i quali si assiede sovrano il popolo. Nel corso degli anni egli rileva che le funzioni affidate ai giudici sono variabili e che nelle moderne democrazie gli stessi non devono più preoccuparsi della proprietà e della famiglia, ma hanno compiti assai più complessi che non possono non investire il delicato rapporto fra l'esercizio del potere e la libertà dei cittadini; consapevole che non esistono regole valide in assoluto, elabora la teoria dell'adattamento organico; rinnega il principio della separazione dei poteri di scarsa consistenza ed importanza; e forse anche alla luce delle esperienze fatte come alto magistrato, si batte perché sia assicurato il controllo sull'esercizio della funzione giudiziaria,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sul presupposto che « il consentimento del popolo è l'unico titolo di legittimazione di ogni autorità » (p. 188); nell'attesa di un giorno che forse non potrà mai spuntare — « il giorno in cui l'autorità del giudice sarà attinta direttamente alla legittima fonte di ogni potere sovrano in democrazia » (p. 194) — si accontenta di surrogati; il controllo del Parlamento, tramite il ministro. E preferisce dedicarsi a lavori di piccola manutenzione istituzionale: migliorare il sistema dei concorsi per le nomine e le promozioni; escogitare sistemi per assegnare i magistrati in relazione alla loro idoneità all'esercizio delle specifiche funzioni; affrancarli da una condizione di asservimento per ragioni economiche e, soprattutto, riorganizzare il Ministero di grazia e giustizia, facendogli « nei consigli di governo una posizione speciale, in parte almeno sottratta al logorio delle lotte partigiane parlamentari » e ponendo l'incompatibilità « di questo ufficio politico con l'attività forense anteriore e particolarmente con quella immediatamente successiva » (p. 202 s.). Erano, del resto, i temi nei quali aveva modo di esplicitare il suo genio tutto italiano, che consiste nella capacità di fronteggiare le situazioni per come si presentano, anche a costo di far violenza alle proprie convinzioni. È così che nella prolusione napoletana del 13 dicembre 1898 egli — che ebbe sempre a cuore l'idea di una Suprema Corte unica e posta alla piramide dell'ordinamento giudiziario — non esitò a propugnare l'istituzione di un tribunale « ad hoc » per la risoluzione dei conflitti di attribuzione. (*Per l'istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, in *Il Filangieri*, 1989, p. 1 ss.). E nel 1913 progettò l'istituzione del giudice unico, là dove nel 1885 aveva dato per scontata la bontà del sistema collegiale (sulla vicenda v. ZANUTTIGH, *Il giudice unico nella riforma del 1912*, in *Rivista di diritto processuale*, 1971, p. 688 ss.).

7. Mi sono chiesto e mi chiedo, dal momento che in Mortara si è voluto vedere un antesignano di molte attuali soluzioni in tema di organizzazione della magistratura, quale sarebbe il suo giudizio sulle attuali soluzioni.

Sono certo che non sarebbe un giudizio positivo. Egli, nel 1917, intravide che la soluzione ultima poteva essere quella di « eliminare gli interessi di carriera dalla vita del magistrato » (*Intorno ai problemi*, cit. p. 202). Anche in tal caso fu un precursore, perché in quella affermazione era *in nuce* il concetto della unicità della funzione giudiziaria. Ma tale affermazione deve essere collegata all'altissima concezione della dignità della funzione giudiziaria, che egli coltivò fino alla fine; ed infatti credette e si batté perché si diventasse magistrati dopo lungo tirocinio ed accurata e severissima selezione. In questa prospettiva egli fu favorevole ad un corpo di magistrati numericamente ridotto, preoccupandosi di escogitare strumenti per pervenire a tale risultato. Egli concepì, a tal fine, che la giustizia penale fosse amministrata da tribunali inferiori

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e superiori, governati da un giudice togato con il compito di guidare una giunta di quattro e di otto giudici popolari, e dalle cinque esistenti Corti di Cassazione. Ritenne, invece, che la piccola giustizia civile dovesse essere affidata in larga misura a giudici non togati, perché « malgrado si dica che sovra affari minimi possono nascere questioni sottili e gravi, è pacifico universalmente che questi affari minimi vanno definiti alla spiccia » (p. 117); mentre la restante giustizia avrebbe dovuto essere affidata a giudici competenti a decidere in unico grado nel merito ed in forma collegiale con soppressione dell'appello e con possibilità di revisione per ragioni di diritto dinanzi ad un'unificata Corte di cassazione.

Qualora Mortara avesse compreso che queste idee non potevano (e non possono) essere realizzate, con il suo sano empirismo, con l'istintivo antigermanesimo giustamente evidenziato da Satta (*Attualità di L. Mortara*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, p. 459 ss.) che lo portarono ad elaborare la tesi dell'*adattamento organico*, si sarebbe sforzato di indicare le soluzioni migliori, se del caso non rigide per non perdere la possibilità di adattarle alle mutevoli esigenze. E ciò avrebbe fatto cercando di essere fedele alle serene ed imparziali ragioni della scienza, senza lasciarsi influenzare dalle opzioni ideologiche e peggio ancora dalle opzioni dei partiti politici di maggioranza e di minoranza, delle quali egualmente diffidava. « E di vero — egli premette nel suo libro —, contro la dipendenza dell'autorità giudiziaria e le indebite ingerenze del governo nei suoi offici, è immancabile sentir tuonare il partito che costituisce minoranza. Quelle stesse censure, quelle lagnanze, non sempre ingiustificate, che su tale argomento gli uomini della cosiddetta *sinistra* muovevano nelle concioni pubbliche e per la stampa fino al 1876, sono poscia divenute il linguaggio degli uomini *di destra*; e sebbene noi rendiamo omaggio all'integrità dei propositi e soprattutto alla molta verità dei bisogni che essi annunciano, tuttavia non sappiamo difenderci dal pensiero che quanto si dice e scrive *dai banchi dell'opposizione* non è quasi mai in armonia con ciò che si opera allorquando si giunge al potere » (p. 27).

E un messaggio di attualità sconcertante e che mi autorizza ad una chiosa personale, l'unica che ritengo di essermi concessa: non è un male, data la confusa situazione in cui viviamo, che non sia stato rifatto un testo unico di leggi sull'ordinamento giudiziario e che quest'ultimo si componga, al pari di ciò che avviene per tanti nostri fondamentali istituti, di un composito complesso di norme di varia provenienza. Le vere riforme, quelle destinate a durare nel tempo, hanno bisogno di tempi favorevoli caratterizzati da forti ed unitarie tensioni ideologiche. Per ora accontentiamoci, secondo la lezione di Mortara, di opere di piccola manutenzione, del modesto ma indispensabile « bricolage » normativo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ragguagli fiorentini

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ATTIVITÀ DEL ' CENTRO DI STUDI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO ' NELL'ANNO ACCADEMICO 1992/93

Nell'anno accademico 1992/93 è stato gradito ospite del Centro per un soggiorno di studio il prof. Carlos Petit, della Universidad Autonoma de Barcelona.

Il giorno 11 marzo 1993, unitamente al Dipartimento di Storia della Università di Firenze, il Centro ha organizzato, presso la sua Sede di Villa Ruspoli, la presentazione del volume di Paolo Prodi, *Il sacramento del potere — il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente* (Bologna,Il Mulino,1992). Hanno parlato Paolo Desideri, ordinario di Storia romana, Paolo Grossi, ordinario di Storia del diritto italiano, Antonio Rotondò, ordinario di Storia moderna. Ha partecipato al dibattito lo stesso Autore.

Il giorno 21 aprile 1993 il Centro ha voluto festeggiare Piero Fiorelli, membro del Consiglio di redazione dei ' Quaderni fiorentini ', da più di trenta anni ordinario di Storia del diritto nell'Ateneo fiorentino, in occasione del suo settantesimo genetliaco e, conseguentemente, del suo distacco dall'insegnamento attivo nell'Università. Dopo una breve introduzione di Paolo Grossi, ha parlato Giovanni Nencioni, un Maestro della linguistica italiana, ordinario nella Scuola Normale Superiore di Pisa e Presidente della Accademia della Crusca, che ha efficacemente messo in rilievo i grossi meriti di Fiorelli come linguista, lessicografo e fonetista; ha concluso Mario Sbriccoli, della Università di Macerata, che, con la sua magnifica competenza nella storia del diritto penale, ha parlato dell'opera storico-giuridica di Fiorelli, ma soprattutto della sua fatica maggiore ' La tortura giudiziaria nel diritto comune ', riletta quaranta anni dopo. Il primo, corposo volume de ' La tortura ' uscì infatti per i tipi di Giuffré nel lontano 1953. Il Centro ha voluto sottolineare, con la modesta ma significante iniziativa, una presenza culturale certa-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente non vistosa a causa del carattere appartato e riservato del personaggio, ma indubbiamente singolare e incisiva sia nel campo della storia del diritto che in quello della storia della lingua.

Durante il 1993 è stato pubblicato nella ' Biblioteca ' del Centro il volume: *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno—Strumenti, destinatari, prospettive* Atti dell'Incontro di studio — Firenze, 6/7 novembre 1992, a cura di Paolo Grossi. Nel momento in cui viene redatta questa pagina (ottobre 1993) è già in bozze il volume quarantatreesimo della ' Biblioteca ', e cioè: *Periodici giuridici italiani* (*1850-1900*)—*Repertorio*, a cura di Carlo Mansuino.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Indice

pag.

PAOLO GROSSI, *Pagina introduttiva* 1

MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Federico Cammeo il grande* 7

GIUSEPPE MORBIDELLI, *Federico Cammeo: l'itinerario culturale e di vita* 19

GIULIO CIANFEROTTI, *Gli scritti giovanili di Federico Cammeo (1892-1899)* 105

MAURIZIO FIORAVANTI, *I presupposti costituzionali dell'opera giuridica di Federico Cammeo* 165

BERNARDO SORDI, *Le Pandette e il diritto amministrativo-Privato e pubblico nell'itinerario giuridico di Federico Cammeo* 205

EUGENIO CANNADA BARTOLI, *Il ' Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa ' e il suo sistema* 279

VINCENZO CERULLI IRELLI, *Le prime trattazioni del diritto amministrativo italiano e il ' Corso ' di Federico Cammeo* 329

DUCCIO M. TRAINA, *La collaborazione ultraquarantennale alla ' Giurisprudenza italiana '* 369

NICOLETTA MARZONA, *Cammeo giurista ' puro ' e giurista ' pratico ' nei commenti alla giurisprudenza* 393

ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Il potere regolamentare in Federico Cammeo* 403

FABIO MERUSI, *L'equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo: alla ricerca dei fondamenti primi della legalità sostanziale* 413

ERMINIO FERRARI, *L'interesse legittimo secondo Federico Cammeo tra amministrazione e giurisdizione* 421

ALDO TRAVI, *Cammeo e i ricorsi amministrativi* 437

ANTONIO ANDREANI, *La valutazione del fatto nel giudizio amministrativo e gli apprezzamenti tecnici della pubblica amministrazione nel pensiero di F. Cammeo* 475

DOMENICO SORACE, *Il giovane Cammeo e i servizi pubblici* 511

MARIO P. CHITI, *Federico Cammeo comparatista* 531

CARLOS PETIT, *La anecdota americana de Federico Cammeo* 547

FRANCO CIPRIANI, *Federico Cammeo e la ' procedura civile '* 561

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Letture

I. Birocchi, *La carta autonomistica della Sardegna tra antico e moderno. Le ' leggi fondamentali ' nel triennio rivoluzionario (1793-96)* (M. Fioravanti) 591

A. Dufour, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire-Droit, individu et pouvoir de l'Ecole du droit naturel à l'Ecole du droit historique* (G. Marini)..... 595

Jacques Godefroy (1587-1652) et l'humanisme juridique à Genève. Actes du Colloque Jacques Godefroy (Donald R. Kelley) 609

L. Masmejan, *La protection possessoire en droit romano-canonique médiéval* (G. Rossi) 610

P. Prodi, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente* (A.M. Hespanha) 618

M.-J. Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914* (B. Sordi)..... 621

R. Seve, *Leibniz et l'Ecole moderne du droit naturel* (F. Palladini)..... 625

M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. B.II. 1800-1914 (B. Sordi) 630

Segnalazioni 639

A proposito di...

Marta Lorente, *Poesia como constitución: las razones de Clavero* 645

Carlos Petit, *El caso del derecho indiano* 665

Ancora su Lodovico Mortara

Vittorio Sgroi, *Intervento su ' Lo Stato moderno e la giustizia ' di Lodovico Mortara* 681

Giovanni Verde, *Vero e falso sull'autogoverno dei giudici secondo Mortara* 689

Ragguagli fiorentini

Attività del ' Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno ' nell'anno accademico 1992/93 701

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I collaboratori del ventiduesimo « Quaderno »

Massimo Severo GIANNINI
Prof. Emerito di Diritto amministrativo - Università di Roma I

Giuseppe MORBIDELLI
Prof. Ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato - Università di Firenze

Giulio CIANFEROTTI
Prof. Ordinario di Storia delle codificazioni moderne - Università di Siena

Maurizio FIORAVANTI
Prof. Ordinario di Storia delle costituzioni moderne - Università di Firenze

Bernardo SORDI
Prof. Straordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Eugenio CANNADA BARTOLI
Prof. Ordinario di Diritto amministrativo - Università di Roma I

Vincenzo CERULLI IRELLI
Prof. Ordinario di Diritto amministrativo - Università di Firenze

Duccio M. TRAINA
Ricercatore di Diritto amministrativo - Università di Firenze

Nicoletta MARZONA
Prof. Straordinario di Diritto amministrativo - Università di Brescia

Alessandro PIZZORUSSO
Prof. Ordinario di Diritto pubblico generale - Università di Pisa

Fabio MERUSI
Prof. Ordinario di Diritto amministrativo - Università di Pisa

Erminio FERRARI
Prof. Straordinario di Diritto amministrativo - Università di Ferrara

Aldo TRAVI
Prof. Ordinario di Diritto amministrativo - Università di Pavia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Antonio ANDREANI
Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico - Università di Firenze

Domenico SORACE
Prof. Ordinario di Diritto amministrativo - Università di Firenze

Mario CHITI
Prof. Ordinario di Diritto amministrativo - Università di Firenze

Carlos PETIT
Catedrático de Historia del derecho - Universidad Autónoma de Barcelona

Franco CIPRIANI
Prof. Ordinario di Diritto processuale civile - Università di Bari

Giuliano MARINI
Prof. Ordinario di Filosofia della politica - Università di Pisa

Donald R. KELLEY
Professor of History - Rutgers University (U.S.A.)

Giovanni ROSSI
Ricercatore di Storia del diritto italiano - Università di Trento

Antonio Manuel HESPANHA
Professor de Historia institucional moderna - Universidade Nova de Lisboa

Fiammetta PALLADINI
Consiglio Nazionale delle Ricerche - Roma

Luca MANNORI
Prof. Straordinario di Storia delle istituzioni politiche - Università di Genova

Paolo GROSSI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Marta LORENTE
Prof. Titular de Historia del derecho - Universidad Autónoma de Madrid

Vittorio SGROI
Procuratore Generale presso la Corte Suprema di Cassazione - Roma

Giovanni VERDE
Prof. Ordinario di Diritto processuale civile - Università di Napoli I

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano