

Margherita Ramajoli

**L'ESIGENZA SISTEMATICA NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO
ATTUALE (*)**

In Riv. trim. dir. pubbl., fasc.2, 2010

1. Alla ricerca dei punti di vista ordinanti del diritto amministrativo. — 2. Parte generale del diritto e sua indipendenza dall'esistenza di una normativa generale. — 3. Necessità di assicurare l'autonomia del diritto amministrativo dal diritto civile e individuazione di un suo fondamento specifico. — 4. Disomogeneità dello sforzo dottrinale nella costruzione di una parte generale del diritto amministrativo: a) sotto il profilo del metodo; b) sotto il profilo dell'individuazione del punto ordinante. — 5. Crisi e sepoltura della sistematica tradizionale. — 6. Pensiero problematico e pensiero sistematico. — 7. Le prospettive attuali nel segno di un obiettivo dottrinale condiviso.

1. C'è una pagina di Ranelletti su cui vale la pena soffermarsi a riflettere, perché, forse proprio grazie alla distanza che ci separa da quel modo di pensare ormai superato, aiuta a mettere a fuoco un'esigenza cui specialmente oggi sembra urgente cercare risposta.

Nella *Introduzione a Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, dopo aver osservato che «ormai nei migliori trattati sistematici di diritto privato all'esposizione delle regole, che governano i singoli istituti giuridici, si fa precedere una parte generale destinata a raccogliere e ad ordinare scientificamente tutti i così detti presupposti dei diritti e quei principii fondamentali, che hanno poi la loro applicazione nei vari istituti particolari», si deplorava come nel diritto amministrativo si fosse giunti solo ad una «trattazione dei *singoli* istituti», ma non alla «riunione di questi sotto principii generali comuni»; mancava infatti ancora «ciò, che dicesi una parte generale», per modo che «molto cammino resta ancora da fare alla scienza» (1).

Certo, per noi ha perso tutto il suo fascino, prima ancora che il suo significato, la domanda cui Ranelletti era condotto dalla riferita considerazione: «ma sarà possibile una teoria di questi atti amministrativi, come nel diritto privato è stata possibile la costruzione di una teoria generale dei negozi giuridici?».

Oltre a non risultare più accettabile né un'equiparazione tra atto amministrativo e negozio giuridico, né una teoria generale improntata alla centralità dell'atto amministrativo, il sistema elaborato dalla pandettistica tedesca, cui fa implicito riferimento Ranelletti, ha consumato da tempo la propria aura di perfezione scientifica.

Eppure, le parole introduttive del saggio del 1894 non si lasciano facilmente accantonare, pur dopo che se ne sia misurata tutta l'inattualità.

Riportando da quel lontano passato lo sguardo sulla situazione presente, viene anzitutto da chiedersi *quale cammino* abbia compiuto nel frattempo la scienza, visto che, se agli inizi la questione fondamentale era quella dell'autonomia del diritto amministrativo, adesso il problema centrale da affrontare è diventato quello della sua stessa ragion d'essere.

Sia il riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi sia l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno hanno minato alla base il dualismo su cui poggiava l'edificio del sistema tradizionale.

Questo vero e proprio spartiacque nella storia del diritto amministrativo, sopraggiunto dopo un lungo periodo di crisi delle concettualizzazioni basate sul modello della pubblica amministrazione autoritaria, ha prodotto una profonda incertezza sui fondamenti del sistema e una tendenza diffusa a rimettere in discussione anche le categorie più consolidate.

Inoltre, la creazione di figure organizzatorie sempre più complesse, in un intreccio poco limpido tra pubblico e privato, porta a domandarsi quale sia il grado di resistenza massimo del modello pubblicistico, mentre il continuo spostamento di confine tra diritto pubblico e diritto privato sembra attribuire un carattere contingente alle tradizionali regole di specialità riguardanti l'azione amministrativa (2).

Ulteriore fonte di disorientamento è rappresentata dal contesto in cui oggi le amministrazioni si trovano ad operare, che non è più esclusivamente nazionale. La

complicazione delle fonti del diritto amministrativo generata dall'integrazione comunitaria e la più generale perdita di centralità dello Stato nazionale per effetto dei fenomeni di globalizzazione revocano in dubbio la credibilità di un sistema edificato su presupposti ormai del tutto superati (3).

Il riflesso scientifico più immediato di queste trasformazioni, indubbiamente difficili da ricondurre a un quadro complessivo coerente, è che il diritto amministrativo, ora che inizia a consolidarsi rispetto al suo apparire nell'Ottocento, è messo in discussione da chi lo ritiene superato oppure da chi ne delinea trasformazioni tali da alterarlo completamente.

Se la questione del metodo per la scienza del diritto amministrativo è sempre stata centrale (4), non c'è da stupirsi che la messa in discussione del diritto amministrativo sia sopraggiunta in un momento di indubbia crisi sul piano metodologico.

Il superamento della dogmatica, con i suoi criteri assoluti di interpretazione delle norme, si è tradotto in una concezione scettica dell'interpretazione giuridica e in un ripiegamento nel descrittivismo (5).

La riflessione giuridica scompone le vecchie categorie, «rendendole, da monolitiche che erano, prismatiche», senza che però alla scomposizione segua una ricomposizione, perché il processo conoscitivo non si basa sull'individuazione di elementi che possano poi essere nuovamente assemblati, ma «sulla varianza fenomenologica e positiva delle nozioni e degli istituti», con la conseguente loro trasformazione in mere «morfologie descrittive» (6).

Con la relativizzazione del valore dei concetti giuridici, la sistematica tradizionale è entrata in crisi, ma mancano modelli nuovi e si afferma piuttosto un orientamento sincretista (7).

In un'epoca in cui dominano «l'eclettismo e l'indifferenza nei confronti delle concezioni generali del diritto», le direzioni degli studi si biforcano, «alcuni si avviano verso la deriva dell'attualismo, altri percorrono un realismo più ricco di quello talora predicato in passato» (8).

Contemporaneamente si registrano fenomeni di «tribalismo», in cui si concede attenzione esclusivamente agli studiosi della scuola di riferimento, generando una situazione di «pluralismo passivo», nella quale cioè coesistono indirizzi di ricerca diversi che non si incontrano e non si riconoscono (9).

Diventa quindi impellente l'esigenza di guardarsi indietro e riflettere — seguendo l'implicito riferimento di Ranelletti alla concezione della scuola storica tedesca (10) — su quale sia stato il cammino compiuto dalla scienza, sulle direzioni intraprese e non intraprese o abbandonate, sui presupposti che hanno determinato certi percorsi e sugli esiti che ne sono scaturiti.

Giustamente è stato avvertito, infatti, l'affiorare di «una rinnovata attenzione — esigenza, verrebbe a dire — per gli elementi comuni e fondanti, per le linee strutturali del sistema, per i collanti e le cerniere che ne consentono il funzionamento complessivo» (11).

Il riconoscimento di questa esigenza invita a osservare con maggiore attenzione il testo di Ranelletti, specie in due punti: laddove la parte generale del diritto viene considerata il compimento dell'ideale di sistematicità e laddove il compito nella realizzazione di tale ideale viene affermato come proprio della scienza e non della legislazione.

Il primo assunto ranellettiano, quello secondo cui l'ideale di sistematicità avrebbe trovato il proprio compimento solo nell'elaborazione di una parte generale del diritto amministrativo, fornisce il più interessante spunto di riflessione per il tempo presente.

Sotto questo profilo, l'indicazione rigorosa di Ranelletti costituisce un punto di riferimento imprescindibile anche oggi: nella parte generale si raccolgono e si dispongono ordinatamente tutti «i presupposti dei diritti ed i principi fondamentali destinati a trovare applicazione nei vari istituti particolari».

Tuttavia, Ranelletti dava per scontato che potesse valere per il diritto amministrativo quel che la pandettistica predicava per il diritto privato e cioè che i diritti nascono e si estinguono principalmente per effetto del «fatto volontario umano, cioè (di) quello che dicesi più propriamente *atto*», e che tale ruolo genetico

di situazioni soggettive nel diritto amministrativo spettasse alla dichiarazione di volontà della pubblica amministrazione, cioè all'atto amministrativo.

Ranelletti presupponeva, secondo l'opinione comune all'epoca, che il punto di vista ordinante del diritto amministrativo fosse rappresentato dall'azione delle pubbliche amministrazioni, le quali «raggiungono i propri scopi esercitando la propria potestà sulle persone sottoposte» (12).

Lo sforzo di costruire una parte generale del diritto amministrativo avrebbe potuto risolversi senza residui in una «teoria generale completa di tutti gli atti amministrativi», proprio perché non erano neppure concepibili dei «diritti» i quali non trovassero nell'atto amministrativo la loro fonte, cioè che non dipendessero per la loro esistenza dalla volontà della pubblica amministrazione, o, si direbbe oggi, dall'esercizio del potere amministrativo.

E così pure i principi generali del diritto amministrativo non avrebbero potuto pensarsi se non nei termini di principi regolativi dell'azione della pubblica amministrazione, di condizioni che l'amministrazione deve in generale rispettare nel perseguimento dei propri fini.

Ma ciò rappresentava all'epoca di Ranelletti una premessa indiscussa e poteva quindi costituire una base sicura per l'edificazione del sistema.

Nel contesto attuale, invece, quel che prima era pacifico appare ora come un problema e così diviene evidente la delicatezza del secondo profilo del testo di Ranelletti sopra sottolineato, secondo cui il problema della parte generale attiene al vigore della scienza, alla sua capacità sistematica, alla sua forza ordinante.

Se il compito di assicurare la sistematicità del diritto amministrativo spetta alla scienza giuridica, il problema fondamentale da affrontare è proprio quello del punto di vista ordinante, che funge da criterio di coerenza complessiva del sistema.

Se ci si chiede oggi quale debba essere il punto di vista ordinante di un'ipotetica parte generale del diritto amministrativo, la risposta non è affatto scontata, anzi occorre riconoscere che le posizioni della dottrina in argomento sono addirittura antinomiche.

Non a caso, è attorno a questo tema che ruota principalmente la tendenza a mettere in discussione la ragion d'essere del diritto amministrativo, cui sopra s'è accennato.

Alcuni ritengono infatti che i principi costituzionali e lo Stato di diritto trovino una migliore attuazione in un sistema in cui l'amministrazione utilizzi esclusivamente poteri e atti di natura privatistica, le categorie di interesse legittimo e di potere amministrativo siano sostituite con quelle di diritto soggettivo e di obbligo e si realizzi l'unità della giurisdizione con un giudice unico, non avendo più senso la giurisdizione amministrativa (13).

Questa posizione estrema è il frutto di un perfetto rovesciamento del punto di vista ordinante. Esso non è più l'amministrazione nel perseguimento dei suoi scopi, ma diventa quella «persona», la quale, di fronte all'amministrazione che pur persegue l'interesse pubblico, appare come soggetto di soli «diritti».

Come si cercherà di mostrare nelle pagine che seguono, la posizione ora riferita non fa che radicalizzare un'ambivalenza connaturata al diritto amministrativo ed è precisamente questa ambivalenza a costituire il problema della sua sistematicità.

2. La possibilità di ricondurre il diritto amministrativo a sistema è stata la convinzione profonda che ha animato lo sforzo, compiuto dalla nostra dottrina dopo la svolta orlandiana, di elevare il proprio oggetto di studio a dignità scientifica.

Nonostante il peso di opinioni venerabili come quella di Domat, secondo cui le materie del diritto pubblico «hanno quasi tutte le loro regole nel diritto arbitario» e sono giudicabili secondo criteri di opportunità e utilità, a differenza di quanto si realizza nel diritto privato (14), dall'ultimo quarto dell'Ottocento la giuspubblicistica europea aveva intrapreso la strada della costruzione sistematica del diritto amministrativo, assumendo a modello la parte generale del diritto privato.

A quell'epoca l'ideale sistematico si poneva come alternativa rispetto alla codificazione, secondo l'insegnamento della scuola storica tedesca.

Savigny aveva mostrato come il processo di individuazione della parte generale del

diritto fosse indipendente dall'esistenza di un codice e rappresentasse il compito specifico della scienza giuridica.

Per Savigny la compilazione di un codice recava in sé un grave pericolo, consistente nel fissare rigidamente lo stato attuale del pensiero giuridico, sottraendolo «alla naturale epurazione ed al raffinamento mediante il progressivo svolgimento scientifico» (15).

Savigny combatteva dunque la pretesa di innovare materialmente nel campo giuridico tramite la legislazione, perché vedeva il codice come una forzatura della vita giuridica.

Ma rifiuto della codificazione non significava per Savigny e i suoi seguaci accettazione del particolarismo giuridico. L'analogia con il movimento codificatorio va ravvisata nel fatto che entrambi elaborarono una dogmatica giuridica fondata sulla sistematica.

«lo pongo — scrive Savigny — l'essenza del metodo sistematico nel riconoscimento e nell'esposizione dell'intimo legame o dell'affinità, per cui i singoli concetti giuridici e le singole regole sono connesse in una grande unità». Tuttavia, secondo Savigny, «tutti i rapporti giuridici nella ricca e vivente realtà formano un tutto organico, che noi però siamo costretti a scomporre nelle sue parti per comprenderle successivamente e per poterle comunicare agli altri. L'ordine, pertanto, in cui noi disponiamo tali parti, può essere determinato solo da quella affinità, che noi giudichiamo preponderante» (16).

Su questa premessa la scuola storica e la pandettistica che ad essa era seguita avevano valorizzato al massimo grado l'opera dei giuristi, chiamati ad offrire una metodologia per la determinazione e lo sviluppo di un ordinamento unitario e coerente al suo interno.

La scienza giuridica diveniva in tal modo consapevolmente creativa: creativa del diritto tedesco del proprio tempo, che doveva essere il diritto romano, ma non il diritto romano classico o giustiniano, bensì, come suona il titolo di una delle maggiori opere di Savigny, il «diritto romano attuale».

La funzione creatrice dello spirito popolare (*Volksgeist*) deve essere letta in un senso particolare e non letterale: il popolo era inteso come il ceto dei giuristi (17).

In questa logica la scienza giuridica si poneva come mediatrice fra la legge immobile e la società in evoluzione, grazie allo strumento fornito dalla capacità sistematoria e quindi dal sistema.

La polemica di Savigny contro la codificazione era rivolta contro l'idea che il diritto potesse risolversi nella decisione legislativa, dovendosi invece riconoscere che il diritto si sviluppa come una lingua, cioè attraverso l'uso.

Del resto, nessuna parte generale del diritto è mai stata realizzata volontaristicamente dal legislatore, in quanto presuppone una graduale selezione di definizioni, principi e regole tra i molti possibili, che non può essere effettuata dal legislatore, ma è il portato di una elaborazione e di una saggezza giuridica che si formano in considerevoli periodi di tempo (18).

Infatti, laddove si è avuta una concreta esperienza codificatoria, come nel diritto privato, vi è sempre stata una lunga preparazione, giurisprudenziale e dottrinale, della materia, tale da costituire la premessa alla codificazione, e i redattori dei codici hanno sempre scritto testi in cui in filigrana si potevano leggere le opere dei maggiori esponenti della scienza giuridica, senza il cui lavoro sistematico non si sarebbe prodotta una codificazione (19).

La posizione anticodificatoria di Savigny è penetrata facilmente all'interno del diritto amministrativo italiano. Ciò sia perché i primi tentativi di costruzione sistematica del diritto pubblico, cui la nostra dottrina si rifaceva come esempio, erano maturati all'interno della scuola storica tedesca, sia perché in Italia, a differenza di quanto avvenuto in Francia, ove si ebbe, a partire dai primi dell'Ottocento, un lungo dibattito sulla codificazione amministrativa (20), quella prospettiva era stata, si può dire, accantonata ancor prima di nascere.

Da una parte, c'erano stati giuristi che avevano posto l'accento sullo sviluppo ancora insufficiente del diritto amministrativo, senza escludere affatto una codificazione. Anzi essi ponevano la codificazione come un traguardo ideale o forse anche necessario dell'evoluzione degli istituti pubblicistici, ma per ciò stesso

la rinviavano ad un futuro ben al di là da venire, senza precisare quale avrebbe dovuto essere il compito della scienza giuridica in quella prospettiva.

Così Manna sosteneva che «una legislazione ridotta in codice dimostra una intelligenza e coscienza massimamente esplicita, dimostra uno spirito già compreso e dominato dall'unità assoluta e eterna del giusto e del vero, e però un codice non suole apparire se non dopo lunghe disputazioni scientifiche delle scuole e dopo un forte e vivace ordinamento dello Stato» (21). Parimenti Meucci non negava *a priori* la possibilità di una codificazione, ma constatava che il diritto amministrativo «non ha ancora raggiunto quel grado di maturità e di svolgimento che è necessario o per tentare una codificazione o per dimostrarla impossibile» (22).

Dall'altra, c'erano stati giuristi che consideravano il diritto amministrativo ontologicamente insuscettibile di codificazione e la loro tesi risultò poi dominante.

Particolarmente chiaro sul punto fu Mantellini, secondo il quale «perocché siamo in materia dove non si può sfuggire all'arbitrio ... fra l'arbitrio dell'uomo e l'arbitrio della regola si rischia meno col primo che con il secondo ... Questa dell'opportunità è legge, è criterio costante da seguire nell'amministrazione ... Tanto la scienza, tanto l'arte di governo non si codificano» (23).

Naturalmente non si voleva dire con ciò che l'azione amministrativa, in quanto espressione dell'arte di governo, avrebbe dovuto essere affrancata da ogni vincolo giuridico. Emergeva piuttosto una sfiducia nel volontarismo del legislatore, correlata alla convinzione che fosse in ogni caso necessario salvaguardare la possibilità per l'amministrazione di adeguare la propria azione alle esigenze della realtà concreta, in cui si compendia appunto il concetto di opportunità (24).

Questi motivi assunsero una valenza programmatica con la presa di posizione metodologica di Orlando.

Secondo Orlando il diritto pubblico non era possibile oggetto di codificazione non solo per la sua poca elaborazione, ma soprattutto perché «l'indole» dei rapporti di diritto pubblico «non si presta, non che ad una codificazione, spesso nemmeno ad una dichiarazione legislativa» (25).

È la stessa materia che «si rifiuta di essere disciplinata in forma di criteri normativi o regole assolute», di essa è ammesso solo uno studio istituzionale, come si sviluppa nella incoercibile spontaneità propria di ogni fenomeno naturale (26).

Nella prospettiva tracciata da Orlando emergeva una pretesa indipendenza del diritto pubblico nei confronti delle fonti del diritto scritto, la quale sottendeva la ben più ampia problematica dello Stato di diritto e del principio di legalità.

Determinante è stata sul pensiero di Orlando l'influenza di Savigny e della concezione del diritto della scuola storica, cui dichiarava di appartenere, nonché la dialettica in essa emergente tra legge e diritto (27).

Come per Savigny il problema della creazione del sistema giuridico era indipendente dall'esistenza di una normativa generale, analogamente per Orlando la legge era unicamente dichiarazione e riproduzione di un sistema sottostante: il giurista «non vede nella legge se non la riproduzione di un principio giuridico di cui egli deve avere già notizia e coscienza, non può essere altrimenti tenuta in conto se non in quanto quel principio giuridico è in essa dichiarato, e in quanto dunque la legge rientra nel generale sistema del diritto» (28).

L'affermazione dell'insufficienza della legge come mezzo e criterio per definire ogni rapporto giuridico diveniva riconoscimento dell'autonomia dell'amministrazione dal potere legislativo e espressione dell'esigenza di preservare l'elasticità della «zona grigia» del potere amministrativo (29).

Nello stesso tempo, specie se raffrontata a opinioni come quelle di Mantellini, la posizione di Orlando introduceva l'idea che un diritto fosse comunque necessario per l'azione amministrativa e che lo sviluppo organico di questo diritto rappresentasse il compito essenziale della scienza giuridica.

3. Una volta riconosciuta l'esigenza di una costruzione dottrinale della parte generale del diritto amministrativo, occorre naturalmente affrontare il problema dell'individuazione del punto di vista ordinante del sistema, se il potere dell'amministrazione o la garanzia dei singoli.

I giuspubblicisti preorlandiani (Manna, Gianquinto e soprattutto Meucci) erano stati portatori dell'istanza di tutelare il singolo nei confronti dell'arbitrio del potere amministrativo, che essi interpretavano, alla maniera del liberalismo classico, come necessità di garantire ai diritti di proprietà e di libertà economica una sfera di intangibilità rispetto al governo del tutto simile all'idea anglosassone della *rule of law*.

Per quanto, come si è visto, i preorlandiani non credessero alla possibilità attuale di una codificazione del diritto amministrativo, essi invece credevano profondamente nella capacità del diritto comune di porsi quale argine invalicabile anche di fronte a scelte dettate da pretese ragioni di interesse pubblico.

Il segno caratteristico della loro dottrina fu infatti l'uso del diritto privato in funzione garantista, considerandolo come un insieme di principi che riguardavano pienamente anche i rapporti giuridici dell'amministrazione, alla quale, pertanto, si attribuivano le stesse caratteristiche dei soggetti privati.

I liberali giuristi preorlandiani intendevano stabilire principi e limiti permanenti all'attività dell'amministrazione di fronte alle incertezze della legge e tale compito era reso possibile anche da un utilizzo strumentale del diritto privato.

L'ordinamento giuridico era concepito come garante dei rapporti di mercato e lo Stato come guardiano notturno. In quest'ottica il diritto amministrativo non era nient'altro che una trascrizione dei principi del diritto privato e scopo di siffatta trascrizione diventava quello di sottolineare e di specificare i vincoli privatistici nei comportamenti amministrativi.

Questa visione trovò la più consapevole espressione in Meucci, il quale affermava che il diritto amministrativo «in molti punti è parte, in altri è svolgimento, in pochissimi modificazione del diritto civile inteso largamente ed a modo romano». L'Autore riconduceva espressamente questa affermazione al suo fondamento liberale, esprimendo la convinzione che i «contatti» tra diritto civile e diritto amministrativo «sono tanto più intimi in quanto una medesima ragione, *il favor del commercio*, genera le istituzioni e le forme sia amministrative sia commerciali» (30).

Un deciso stacco si verificò con Orlando, portatore di una esigenza di purificazione del metodo della scienza giuridica.

Siffatta esigenza era strettamente legata all'abbandono sia dell'impostazione garantista, sia dell'idea di un'integrazione del diritto amministrativo all'interno del diritto civile.

L'esigenza sistematica nasceva anzitutto come riflesso della necessità di assicurare l'autonomia del diritto amministrativo dal diritto civile, il che implicava la ricerca di un fondamento specifico e di principi distinti rispetto a quelli privatistici.

Per Orlando il diritto pubblico doveva concepirsi come un «complesso di principi giuridici sistematicamente coordinati» (31).

Da un lato, questi principi erano diversi da quelli di ordine politico, economico, sociologico o filosofico, cui frequentemente risultavano fino a quel momento frammisti (32); basti pensare all'opera di Romagnosi, ma anche al metodo sociologico utilizzato dai preorlandiani (33).

Dall'altro lato, come si è già sottolineato al paragrafo precedente, essi risultavano indipendenti rispetto ad una loro eventuale riproduzione in una legge positiva: «è la legge che suppone il sistema organico del diritto e non già il sistema giuridico che suppone la legge» (34).

Il bersaglio per l'aspirante costruttore del sistema era fornito dalla scienza giuridica che si ripiegava sull'esegesi. La riduzione del giurista ad esegeta faceva sì che non si avesse più una scienza del diritto, ma un'arida casistica, degenerazione dell'elemento pratico (35).

Di qui l'adesione al metodo logico giuridico, che risaliva per astrazione a raggruppamenti via via più generali fino ad attingere ai principi della materia, intesi come «realtà esistenti a livello ideale». Siffatta adesione allontanava la scienza giuridica non soltanto dalla legislazione, ma anche dalla concretezza dell'elaborazione giurisprudenziale, cui invece i preorlandiani erano stati assai vicini, spesso anche criticamente.

Per il capo della scuola siciliana, infatti, i principi giuridici si presentavano come una «realtà potenziale», che non poteva non trasformarsi in attuale, pur essendo ammissibili ritardi e errori legati ad eventuali limiti del processo razionale rivolto alla loro individuazione e alla determinazione delle loro implicazioni (36).

Sullo sfondo di questa impostazione l'utilizzo delle categorie del diritto privato assumeva tutt'altro significato.

Non si trattava più di assoggettare anche il potere amministrativo ai principi del diritto civile in funzione di tutela dei diritti, ma di servirsi dei concetti privatistici per edificare un sistema che fosse autonomo proprio dal diritto privato.

L'impiego del diritto privato aveva solo il fine di abituarsi ad una tecnica e ad un metodo giuridico, anche se la materia era ben diversa (37).

Orlando, infatti, dichiarava di volere costruire un sistema di diritto pubblico usando i paradigmi propri del diritto privato, ritenendo che solo il diritto privato fosse giunto ad un alto grado di perfezione tecnica, a causa della secolare elaborazione avuta nel diritto romano. La pandettistica costituiva dunque un ausilio di tipo tecnico, cui ricorrere allo scopo di individuare principi e regole proprie del diritto pubblico. I più raffinati e consolidati paradigmi privatistici servivano pertanto a creare un *corpus* centrale del diritto amministrativo tendenzialmente comune alle varie branche dominate da legislazioni disparate (38).

Il punto di partenza era che vi fosse una diversità di configurazione e di natura tra persone giuridiche private e persone giuridiche pubbliche. Dunque l'azione dello Stato e dell'amministrazione doveva essere regolata da principi diversi e speciali rispetto a quelli di diritto privato. Prevalsa quindi in Orlando la componente romantica reazionaria rispetto a quella moderata, anch'essa presente nel pensiero liberale dell'Ottocento (39).

Nei *Principii di diritto amministrativo* di Orlando del 1891, ritenuti la prima opera nella quale si fosse costituita in unità la scienza del diritto amministrativo (40), predominava una costruzione teorica in base alla quale si assumeva che lo Stato avesse in se stesso la propria legittimazione. Ciò consentiva, da un lato, di giustificare l'esistenza di poteri amministrativi innominati in forza della supremazia

speciale che l'amministrazione esercitava sui singoli, e, dall'altro, di ritenere che le stesse situazioni giuridiche soggettive individuali fossero concretamente dipendenti dalla volontà dello Stato, derivando in ultima analisi dall'esistenza dello Stato la loro stessa esistenza (41).

Tuttavia, si deve tenere presente che in Orlando operava soprattutto l'aspirazione a far sì che il sistema del diritto amministrativo contribuisse a creare quello Stato creatura positiva e storica che è il Regno d'Italia (42).

L'accentuazione, talvolta espressionistica, del ruolo dello Stato nella vita sociale, con tutto il suo apparato di autorità, di comando e di coazione, rifletteva la partecipazione del giurista al difficile processo di conversione dell'indirizzo politico generale dal liberismo ottocentesco all'interventismo sempre più massiccio. Vi era infatti la necessità di sostenere l'industrializzazione del Paese, di governare i processi di urbanizzazione e di contenere i conflitti sempre più forti fra le classi sociali.

Il processo di conversione dal liberismo all'interventismo fu particolarmente tormentato a livello giuridico, posto che l'affermazione dell'interesse pubblico comportava il sacrificio di interessi economici forti, i quali resistevano al cambiamento facendo valere in sede giurisdizionale l'intangibilità dei loro diritti di fronte all'esercizio del potere amministrativo (43).

Se è vero, dunque, che in Orlando vi era un «soverchio rilievo dato all'amministrazione nel sistema, a tutto scapito degli amministrati» (44), vero è, d'altra parte, che l'uso garantistico del diritto privato propugnato dai preorlandiani spesso finiva concretamente per divenire mezzo per la protezione di privilegi individuali e per aumentare le diseguaglianze (45).

È quindi importante sottolineare come, per tutto il periodo che corre dall'Unità all'epoca giolittiana, mentre si formava la scienza del diritto amministrativo, l'interesse pubblico sia stato più recessivo che dominante rispetto all'interesse privato, specie a livello delle singole controversie.

Ricordando l'insegnamento per cui il diritto è «frutto di esigenze economiche, di lotte e di contrasti, di orientamenti e di interessi divergenti, nel loro svolgimento

dialettico» (46), e considerando che anche le costruzioni della scienza giuridica sono parte di questo svolgimento, si può mettere in relazione l'assoluta superiorità sull'interesse privato che l'interesse pubblico acquisì idealmente nel sistema orlandiano con l'esigenza di ribaltare un rapporto di forze che storicamente si presentava ancora in senso rovesciato.

4. La dottrina successiva alla svolta orlandiana si caratterizzò indubbiamente per uno sforzo sistematico largamente condiviso, ma i modi di interpretare questo compito non furono affatto omogenei, né sotto il profilo del metodo, né sotto il profilo dei valori soggiacenti al sistema.

a) Per quanto riguarda il metodo, fin dall'inizio si delinearono chiaramente due tendenze contrapposte. La prima, più legata all'insegnamento della scuola storica, concepiva il sistema come il risultato cumulativo dell'opera svolta gradualmente dalla scienza giuridica, per dare forma alla materia del diritto vivente (Ranelletti, Presutti). La seconda, maggiormente influenzata dal concettualismo della pandettistica, concepiva il sistema come il risultato della posizione di principi generali coordinati in un insieme coerente, a partire dai quali fosse possibile ricavare deduttivamente tutte le articolazioni particolari del sistema (Santi Romano, Zanobini).

Invero anche Orlando aveva fatto esplicita dichiarazione di adesione ai canoni della scuola storica, ma egli avvertiva il bisogno più di allontanarsi che di dare forma alla materia del diritto positivo, sospinto com'era dalla polemica contro l'esegesi verso la teorizzazione astrattamente deduttiva (47).

Così, iniziatore del metodo della costruzione graduale del sistema a partire dalla frammentata realtà positiva fu Ranelletti, con i suoi già menzionati studi sulle autorizzazioni e concessioni amministrative (48).

Dopo aver posto, nel modo che si è visto, la teoria generale dei negozi giuridici come esempio ideale da seguire, Ranelletti sottolineava la «somma difficoltà di un tale compito» e così proseguiva: «a me pare impossibile ora, col materiale scientifico che si può avere, il tentare direttamente la costruzione di una teoria generale completa di tutti gli atti amministrativi; e mi pare che piuttosto si debba procedere per gradi; che si debba cominciare a raggruppare insieme quegli atti

amministrativi, che presentano maggiore eguaglianza di caratteri, e si debbano costruire teorie parziali, cioè per singoli gruppi di atti amministrativi» (49).

Di contro all'urgenza orlandiana di affermazione dei principi, Ranelletti sottolineava che ai principi non si giunge elevandosi dalla confusa e disorganica legislazione amministrativa, ma elevando quella legislazione, attraverso una faticosa opera di interpretazione, confronto, generalizzazione e sistemazione delle sparse discipline settoriali (50).

Il metodo proposto da Ranelletti, pertanto, identificava nella parte speciale del diritto amministrativo la materia informata su cui esercitare l'opera sistematica di identificazione dei concetti generali e di estrazione dei principi fondamentali. In tal modo si rendeva chiaro come il compito di edificare il sistema consistesse non nella sovrapposizione di una parte generale alla parte speciale, ma nella costruzione di una parte generale a partire dalla parte speciale (51).

Anche Presutti insistette particolarmente sulla necessità di una parte generale del diritto amministrativo in cui fossero esposti i principi comuni ai vari istituti, «quei principi cioè che trovano applicazione ogni qual volta, sia qualunque il fine d'interesse pubblico che l'amministrazione persegue, viene spiegata un'attività rientrante in quella determinata categoria giuridica». Ma siffatta parte generale presupponeva necessariamente una parte speciale in cui fossero esposte le norme particolari, regolanti l'attività amministrativa solo in quanto essa si indirizzava a determinati scopi di pubblico interesse (52).

Alla parte generale, pertanto, non si poteva giungere direttamente, mediante una teorizzazione astratta, ma solo gradualmente, attraverso generalizzazioni successive condotte a partire dall'analisi del diritto positivo: «ogni trattazione sistematica di una disciplina giuridica» è «un coordinamento di norme generali, che si tenta di sottordinare a norme sempre più generali, finché si giunge ad un principio generalissimo, che è quello fondamentale della disciplina». E solo quando si fosse completato questo processo induttivo risultava possibile ridiscendere deduttivamente verso la concretezza del diritto positivo, al fine di applicare i principi alla soluzione di nuovi problemi: «così abbiamo un principio fondamentale, che domina e governa ogni attività amministrativa, dei principi meno generali che governano e regolano l'attività amministrativa, ogni qual volta questa ha un

determinato carattere giuridico ed infine abbiamo delle norme ancor meno generali, che governano e regolano l'attività amministrativa, solo in quanto questa s'indirizza al raggiungimento di determinati scopi di pubblico interesse» (53).

Come Ranelletti, Presutti percepiva la legislazione amministrativa quale un caos che richiedeva di essere pazientemente ordinato e riteneva che una teorizzazione puramente astratta avrebbe finito per abbandonare questa legislazione a se stessa, condannando la teoria a un isolamento privo di presa effettiva sulla realtà dell'ordinamento amministrativo.

Prese invece nettamente la strada di una teorizzazione alta, da cui deduttivamente far discendere le articolazioni del sistema, Santi Romano. Secondo quest'ultimo «la scienza del diritto amministrativo ha scopo non descrittivo, ma costruttivo di teorie giuridiche» (54).

Fu così che un tema fino a quel momento carico di tensioni politiche e ideali quale quello dei diritti pubblici soggettivi venne ricondotto al dominio della tecnica giuridica mediante la costruzione di «nozioni sistematiche». Parimenti, nei *Principii* la complessa materia del diritto amministrativo fu organizzata attorno a nove teorie, cui ricondurre la soluzione di qualsiasi problema pratico si fosse presentato (55).

Fin dal loro primo apparire nel 1902, fu acutamente rilevato proprio da Presutti che i *Principii* di Romano indicavano una via di sviluppo della scienza del diritto amministrativo non complementare, ma antitetica e alternativa a quella suggerita da Ranelletti (56).

E in questo senso si deve intendere la differenza, rilevata da Giannini, tra la tendenza *dogmatica*, che ripartiva la materia in teorie generali, propria di Santi Romano, e la tendenza *contenutistica*, che studiava le materie amministrative secondo il loro intrinseco e naturale contenuto, propria di Ranelletti e di Presutti (57).

Le due segnalate tendenze metodologiche non hanno in effetti trovato modo di ricomporsi negli sviluppi successivi della riflessione dottrinale, ma neppure si può dire che una sia riuscita a prevalere nettamente sull'altra, sebbene l'esigenza di costruire la parte generale dal basso sia risultata recessiva, rispetto alla tendenza

alla teorizzazione sganciata dalla realtà del diritto positivo.

Piuttosto, si deve rilevare come quella divaricazione iniziale nel modo di intendere il lavoro sistematico abbia prodotto una frattura, che pare ancora oggi incolmabile, tra parte generale e parte speciale del diritto amministrativo.

Questo iato tra la perfezione puramente astratta della parte generale e il descrittivismo privo di prospettive unificanti della parte speciale è il segno caratteristico dell'opera di Zanobini.

Il *Corso di diritto amministrativo*, con la sua parte generale improntata alla pura simmetria concettuale e la sua parte speciale minuziosamente china sulla descrizione della disciplina dei compiti e dei mezzi particolari di azione della pubblica amministrazione, conteneva in sé l'applicazione simultanea dei due metodi e la dimostrazione della loro incompatibilità, perché la teoria generale costruita dall'alto non riusciva a scendere fino a incontrare la parte speciale, né l'analisi della parte speciale riusciva a trovare la via di un'ascesa progressiva verso la parte generale (58).

È stato osservato che con Zanobini si ebbe «la riduzione a sistema armonico di un campo smisurato quale era quello della legislazione amministrativa» (59).

Tuttavia, mantenendo la saldezza e la purezza dei principi nei primi due volumi del *Corso*, e la fedeltà al metodo del positivismo legislativo nei tre successivi, si è in realtà consumata una separazione, perché in questa maniera «l'esposizione dei principi e la ricognizione del diritto positivo andavano per strade diverse» (60).

b) La realtà è che, nella linea ideale che unisce il metodo di Orlando, di Santi Romano e di Zanobini la teoria generale svolgeva una funzione *aprioristica* rispetto al diritto positivo e quindi non poteva essere che indipendente da questo (61).

Tale funzione era quella di mantenere fermo che il punto di vista ordinante del sistema è il potere della pubblica amministrazione, non la garanzia dei singoli di fronte alla possibilità di abuso di quel potere.

Due sono gli assi funzionali che, pur con varietà di accenti, sorreggono il

concettualismo proprio dell'indirizzo metodologico pressoché dominante nella prima sistematica del diritto amministrativo.

Da un lato, la dimostrazione della necessità della discrezionalità amministrativa, in un più ampio contesto autoritario di riferimento, nel quale l'amministrazione è concepita come potere originario incarnante un ordinamento giuridico autonomo e la necessità diviene il fatto normativo fondamentale. Dall'altro, l'uso del diritto privato quale mera tecnica, unito all'accentuazione della specialità del diritto amministrativo e alla tendenza a pubblicizzare anche i rapporti di diritto privato con la pubblica amministrazione (62).

Gran parte di questi presupposti erano naturalmente comuni alla dottrina amministrativistica dell'epoca. Tuttavia soltanto l'assegnazione di una funzione aprioristica alla teoria generale comportava il rischio di produrre un dogmatismo con scarso aggancio con la normativa, con la giurisprudenza e con la realtà amministrativa complessivamente intesa (63).

Si pensi nuovamente a Ranelletti, la cui opera è interamente innervata dalla convinzione per la quale «il diritto è solo dallo Stato e nello Stato», lo Stato è «la sintesi della cosa pubblica» e «ha assorbito tutto il potere d'impero sulla società, ponendosi come unico titolare di esso», per modo che nella relazione tra Stato e cittadini il «punto logico di partenza non è la libertà, ma lo Stato» (64).

Malgrado la comunanza del punto di vista, per Ranelletti la parte generale, come si è visto, costituiva un compito da realizzare, il sistema non poteva darsi per scontato e lo stesso utilizzo del diritto privato non rappresentava la ricerca di una perfezione tecnica nell'esposizione di una specialità del diritto amministrativo già data *a priori*, ma piuttosto il ricorso allo strumento che egli, da romanista, riteneva il migliore anche «per individuare principi e regole *propri* del diritto pubblico» (65).

Ma, soprattutto, si deve ricordare Cammeo, in cui l'uso della dogmatica pandettistica fu ben lungi dal mascherare sotto un velo di tecnicismo i presupposti autoritari della costruzione giuridica. Tale utilizzo, di contro, serviva a rendere quasi palpabile la tensione tra le ragioni dell'interesse pubblico e le esigenze di garanzia dei singoli, mostrando la non riconducibilità del diritto amministrativo a una teoria ordinata attorno ad un unico punto di vista.

Come colse mirabilmente Miele, Cammeo traspose direttamente nel diritto amministrativo i concetti elaborati dai pandettisti perché mirava a costruire la parte generale di una materia «in cui è viva la presenza degli amministrati accanto ai soggetti attivi di pubblica amministrazione» (66).

Nella sua impostazione trovava di nuovo espressione l'idea dell'unità di diritto pubblico e privato, che era stata, come si è visto, dei preorlandiani: diritto pubblico e diritto privato sono «intimamente connessi», sono «due aspetti di un medesimo fenomeno sociale», con la conseguenza che il rapporto giuridico «si svolge nello stesso modo» (67).

Il programma caratteristico del *Corso* — «mi propongo di esporre tale parte generale (del diritto amministrativo) secondo il sistema seguito nel diritto privato, tenendo conto delle analogie e delle differenze» (68) — si basa sulla convinzione secondo cui i singoli non sono semplicemente *soggetti al*, ma sono contemporaneamente anche *soggetti di fronte al* potere amministrativo, nel senso che ad essi, proprio in quanto singoli, è dovuto il rispetto di una sfera non disponibile neppure in nome dell'interesse pubblico.

Di qui appunto l'applicazione diretta al diritto amministrativo di istituti privatistici quali il rapporto giuridico, il negozio giuridico, il diritto soggettivo e l'azione, interpretati come espressioni di un senso del giusto e dell'equo, che rischiava di essere soffocato dalla predominanza del punto di vista del potere pubblico all'interno del diritto amministrativo in via di formazione (69).

Il particolare interesse del tentativo di Cammeo risiede però non tanto in ciò che lo avvicinava ai preorlandiani, quanto piuttosto in ciò che lo differenziava da essi. Come è stato sottolineato, infatti, pur essendovi una «convergenza» tra preorlandiani e Cammeo, tuttavia quest'ultimo è «giurista dell'età della pubblicizzazione, anche se dalla vulgata più diffusa di questa prende le distanze su molti profili» (70).

Mentre i preorlandiani facevano del diritto privato uno strumento di resistenza contro l'espansione del diritto pubblico, Cammeo operava in un momento storico nel quale quella espansione si era ormai consolidata e la sua riflessione non deve

essere interpretata come un tentativo di riguadagnare al diritto privato il terreno perso nei confronti del diritto pubblico (71).

Così Cammeo si proponeva di trapiantare proprio all'interno della disciplina del potere amministrativo la logica di quella sfera indisponibile del singolo che vedeva incarnata negli istituti privatistici sopra ricordati, specialmente in quello di rapporto giuridico. Il che però significava la ricerca di un equilibrio assai difficile tra il punto di vista del singolo e il punto di vista dell'interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione.

La difficoltà dell'innesto di quei concetti nel mondo dell'*imperium* e della discrezionalità amministrativa è stata spesso vista come un fallimento del tentativo di Cammeo (72).

Ma, in realtà, essa ha costituito invece un lascito importante per la riflessione successiva, indicando che la problematicità della parte generale nel diritto amministrativo consiste nella difficoltà di definire i contorni del potere amministrativo e delle situazioni soggettive dei singoli *nei loro reciproci rapporti*.

5. Le tensioni irrisolte e le contraddizioni interne al disegno perseguito dalla dottrina nella fase della costruzione dell'edificio teorico del diritto amministrativo si sono alla fine tradotte in quella tendenza ad *uscire dal sistema* per ritrovare la concretezza della realtà giuridica e partecipare più intimamente alle sue trasformazioni, che caratterizza l'epoca successiva alla Costituzione.

Vi sono due Autori che, avendo sentito e discusso in maniera particolare questa esigenza, possono considerarsi i rappresentanti dell'epoca in esame.

Il primo è Benvenuti, perché la sua riflessione si presenta come un ponte tra la tradizione sistematica e l'istanza di rinnovamento, grazie al suo tentativo di contemperare le esigenze costruttive del formalismo con quelle del realismo giuridico.

In primo luogo, egli ritenne il metodo giuridico tradizionale non più sufficiente a cogliere la mutevole essenza dell'amministrazione e propugnò apertamente l'adozione di un metodo giuridico «concreto, pratico, casistico».

«Non si dovrà mai dimenticare — afferma Benvenuti — che il diritto trae la sua stessa ragione di esistenza dalla Società che esso ordina e quindi occorrerà tener presente, accanto alle esigenze del sistema giuridico, le esigenze del sistema sociale in cui esso vive» (73).

Si assistette così al declino del metodo giuridico puro, il quale, come è stato osservato, entrò in crisi quando la purezza dei concetti cessò di essere lo specchio di un'impostazione ideologica radicata in una data struttura politica e sociale. È la modifica della struttura di riferimento a scoprire l'apparato concettuale lasciandolo senza sostegno (74).

In questo quadro, che fa risaltare la storicità e la strumentalità della dogmatica, la scienza del diritto amministrativo è in grado di divenire scienza (anche) dell'esperienza giuridica (75).

Ma, in secondo luogo e in apparente contrasto con la direttiva antiformalista appena tracciata, Benvenuti non abbandonò mai la prospettiva alta e non scese al mero descrittivismo.

L'Autore distinse il «diritto dell'amministrazione» dal «diritto amministrativo». Il primo destinato ad occuparsi dell'intero fenomeno dell'amministrazione come storicamente condizionata, «con i suoi reali presupposti e le sue reali esigenze, con le sue possibilità e le sue difficoltà, con i suoi scopi e i suoi risultati». Il secondo, invece, «è e deve essere un sistema di teorie e di principi, di istituti e di concetti che originati, all'inizio, dallo studio dell'attività amministrativa e dell'organizzazione amministrativa ... hanno rilevato di avere in sé un valore superiore e più generale» (76).

Questo sistema di teorie e di principi, di istituti e di concetti era ottenibile solo facendo emergere il legame con valori istituzionalizzati, specie a livello costituzionale. Si assistette così ad una «proiezione verso il futuro, proposto dai precetti costituzionali, nell'ambito di una visione realistica della amministrazione propria di uno Stato sociale» (77).

In Benvenuti prevalse dunque la formulazione di modelli ottimali, talvolta tratti

dall'osservazione della realtà, talaltra in termini prescrittivi (78).

Ne risultò una concezione del diritto amministrativo che spostò il baricentro verso la difesa delle libertà e dei diritti degli amministrati, come mostra la formula benvenutiana di «nuovo cittadino», in grado di incidere in modo sostanziale sull'esercizio del potere pubblico, alla stregua di un co-amministratore (79).

Più complesso il contributo offerto da Giannini alla costruzione della parte generale del diritto amministrativo. Chiaro e fondamentale è l'apporto fornito in termini di *pars destruens*.

A Giannini essenzialmente si devono l'emancipazione del diritto amministrativo dalle impostazioni privatistiche, il più generale rifiuto della pandettistica, l'apertura a profili non giuridici, la visione pluralistica e conflittuale del diritto amministrativo, luogo di scontro e di contrapposizione tra interessi, l'emersione del «principio della relatività», evitando di fare assurgere a dogma di valore universale figure storicamente condizionate (80).

Diverso il discorso in termini di *pars construens*. Il contributo costruttivo di Giannini alla parte generale del diritto amministrativo segue una vera e propria parabola.

In un primo tempo Giannini insistette molto sulla necessità di una parte generale, affermando che «l'esservi un sistema significa che le norme di diritto amministrativo sono interconnesse in un insieme organico, retto da principi ordinati gerarchicamente: da principi immediati, cioè immediatamente sovrastanti le norme, si sale ai principi superiori e a principi generali. Questi a loro volta inquadrati nei principi generali dell'ordinamento dello Stato ... Dalla sistematicità del diritto amministrativo deriva la conseguenza che l'integrazione automatica delle norme ... avviene in primo luogo nell'interno dello stesso sistema, cioè con altre norme e principi della normazione amministrativa, e solo in ulteriore istanza integrativa è dato risalire a principi non propri della normazione amministrativa» (81).

In altri termini, «dire che il diritto amministrativo forma una branca della normazione positiva» non può significare altro che «vi è un complesso notevolmente vasto di norme ordinate in principi e dominate da principi generali abbastanza precisi, le quali si connettono le une alle altre secondo relazioni interne al complesso

medesimo» (82).

Quanto alle linee essenziali di questo sistema, esse furono riprese da Hauriou (esecutività del provvedimento amministrativo, controllo sugli agenti amministrativi da parte di altri agenti amministrativi, gerarchia, garanzia amministrativa dei funzionari, divieto al giudice di imporre all'amministrazione di fornire i propri servizi, dominanza del principio di salvezza dell'interesse pubblico) e risultano assai tradizionali, come ebbe a dimostrare chi successivamente si è occupato di imperatività dei provvedimenti amministrativi (83).

Successivamente, però, la critica al formalismo e al concettualismo giuridico condusse Giannini non solo a porre l'attenzione sul diritto positivo, sulla giurisprudenza e sui fattori non giuridici della vita associata (sociali e sociologici, politici e politologici), ma anche a relegare in secondo piano il tema della parte generale del diritto amministrativo (84).

Anzi si può dire che a partire da Giannini il tema della parte generale del diritto amministrativo venne avvertito come un problema da rimuovere, visto che si ritenne più pressante l'esigenza di de-costruire un ordine consolidato che appariva vetusto con il suo carico di autoritarità onnipervasiva.

Successivamente agli interventi di Benvenuti e Giannini non solo la sistematica tradizionale è entrata in crisi, ma è la stessa esigenza sistematica ad essere stata sepolta.

Tante e importanti sono state le acquisizioni dottrinali di questi decenni, che percorrono trasversalmente l'intero diritto amministrativo: il riconoscimento della moltiplicazione dei centri di formazione del diritto, che, tra l'altro, ha portato con sé la fine dell'atteggiamento nazionalistico; l'abbandono del legalismo tradizionale e l'approdo ad una concezione maggiormente estesa della legalità; la ricerca variamente condotta per ritrovare il contatto con il diritto legislativo e giurisprudenziale; la depurazione delle categorie ricevute dalle incrostazioni ideologiche del passato; il ripensamento della teoria della tripartizione dei poteri dello Stato e della loro separazione; la spinta verso una piena assunzione del diritto amministrativo nel nuovo ordine costituzionale; la consapevolezza della necessità di dedicare attenzione non solo alle regole, ma anche alle loro

conseguenze; un maggiore interesse verso i diritti stranieri e la conoscenza comparatistica; la negazione diffusa dell'astratto metodo dogmatico in quanto formalistico (85).

Tuttavia, in un'ottica che privilegia l'esigenza sistematica nel diritto amministrativo non ha senso dilungarsi sulla scienza giuridica degli ultimi decenni (86), perché, per quanto qui viene in rilievo, essa è condizionata, più o meno consapevolmente, dall'eredità di Giannini e dalla sua carica di decostruzione.

Carica di decostruzione che, si badi bene, è dato riscontrare non solo nell'attuale scienza italiana del diritto amministrativo, ma anche in quella francese, tedesca e spagnola, che parlano di processo di «destrutturazione» del diritto amministrativo e di «destabilizzazione» del modello tradizionale, di «*panne de sens*», di «*ère de l'indécidable juridique*» (87).

È come se la riduzione della dogmatica al suo tempo storico e le trasformazioni sociali, economiche e istituzionali avessero reso l'universo giuridico irriducibile al pensiero sistematico e, quindi, sistematicamente incomprensibile.

6. Dunque la direzione seguita dalla scienza giuridica degli ultimi cinquant'anni non è stata *verso il*, ma *via dal* sistema.

La scienza non si è affatto incamminata lungo la progressiva edificazione del sistema cui pensava Ranelletti, ma ha invece dato il sistema astrattamente per scontato. Così è stato a un certo punto necessario liquidare il sistema stesso, o comunque uscirne fuori, per ritrovare il contatto con la realtà del diritto amministrativo.

Se, secondo il noto giudizio di Giannini e ribadendo quanto osservato ai paragrafi precedenti, nella prima metà del ventesimo secolo la sistematica e il metodo del diritto amministrativo erano sviluppati, mentre insufficiente attenzione era tributata alle relative problematiche (88), proprio perché vi era una perentoria chiusura verso gli aspetti o i contenuti dei problemi non afferrabili dal punto di vista del sistema, invece, nella seconda metà del secolo e ai giorni nostri la situazione si è ribaltata. Importanza centrale è data alle problematiche, ma si sono persi di vista «l'insieme, le linee portanti, l'architettura» del diritto amministrativo (89).

La reazione agli eccessi provocati dal formalismo, dall'astrazione e dalla pretesa di fissità è stata la fuga dalla tensione sistematica.

La fuga dal sistema è fenomeno che accomuna la scienza del diritto amministrativo a tutta la scienza giuridica e, più in generale, alla scienza intera.

Infatti la scienza attuale mostra un'indubbia propensione per il pensiero problematico, che promuove nell'interprete la coscienza della storicità della propria situazione e un senso più avvertito della relatività delle categorie concettuali utilizzate.

Il sapere problematico fa apparire anacronistico il tradizionale sapere sistematico e la necessità che esso si porta dietro di elaborazione di una parte generale. Il *pensiero-sistema*, orientato a ragionare sulla base o all'interno del sistema in forma deduttiva, appare superato, mentre domina il *pensiero-problema*, che si mantiene in un'indagine aperta (90).

Ma l'esigenza sistematica è esigenza di carattere universale e trasversale, nel senso che attraversa, non solo tutti i rami del diritto, ma anche tutti i saperi e tutte le scienze. Se la sensazione è quella di un ritorno indietro nel tempo, essa è del tutto corretta, perché l'intento è quello di giungere alla chiusura del cerchio aperto agli inizi (91).

Come è noto, la nozione di sistema ha origine nel pensiero filosofico antico come rappresentazione della totalità del reale inteso come organismo. Poi essa subisce un processo di sviluppo. Nel razionalismo la nozione di sistema si viene a fondare sulla coerenza deduttiva, avendo a modello la conoscenza matematica. Con Kant si trova a poggiare sul carattere unitario del principio che presiede al legame tra i diversi assiomi. Infine nei grandi sistemi idealistici postkantiani si incentra sullo stesso insieme di verità (di dottrine) in virtù di leggi ad esse intrinseche (92).

Si registra dunque un passaggio da un sistema a carattere esterno e aperto ad un sistema interno e chiuso, le cui basi sono il formalismo etico kantiano, lo scientismo, inteso come universalizzazione del modello delle scienze naturali, e, per quanto riguarda specificamente il campo del diritto, il positivismo giuridico (93).

Dal punto di vista strettamente giuridico il principale artefice del sistema chiuso e rigido è comunemente ritenuto essere Savigny. Vero è che con Savigny il concetto di sistema perde la sua caratteristica di proposizioni tra loro logicamente coordinate e diventa connessione organica di istituti (94).

Tuttavia Savigny aveva già osservato che «chi si occupa del diritto va naturalmente soggetto a un doppio pericolo: di lasciarsi dalla teoria trasportare nelle vuote astrazioni di un preteso diritto naturale, di lasciarsi dalla pratica trascinare ad un mestiere meccanico senza intelligenza e insoddisfacente» (95).

Per questa ragione l'Autore guarda come modello al diritto romano, dal momento che per i giuristi romani «non c'è in fondo differenza fra teoria e prassi: la loro teoria è sviluppata fino all'applicazione immediata, e la loro prassi è costantemente nobilitata dalla trattazione scientifica. In ogni principio essi vedono al tempo stesso un caso di applicazione, in ogni caso giuridico al tempo stesso la regola che lo disciplina» (96).

La versione più raffinata del sistema chiuso è rappresentata non tanto quindi dal Sistema di Savigny quanto piuttosto dalle Pandette di Windscheid. Solo esse sono caratterizzate, oltre che dai dogmi della coerenza, della completezza e dell'unità del sistema, dal tentativo di enucleare la *ratio* oggettiva dalla legge, liberandola dal suo isolamento empirico mediante il procedimento di interpretazione logico-sistemica. In esse si rompe la connessione tra prassi e teoria, tra analisi esegetica e ricostruzione sintetica e il sistema diviene solo pensiero astratto (97).

Questa alterazione del concetto di sistema ha impedito di cogliere gli elementi positivi sottostanti alla ricerca dell'ordine giuridico. E difatti la reazione alla chiusura del sistema non tarda a venire e si manifesta in una crisi generalizzata del pensiero sistematico, soppiantato dal pensiero empirico, dal pensiero storico e dal pensiero problematico.

Ad Hartmann si deve così la contrapposizione tra pensare sistematico e pensare problematico, mentre nel mondo del diritto la discussione è stata dominata dal «manifesto metodologico» pubblicato nel 1953 da Viehweg, che ha contrapposto al metodo sistematico la tesi della struttura «topica» del pensiero giuridico,

intendendo la topica come la tecnica del pensiero «indirizzata verso il problema», ossia «la tecnica del pensare problematicamente» (98).

Tuttavia la dottrina più accorta ha osservato che l'inidoneità di un sistema logico-deduttivo chiuso non dovrebbe «necessariamente condurre all'alternativa-esclusiva del solo pensiero problematico». Il diritto vivente e il pensiero problematico non sono le uniche alternative residue dalla crisi del pensiero sistematico. Il rifiuto quindi deve riguardare non tanto l'idea del sistema, quanto il pregiudizio che il sistema debba essere completo e definitivo. È possibile lasciare ancora uno spiraglio alla formazione di un sistema aperto, che racchiuda anche quei punti di vista e quei problemi la cui soluzione non è raggiungibile in forma logica-deduttiva (99).

La conciliazione dell'esigenza sistematica con quella problematica si profila nella concezione del «pensiero o sapere come concatenazione coerente di problemi e, ancor meglio, in quella del sapere come problema e relativa soluzione» (100).

Predicare la necessità di un sistema non è espressione di una mentalità anacronistica e astorica. L'esigenza sottesa al pensiero sistematico non è destinata a venire mai meno, perché essa corrisponde ad un bisogno reale di coerenza e di sintesi. Sebbene il modello sistemico nella sua teorizzazione classica non possa più essere utilizzato, in tutte le scienze l'idea stessa di sistema mantiene il proprio valore, distinguendosi dalle antiche classificazioni e mirando a controllare i comportamenti dinamici degli oggetti (101).

7. Così, nello specifico campo del diritto e del diritto amministrativo in particolare, la costruzione sistematica è una spinta che proviene dall'interno della scienza. Come è stato osservato, la ricerca di «principi generali» è da interpretare «non solo come tentativo di creare *ideologie giuridiche* (o *mitologie giuridiche*) ma anche come bisogno di un ancoraggio — simile a quello del codice — che permetta affermazioni che non siano descrittive» (102).

La scienza giuridica è in grado di acquisire un ruolo centrale solo se tende alla costruzione di un diritto orientato sistematicamente. In un'epoca complessa, confusa e ambigua come la nostra, è il momento del rigore concettuale, del sistema, della sintesi costruttiva, degli orientamenti di fondo irrinunciabili del diritto

amministrativo. La scienza del diritto, di fronte alla dispersione e al disordine, deve assumere un atteggiamento di dominanza e non di legittimazione dei medesimi. È compito della dottrina costruire un quadro per i cambiamenti in una prospettiva che sia al tempo stesso generale e speciale (103).

Due grandi Autori aiutano a cogliere lo stretto viluppo che esiste tra l'esigenza di una parte generale del diritto, da un lato, e il ruolo e il senso del lavoro della scienza giuridica, dall'altro.

Se Ascarelli scriveva che «nell'attuale crisi di valori, il mondo chiede ai giuristi ... di riprendere e riesaminare i concetti fondamentali, per uscire da un disordine nel quale si alternano sovversivismo e reazione» (104), Benvenuti ha precisato in tempi più recenti che la posizione centrale del giurista è «ancora inevitabile» nel caso in cui, «in luogo di considerazioni episodiche, di attenzioni portate più alla materia che al suo significato generale», «si voglia approdare, come si deve, ad una visione che sia rigorosamente fondata su un metodo interno alla materia e non ad esso esterno: appunto al metodo giuridico. Il quale presuppone una tendenza non solo ... alla scelta corretta delle idee essenziali, ma alla funzione costruttiva di quelle idee o concetti che dir si voglia» (105).

Non solo dunque scelta corretta delle idee essenziali, ma anche funzione costruttiva di quelle idee o concetti.

In questa logica l'arma più appropriata che il giurista ha per far fronte alle costanti trasformazioni è il sistema. Esso sposta l'attenzione sui principi e sui valori, che rendono possibile la comprensione delle singole parti connettendole al tutto e intellegibile il disegno sotteso alla sempre più vistosa frammentarietà delle singole parti. Il sistema garantisce stabilità tecnica e scientifica e consente di affrontare le trasformazioni senza sfaldare l'unitarietà del diritto, la quale reclama valori condivisi (106).

Ma se si intende coniugare pensiero sistematico e pensiero problematico, se è indispensabile ristabilire legami tra analisi e sintesi, tra ricerca sul campo e sistema, tra prassi e teoria, se, come Hartmann suggerisce, occorre «mantenersi sistematicamente in contatto con i problemi» (107), la strada per addivenire ad un sistema non chiuso e statico, ma aperto e elastico è già stata tracciata.

Come detto in esordio ricordando Ranelletti, la sistematica va elaborata gradualmente passando dal particolare al generale e viceversa. La parte generale del diritto amministrativo è «un'idea ordinatrice», la cui chiave di volta consiste nell'induzione di una teoria generale a partire dalle particolarità che presenta ciascuno dei settori del diritto amministrativo speciale e nella riconduzione di ogni soluzione singolare verso i principi generali del diritto, intendendo entrambe come processi di interazione reciproca (108).

Senza una conoscenza precisa del diritto speciale, delle «*branches spécifiques*» del diritto amministrativo, delle *Besonderes Verwaltungsrecht* è impossibile costruire un sistema di diritto amministrativo. I diversi settori del diritto amministrativo speciale fungono da serbatoio e da deposito per le soluzioni che l'amministrazione deve adottare nello svolgimento della sua attività e, al tempo stesso, costituiscono uno specchio nel quale si riflettono i bisogni contemporanei di regolazione.

Allo stato attuale è impossibile disconoscere la struttura disarticolata della legislazione che compone la parte speciale, ma anche l'assenza di una parte generale, nonché la profonda incertezza che il combinarsi di questi fenomeni produce.

Tuttavia, attualmente, in questa era di de-costruzione, manca un chiaro e generale riconoscimento della necessità di mettere ordine in una realtà positiva fortemente irrazionale; non si coltiva un'interazione stabile tra legislazione, giurisprudenza e dottrina, ma anzi predomina la scissione di prospettive tra i tre formanti dell'ordinamento; e, soprattutto, non si avverte come primaria e irrinunciabile l'esigenza di prendere posizione rispetto ai valori basilari del sistema.

Di fronte al rischio del particolarismo giuridico inteso come diritto frantumato in sistemi particolari, l'insopprimibile esigenza di certezza e di stabilità nel diritto e quindi anche nell'applicazione del diritto si fonda sul presupposto che vi siano valori giuridici condivisi.

È in questa forma che oggi si ripropone il tema del punto di vista ordinante attorno al quale articolare un sistema del diritto amministrativo.

Come si è visto nelle pagine che precedono, la tensione irrisolta tra le ragioni dell'interesse pubblico e le ragioni dei singoli è presente in tutti i passaggi essenziali della riflessione dottrinale sul sistema del diritto amministrativo, dall'iniziale momento fondativo della scienza alla critica della sistematica tradizionale innescata dall'avvento della Costituzione, fino alla fase attuale, nella quale viene messa in discussione la stessa ragion d'essere del diritto amministrativo.

Tornando alla definizione di Ranelletti, che assegnava alla parte generale la funzione di raccogliere e disporre ordinatamente anzitutto i *presupposti dei diritti*, si deve sottolineare che oggi è diventato urgente definire quali siano i presupposti delle situazioni soggettive che il singolo può far valere di fronte al potere amministrativo.

È stato osservato che, all'inizio della costruzione sistematica del diritto amministrativo, poche nozioni come l'interesse legittimo «potevano meglio impersonare la curvatura pubblicistica dello statuto giuridico di un'amministrazione avvertita come *l'unica funzione essenziale* tra le funzioni pubbliche» e che la fortuna di questa figura è stata determinata dalla sua «capacità di integrarsi perfettamente all'interno della parte generale del diritto amministrativo», interpretando «la definitiva costruzione della specialità, che contraddistingue questo momento fondativo, all'insegna della disuguaglianza giuridica e del *plusvalore giuridico che interseca tutti i rapporti*» (109).

Si comprende quindi perché le tesi che attualmente mettono in discussione la specialità del diritto amministrativo portino con sé la negazione dell'interesse legittimo e la riconduzione alla figura del diritto soggettivo anche delle situazioni soggettive che esprimono il rapporto del singolo con il potere amministrativo.

Viceversa, ogni difesa dell'autonomia del diritto amministrativo nel momento attuale si basa proprio sulla necessarietà dell'interesse legittimo e sulla sua irriducibilità ai caratteri del diritto soggettivo.

Ma la tensione tra queste due prospettive, che aspirano a governare la logica del sistema, non può essere in alcun modo superata o risolta, perché il diritto

amministrativo non appare riducibile ad un unico ed univoco punto di vista ordinante.

Il diritto amministrativo trova la propria ragion d'essere nell'esigenza di governare una relazione tra soggetti — l'amministrazione pubblica e il singolo — che non sono semplicemente antagonisti, ma che sono titolari di interessi che l'ordinamento colloca su piani differenti.

Il tema dal quale tutti gli altri si dipartono o cui si riconnettono è quello dell'equilibrio che si intende assicurare nel rapporto fra il potere amministrativo e la libertà individuale e questo problema non ha una soluzione, ma una molteplicità di soluzioni, perché tanti e diversi sono i campi in cui le due forze antitetiche si misurano e mutevoli le condizioni in cui ciò avviene (110).

Al fondo di ogni questione concreta vi è il dilemma irrisolto del diritto amministrativo, che oscilla tra un modello di diritto «minimo» e di individualismo di ascendenza liberale, e un modello di diritto «autoritativo», inteso però al superamento delle diseguaglianze e dei privilegi individuali.

Ma se i protagonisti del diritto amministrativo sono sia gli amministrati sia la pubblica amministrazione è un errore di prospettiva sopravvalutare, a detrimento dell'altro, vuoi il polo della garanzia vuoi il polo dell'autorità, entrambi componenti necessarie del diritto amministrativo.

Il privato non è una mera figura giuridica, punto di riferimento dell'azione amministrativa, il suo spazio nell'ordinamento non è creato dall'amministrazione, ma egli è persona titolare di una pluralità di situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi e interessi legittimi) e soprattutto di libertà civili, politiche e economiche.

Da parte sua, l'amministrazione non è un mero garante notturno di tali libertà, ma ha precisi compiti di promozione e di cura generale, al fine di ridurre le diseguaglianze di partenza e di assicurare risultati non altrimenti raggiungibili.

Porre l'accento solo e esclusivamente sulle garanzie per l'individuo impedisce di cogliere l'imprescindibile dimensione funzionale istituzionalmente propria dell'amministrazione, mentre insistere sulla supremazia della missione affidata

all'amministrazione ostacola la creazione di regole giuridiche (sostanziali e processuali) equilibrate del rapporto tra amministrazione e privati e non consente di depurare l'autorità dei suoi predicati non necessari.

La presa di posizione su questioni che mettono a nudo l'antinomia dei due punti di vista che informano il diritto amministrativo, nell'impossibilità di far prevalere l'uno a scapito dell'altro, non potrebbe scaturire dall'opinione di singoli autori, ma solo dal movimento di una scienza unificata da una comune aspirazione.

Qualora una tale esigenza esista e venga chiaramente riconosciuta come tale, è già dato un compito alla dottrina che trascende gli interessi e le possibilità del singolo studioso o delle singole scuole. Essa coinvolge l'intera collettività dei giuristi esperti di quel ramo dell'ordinamento in uno sforzo unitario che unisce anche diverse generazioni, come mostra l'esempio della scuola storica tedesca alla quale Ranelletti guardava, proprio per questo, come un ideale.

Note:

(*) Desidero ringraziare Sabino Cassese, Bernardo Giorgio Mattarella e Aldo Sandulli per i preziosi suggerimenti e Bruno Tonoletti per i costanti scambi di idee.

(1) O. Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative (1894), ora in *Scritti giuridici scelti*, vol. III, Napoli, Jovene, 1992, 37 ss., 38.

(2) Per un'illustrazione degli attuali intrecci e sovrapposizioni che modificano la stessa identità del diritto amministrativo, e, al contempo, del diritto privato, cfr. G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, spec. 70 ss., il quale nota che, mentre taluni giuristi sottolineano come vaste aree del diritto amministrativo siano ormai rette dal diritto privato, ma si preoccupano anche di fissare i limiti invalicabili di tale evoluzione, altri, invece, affermano la crisi della separazione tra pubblico e privato e richiamano l'attenzione piuttosto sugli intrecci tra i due diritti (op. cit., 71-72).

(3) Sulla perdita da parte degli Stati nazionali del monopolio del diritto e sulla crisi del sistema delle fonti a causa della globalizzazione cfr. S. Cassese, da ultimo con *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009; ma si vedano anche, sempre dello stesso Autore, *Lo spazio giuridico globale*, Bari-Roma, Laterza, 2003; *Universalità del diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005; *Oltre lo Stato*, Bari-Roma, Laterza, 2006, nonché M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della*

globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale, Bologna, Il Mulino, 2000; R.B. Stewart, Il diritto amministrativo nel XXI secolo, in questa Rivista, 2004, 1 ss.; G. Teubner, La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione, tr. it., Roma, Armando Editore, 2005, 139 ss.; Il sistema amministrativo italiano, a cura di L. Torchia, Bologna, Il Mulino, 2009, spec. 507 ss.

(4) Cfr. L. Torchia, Introduzione, in La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo, a cura di L. Torchia, E. Chiti, R. Perez, A. Sandulli, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, XIII ss., spec. XVII, secondo cui la questione del metodo ha avuto «addirittura una valenza fondante», caratterizzandosi come una «opzione di definizione per separazione e differenza» non solo fra ciò che è proprio del diritto amministrativo e ciò che è proprio di altri rami del diritto, ma anche fra ciò che è giuridico e ciò che non lo è.

(5) Si veda il quadro tracciato da A. Travi, Il metodo nel diritto amministrativo e gli «altri saperi», in Dir. pubbl., 2003, 865 ss., spec. 872; in tema cfr. altresì A. Romano Tassone, Pluralità di metodi ed unità della giurisprudenza, in Dir. amm., 1998, 651 ss.; Id., Metodo giuridico e ricostruzione del sistema, ivi, 2002, 11 ss., spec. 18 ss.; L. Benvenuti, Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 2002; Id., Metodo giuridico, autorità e consenso, in Dir. amm., 1998, 661 ss.; da ultimo S. Cassese, Lo stato presente del diritto amministrativo italiano, in questo numero.

(6) L. Torchia, La scienza del diritto amministrativo, in questa Rivista, 2001, 1105 ss., spec. 1107 ss.

(7) Così S. Cassese, Gli ultimi manuali di diritto amministrativo (1999-2000), in questa Rivista, 2001, 751 ss., spec. 752.

(8) M. D'Alberti, Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo novecento, in questa Rivista, 2001, 1293 ss. Su questo fenomeno cfr. altresì C. Marzuoli, Alcune (brevi) note sui manuali del diritto amministrativo negli anni novanta, in Per una riflessione sulla didattica del diritto con particolare riferimento al diritto pubblico, a cura di V. Cerulli Irelli e O. Roselli, Milano, Franco Angeli, 2000, 198 ss., 201-206.

(9) Così L. Torchia, La scienza del diritto amministrativo, cit., 1105 ss., nonché, sempre della stessa Autrice, Introduzione, cit., spec. XV.

(10) Il ruolo esercitato dalla scuola storica tedesca agli inizi dell'elaborazione dottrinale del diritto amministrativo e l'importanza dell'insegnamento di tale scuola anche nell'attuale fase di crisi della dogmatica tradizionale saranno trattati nei paragrafi successivi.

(11) L. Torchia, *Introduzione*, cit., XVI, pur nella consapevolezza, aggiunge l'Autrice, che «le invarianti, di gianniniana memoria, sono ormai uscite di scena» (ma su ciò cfr. infra, ai parr. successivi). Sottolinea parimenti analoga esigenza sistematica A. Travi, *Il metodo*, cit., spec. 880 ss.

(12) O. Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative, cit., 38, ma anche 39-40.

(13) Di «un soggetto, un diritto, un giudice» parla A. Orsi Battaglini, *In limine*, in *Dir. pubbl.*, 1995, VII. Cfr., più in generale, e per tutti, sempre del medesimo Autore, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Milano, Giuffrè, 2005, 63 ss., sulle cui posizioni si veda comunque A. Travi, *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 91-109.

(14) J. Domat, *Droit public, suite des Loix civiles dans leur ordre naturel*, Avertissement, Parigi, 1697, 3, così come riportato da G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, 168, 170.

(15) F.C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad.it di V. Scialoja, Torino, Utet, 1886-1898, 70. Cfr. su questo aspetto del pensiero di Savigny V.E. Orlando, *Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1940, vol. I, 10. Invero il rifiuto della codificazione da parte di Savigny e della scuola storica poggiava al contempo su ragioni scientifiche e su motivi politici e nazionalistici; cfr. F. Viola e M. Urso, *Scienza giuridica e diritto codificato*, Torino, Giappichelli, 1989, 92 ss.; C.A. Cannata e A. Gambaro, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, vol. II, Torino, Giappichelli, 1984, 203-204. Le ragioni dell'atteggiamento anticodificatorio di Savigny sono state ampiamente indagate da P. Caroni, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, in *Quaderni fiorentini*, 1980, 69 ss.; afferma A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009, 57, che in Savigny vi è una concezione del diritto contrapposta «sia al giusnaturalismo, che, anziché considerare il sistema giuridico quale prodotto della storia di un popolo, implicava un contenuto etico e morale della norma, l'immanenza dei principi e l'universalità del diritto, sia all'illuminismo positivista, che edificava l'ordinamento giuridico sul primato della legge e sulla

codificazione quale prodotto astratto della ragione, piuttosto che sulla memoria dei trascorsi giuridici e sull'evoluzione storica della società».

(16) F.C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., 21.

(17) Savigny parlava del popolo (Volk) come di «un soggetto attivo e personale», «nel quale e per il quale il diritto positivo ha la sua esistenza» (*Sistema del diritto romano attuale*, cit., 45 e 42). Tuttavia questa soggettività inconscia raggiunge, secondo Savigny, piena coscienza riflessa solo nell'opera dei giuristi, che sono considerati come i rappresentanti del popolo. Il processo di privazione del concetto di popolo da ogni soggettività e la sua riduzione ad un ordine oggettivo è ancora molto implicito in Savigny e diviene più accentuato solo in Puchta; sul punto cfr. F. Viola e M. Urso, *Scienza giuridica*, cit., 94 ss.; C.A. Cannata e A. Gambaro, *Lineamenti*, cit., 202 ss.

(18) Scrivevano C. Fadda e P.E. Bensa, nelle Note alla loro traduzione italiana del trattato di B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, Torino, Utet, 1902, I, par. 9, che «il diritto positivo non è il prodotto della volontà del legislatore, non è dettato da concepimenti più o meno architettati da costui, esso è prodotto sociologico».

(19) Sul punto cfr. C.A. Cannata e A. Gambaro, *Lineamenti*, cit., 140-144; A. Gambaro, *Codici e diritto giurisprudenziale*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, Giuffrè, 2002, 507 ss., 528.

(20) Ricostruito da A. Sandulli, *Verso la codificazione della disciplina dell'azione amministrativa?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 686 ss., 686, con ampi riferimenti.

(21) G. Manna, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1842, vol. II, 53, il quale partendo dalla distinzione di tre stadi di sviluppo della società, sosteneva che la codificazione è il modo in cui si manifesta la legislazione nel terzo e più evoluto stadio di sviluppo.

(22) L. Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*³, Torino, Bocca, 1892, 21.

(23) G. Mantellini, *Lo Stato e il Codice Civile*, Firenze, Barbera, 1882, vol. III, 328-330.

(24) Sull'opposizione tra Governo e Legge cfr. D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, e P. Costa, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, entrambi in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano, Giuffrè, 2002, rispettivamente 17 ss. e 89 ss.

(25) V.E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, (1889), in *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, Giuffrè, 1940, 3 ss., 18.

(26) V.E. Orlando, *Ancora del metodo in diritto pubblico*, cit., 11.

(27) V.E. Orlando, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, 1889, I ed., Introduzione, n. 22. Come spiega S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 1971, 188, forte è il legame tra la scuola siciliana di Orlando, da un lato, e la pandettistica e la dogmatica con la loro origine giusnaturalistica, dall'altro, che valorizzano l'idea «di nesso organico del diritto per la sua provenienza dallo spirito del popolo (Puchta) o di coerenza dei corpi (Jhering)».

(28) V.E. Orlando, *I criteri*, cit., 16. Ma cfr. anche, sempre dello stesso Autore, Prefazione, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura del medesimo, Milano, Società editrice libraria, 1897, vol. I, 1, XV.

(29) Si veda a tal proposito la ricerca storica di C. Mozzarelli e S. Nespor, *La codificazione del diritto amministrativo. Giuristi e istituzioni nello Stato liberale*, in questa Rivista, 1976, 1087 ss., 1088, secondo i quali «sulla esigenza che trovò nella richiesta di codificazione uno dei suoi sbocchi, di privilegiare il principio del primato del legislativo e il polo garantista ... prevalse sempre l'opposizione dei giuristi e dei politici sensibili alla necessità ed ai problemi dell'organizzazione statale, consci dell'importanza della difesa dell'autonomia e della discrezionalità della pubblica amministrazione».

(30) Così L. Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 7. Anche G. Manna, *Principii di diritto amministrativo*, cit., vol. II, 251, sosteneva che il diritto amministrativo non fosse altro che «una più larga applicazione del diritto privato. Onde ben sarà detto che nel diritto privato si trovino i principi vitali del diritto pubblico», in ragione del fatto che «lo stato deve preparare le condizioni» per il funzionamento dei rapporti di mercato (op. cit., vol. I, 4). Parimenti obbediva alla medesima impostazione G. De Gioannis Gianquinto, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, Firenze, Tipografia editrice dell'Associazione, 1877-81, secondo cui, se volevasi trattare sistematicamente il diritto amministrativo, era necessario ricorrere al disegno del diritto romano: *personae, res, actiones*. Il fenomeno segnalato, che conduce all'affermazione della superiorità del diritto privato, e che affonda le sue radici in una particolare rappresentazione delle funzioni dello Stato rispetto ai rapporti economici privati, è ben illustrato da G. Rebuffa, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1981, 16 ss., 206 ss.

(31) V.E. Orlando, *I criteri tecnici*, cit., 20.

(32) «I cultori del diritto pubblico sono troppo filosofi, troppo politici, troppo storici, troppo sociologisti e troppo poco giureconsulti, mentre soprattutto giureconsulti dovrebbero essere»; così V.E. Orlando, *I criteri tecnici*, cit., 6; in senso analogo Id.,

Intorno ad alcune fasi storiche e critiche del diritto amministrativo in Italia dopo il 1890, in questa Rivista, 1952, 259 ss., 261.

(33) G.D. Romagnosi, *Istituzioni di diritto amministrativo* (altrimenti noto come *Principii fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*), Milano, 1814, (ristampa 1985 a cura dell'Isap), spec. 100 ss.; in tema cfr. U. Borsi, *Il primo secolo della letteratura giuridica amministrativa italiana*, in *Studi senesi*, 1914, 209 ss.; F. Benvenuti, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, Vicenza, Neri Pozza, 1969, 67 ss., ora anche in *Scritti di Feliciano Benvenuti*, Milano, Giuffrè, 2008, 2769-2776.

(34) Così V.E. Orlando, *I criteri tecnici*, cit., 16; ma cfr. anche Id., *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885*, in *Diritto pubblico generale*, cit., 23 ss.

(35) Ancora V.E. Orlando, *I criteri tecnici*, cit., 7, 17.

(36) Molto stimolanti a tal riguardo sono le osservazioni di R. Ruffilli, *Recensione a S. Cassese, Cultura e politica del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini*, 1972, 386 ss., spec. 388, 391; secondo Ruffilli, il metodo giuridico di Orlando è «lo strumento per esplicitare in via deduttiva i principi giuridici posti come esistenti nella realtà ..., lo strumento per fornire veste giuridica definitiva alle limitazioni e agli automatismi individuati come indispensabili per l'organizzazione del rapporto Stato-individui». Ma è esclusa qualsiasi possibilità di impiegare il metodo giuridico «per una verifica della conformità effettiva dei principi giuridici così configurati alla realtà complessiva ... Tali principi vanno considerati come una realtà esistente a livello ideale, essi fanno parte di quella realtà che sta a metà strada fra il dato empirico e il dato filosofico».

(37) Secondo V.E. Orlando, *I criteri*, cit., 6, il diritto pubblico doveva guardare al diritto romano fino a quando non fosse stata scienza forte di una propria autonomia giuridica. Sempre per lo stesso Autore, in *Nota*, cit., 26, prendere come riferimento la tradizione romano-civilistica poteva costituire un fattore di inquinamento e di turbamento per la nascente struttura autonoma, ma «un eccesso di tecnica privatistica era per il diritto pubblico un danno assai minore che l'assoluto difetto di ogni scienza giuridica». Sull'uso del diritto privato come «una ginnastica che servisse a pensare giuridicamente nel campo delle scienze nostre» cfr. anche, sempre del medesimo Autore, *Intorno*, cit., 261.

(38) Invero, il fenomeno è ancora più complesso, come mostra G. Rebuffa, *La formazione*, cit., 26 ss.; l'uso del diritto privato era funzionale anche ad espellere dalle trattazioni di diritto amministrativo tutte le possibili considerazioni e valutazioni sull'adeguatezza politica degli istituti descritti, «fornendo una logica tutta interna ai

materiali giuridici, e cercando di evitarne la dipendenza dalle scansioni di possibili mutamenti costituzionali». Scopo dunque era quello di dotare il diritto amministrativo di configurazioni dogmatiche autonome rispetto a quelle del diritto costituzionale e quindi rispetto alle oscillazioni e ai mutamenti politici che le Carte costituzionali riflettevano e riflettono.

(39) Sul punto si veda ampiamente S. Cassese, *Cultura*, cit., 16-52, secondo cui Orlando e la sua scuola assimilarono l'hegelismo attraverso i giuristi-politici della Destra e specie attraverso Spaventa.

(40) In essi «chiaramente» si presentarono i problemi centrali del diritto amministrativo, come «la rilevanza intersoggettiva posseduta dal fatto organizzativo» e «l'incidenza necessaria sull'attività amministrativa autoritativa nei diritti pubblici fondamentali del cittadino», mentre nella successiva letteratura questi temi sono stati spesso coperti da una «vegetazione di tecnicismo»; questo il giudizio sull'opera di Orlando espresso da M.S. Giannini, *Recensione a A.M. Sandulli, Manuale di diritto amministrativo*, in questa *Rivista*, 1952, 378 ss., 379. Sulla rilevanza del concetto di sistema in Orlando cfr. G. Rebuffa, *I lessici e il tempo delle prolusioni di Vittorio Emanuele Orlando*, in questa *Rivista*, 1989, 919 ss., spec. 928 ss.; sulla centralità della figura di Orlando per il diritto amministrativo cfr., ampiamente, S. Cassese, *Cultura*, cit., 21 ss.; A. Sandulli, *Costruire lo Stato*, cit., 49 ss.

(41) Lo statalismo organicista di Orlando culmina in un totale assorbimento del diritto nello Stato: «il diritto non potrebbe esistere senza lo Stato che gli conferisce quella forza esteriore che è un elemento inseparabile della idea di diritto», «il diritto non è concepibile al di fuori dello Stato ... lo Stato non è altro se non la società stessa giuridicamente ordinata». Così V.E. Orlando, *Prefazione*, cit., X; ma cfr. anche *Introduzione al diritto amministrativo (I presupposti, il sistema, le fonti)*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, cit., 3 ss., 12-18, 21 («la sovranità è nello Stato e per lo Stato: discende dagli organi che la esercitano, ma non emana da essi: un re, o un'assemblea, non è fonte della sovranità, ma il potere di essi deriva dallo Stato, in quanto appare rivestito di impero»).

(42) Cfr. soprattutto V.E. Orlando, *I criteri tecnici*, cit., 21, ove si pone in relazione «il sangue dei martiri» risorgimentali e l'operosità teorica degli architetti-giuristi.

(43) Si pensi, ad esempio, alle tormentate vicende contenziose e legislative che hanno accompagnato la pretesa dello Stato di riappropriarsi dei beni demaniali concessi in perpetuo ai privati dall'epoca feudale fino alla fine dell'assolutismo; su

questo processo cfr. B. Tonoletti, Beni pubblici e concessioni, Padova, Cedam, 2008, 296 ss.

(44) G. Miele, Contributi al diritto amministrativo, in questa Rivista, 1953, 50 ss., 54.

(45) In questo senso A. Sandulli, Costruire lo Stato, cit., 31, che parla appunto di liberalismo conservatore.

(46) T. Ascarelli, L'idea di codice e la funzione dell'interpretazione, in Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione, Milano, Giuffrè, 1952, 165 ss., 178.

(47) Secondo M.S. Giannini, Profili storici della scienza del diritto amministrativo, in Studi sassaresi, 1940, poi ripubblicato in Quaderni fiorentini, 1973, 179 ss., il programma di Orlando era «una semplice indicazione del cammino» e «non un piano di ricostruzione» o «un enunciato di principi ricostruttivi» e, come tale, «molte questioni passava sotto silenzio, altre trattava o impostava in termini approssimativi»; in tema si veda altresì F. Benvenuti, Pubblica amministrazione e diritto amministrativo, in Jus, 1957, 149 ss., ora anche in Scritti, cit., 1571 ss., 1575-1577.

(48) Sull'influenza esercitata da Scialoja, che fu traduttore di Savigny, su Ranelletti, suo allievo, cfr. S. Cassese, Cultura, cit., 52.

(49) O. Ranelletti, Teoria generale, cit., 39, prosegue affermando che «dopo ciò sarà possibile passare ad una più piena generalizzazione e giungere a quella meta, che nel diritto privato è già così bene raggiunta colla parte generale intorno ai negozi giuridici», pur nella consapevolezza che atti amministrativi e negozi giuridici «sono profondamente distinti gli uni dagli altri» (op. cit., 39, nt. 4).

(50) Come sottolineava R. Lucifredi, Oreste Ranelletti, in Rass. dir. pubbl., 1956, 190, gli studi sulle concessioni e autorizzazioni inaugurarono «quel preziosissimo metodo delle teorie parziali, che permise di identificare nel mare magnum e disordinato della nostra legislazione positiva le varie figure tipiche di atti amministrativi, di fissarne con esattezza le caratteristiche, e di giungere a poco per volta, grazie ad una serie di astrazioni successive, a far emergere, attraverso le note comuni ai singoli atti, quei concetti di negozio giuridico di diritto pubblico e di atto amministrativo, che erano in precedenza del tutto ignoti».

(51) È significativo il modo con cui Ranelletti esprimeva l'essenza del proprio lavoro: «esame delle norme del diritto positivo italiano riguardanti quelle materie: desunzione da esse, con un procedimento di astrazione e di generalizzazione dei principi giuridici informativi di quelle norme: ricostruzione degli istituti giuridici nel collegamento di quei principi e coordinamento degli istituti in un sistema». Cfr. O.

Ranelletti, Oreste Ranelletti nell'opera sua, 31 dicembre 1955, in *Scritti giuridici scelti*, cit., vol. I, 630. Sul metodo ranellettiano, connotato da un elevato senso geometrico del disegno, cfr. E. Ferrari, *Il percorso di Ranelletti tra monografie e manuali, tra ricerca e insegnamento*, ivi, vol. I, XXXV ss.

(52) E. Presutti, *L'ordine sistematico nei trattati di diritto amministrativo*, in *Arch.dir.pubbl.*, 1902, 309 ss., 314, 318.

(53) E. Presutti, op. cit., 318.

(54) S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1906, II ed., 31.

(55) S. Romano, rispettivamente *La teoria dei diritti pubblici subbietivi*, in *Primo trattato completo*, cit., ora anche in *Gli scritti nel Trattato Orlando*, Milano, Giuffrè, 2003, 4, e *Principii*, cit., 31 ss.

(56) E. Presutti, *L'ordine sistematico*, cit., 313 ss., per il quale la sistematica adottata da Santi Romano, prendendo come criterio di sistemazione la natura e le modalità di un rapporto giuridico astrattamente considerato, trascurava erroneamente il tradizionale criterio del diverso scopo di interesse pubblico perseguito dall'amministrazione; ma cfr. anche il giudizio di M.S. Giannini, *Recensione a A.M. Sandulli*, cit., 379, secondo cui l'apparato di nove teorie, «approntato, come un formidabile ingranaggio, a macinare ogni problema, si rivelò, all'applicazione, per alcuni profili eccessivo, per altri insufficiente, e soprattutto inadeguato nella sua schematica costruttiva».

(57) M.S. Giannini, *Profili*, cit., 246 ss.; in tema cfr. anche F. Benvenuti, *Gli studi di diritto amministrativo*, in *Scritti*, cit., 2175 ss., spec. 2177 ss.

(58) G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1936-1950, vol. I-V.

(59) M.S. Giannini, *Vita e opere di Guido Zanobini*, in questa *Rivista*, 1965, 3 ss., 16.

(60) Così S. Cassese, *In onore di Massimo Severo Giannini*, in questa *Rivista*, 1988, 303 ss., 310-311. Secondo M. D'Alberti, *Gli studi di diritto amministrativo*, cit., 1295 ss., il «postpandettismo» di Zanobini introdusse una distinzione fra concetti universali e istituti mutabili con il variare del diritto positivo, pur continuando ad assegnare assoluta priorità al mondo dei concetti.

(61) Rivelatrice di questa funzione aprioristica della teoria, ad esempio, è un'affermazione contenuta nella presentazione della *Rivista trimestrale di diritto pubblico* da parte Zanobini, per il quale si sarebbe dovuto «tenere nel massimo

conto i principi generali della materia e i criteri sistematici elaborati dalla dottrina» (G. Zanobini, Premessa a questa Rivista, 1951, 1-3, corsivo aggiunto).

(62) L'originarietà del potere amministrativo e il riconoscimento della necessità come fonte di diritto sono, com'è noto, temi caratteristici della costruzione di Santi Romano. Cfr. S. Romano, rispettivamente in *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., vol. I, 211 ss., e *Sui decreti-legge di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, 251 ss.; sul punto cfr. S. Cassese, *Ipotesi sulla formazione de «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini*, 1972, 243 ss.; 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 fra Otto e Novecento*, Napoli, Liguori, 1986, 319 ss.; l'uso meramente tecnico del diritto privato, l'accentuazione della specialità del diritto amministrativo che a quell'uso si accompagna, fino al ribaltamento consistente nell'applicazione di concetti pubblicistici a rapporti privatistici, sono visibili particolarmente in V.E. Orlando, *Nota*, cit., 26-37, e in G. Zanobini, *Interessi legittimi nel diritto privato (1943)*, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, 345 ss., 365-366. Il fenomeno è ampiamente descritto da A. Sandulli, *Costruire lo Stato*, cit., 82-85, 213 ss.

(63) Si tratta del pericolo segnalato da Presutti e ripreso implicitamente da Giannini, osservando che la tendenza concettualistica «ripartiva la materia amministrativa in teorie generali, in cui si raggruppavano istituti retti da comuni principi, poco importando in qual ramo dell'attività amministrativa questi principi praticamente si attuassero» (M.S. Giannini, *Profili storici*, cit., 151-152).

(64) O. Ranelletti, rispettivamente in *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile*, ora in *Scritti giuridici scelti*, cit., vol. I, 199, in *Il concetto di «pubblico» nel diritto*, ivi, cit., 265, e in *La polizia di sicurezza*, in *Primo trattato completo*, a cura di V.E. Orlando, cit., vol. IV, parte I, 1904, 254. In tema cfr. S. Cassese, *Cultura*, cit., 176. Tant'è che è stato detto che l'opera di Ranelletti tratteggia il volto ottocentesco dell'amministrazione e della sua teoria giuridica, quello di uno «Stato moloch e autoritario» (così B. Sordi, *Un giurista ottocentesco*, in O. Ranelletti, *Scritti giuridici scelti*, cit., vol. I, XIII).

(65) A. Sandulli, *Costruire lo Stato*, cit., 107 ss., 110 (corsivo aggiunto).

(66) Così G. Miele, *Prefazione a F. Cammeo, Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, rist. 1960, VII. Vi è un filo ideale che unisce Miele a Cammeo e che è evidenziato da M. Nigro, *Rileggendo Giovanni Miele*, in *Quaderni fiorentini*, 1988, 271 ss., spec. 297.

(67) F. Cammeo, Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa, Milano, Giuffrè, s.d., 7, ma cfr. anche Corso, cit., 102-103 (per cui «i concetti di diritto obiettivo, di sua fonte, di diritto subbiettivo, di obbligo, di negozio giuridico e suoi estremi, di adempimento di tale obbligo (...), di responsabilità» sono «istituti comuni» al diritto pubblico e al diritto privato e «disciplinati in occasione del diritto privato»). Al fondo di questa impostazione sta «un'idea di unità del diritto, 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» (B. Sordi, *Le Pandette e il diritto amministrativo. Privato e pubblico nell'itinerario giuridico di Federico Cammeo*, in *Quaderni fiorentini*, 1993, 205 ss., 234).

(68) F. Cammeo, Corso, cit., 21.

(69) Per questa ragione, M.S. Giannini, *Profili*, cit., 246 ss., ascriveva Cammeo a una tendenza pandettistica, che trasportava direttamente nel diritto amministrativo la dogmatica che i pandettisti avevano elaborato per il diritto romano e civile, ma non lo assimilava affatto alla tendenza dogmatica incarnata da Santi Romano.

(70) Così B. Sordi, *Le Pandette*, cit., 229 ss.

(71) La distanza dall'impostazione dei preorlandiani è segnata dall'adozione del principio secondo cui solo «alcuni rapporti» tra cittadini e amministrazione sono disciplinati dal diritto privato, dal momento che «i rapporti fra individuo e Stato debbono presumersi regolati dal diritto pubblico, se non v'è espressa o chiara ragione in contrario» (F. Cammeo, Corso, cit., 51 ss.).

(72) Questo è il giudizio di B. Sordi, *Le Pandette*, cit., 236, secondo cui vi è il piano ideale, nel quale le linee di sviluppo del diritto amministrativo avvicinano l'universo giuspubblicistico alla parità del rapporto giuridico di diritto comune e il piano di diritto positivo, nel quale «le concessioni alla specialità sono, necessariamente, rilevanti, mentre la negozialità soccombe a favore dell'autorità e dell'eteronomia» (op. cit., 257). In tema cfr. anche M.S. Giannini, *Profili storici*, cit., 151; A. Sandulli, *Costruire lo Stato*, cit., 113 ss.

(73) F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1950, 9. In senso analogo, sempre dello stesso Autore, *Pubblica amministrazione*, cit., 1574, 1580, con echi degli studiosi francesi di diritto amministrativo dell'epoca.

(74) Il punto è sottolineato da M. Nigro, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, ora in *Scritti giuridici*, t. II, Milano,

Giuffrè, 1996, 791, secondo cui le critiche contro l'apparato concettuale preesistente «sono corrette solo se proposte contro la degenerazione concettualistica, cioè contro il concettualismo a vuoto della scienza del diritto amministrativo, contro il concettualismo perdurante nonostante fossero (o siano) venute meno le condizioni che gli avevano dato vita. Ogni critica alla scienza del diritto amministrativo proprio dello Stato borghese e liberale è viceversa gratuita poiché in esso il formalismo non era una elusione della realtà, ma, al contrario, una rigorosa interpretazione ed un conseguente sviluppo di essa».

(75) F. Benvenuti, *Pubblica amministrazione*, cit., 1580-1585.

(76) F. Benvenuti, *op. ult. cit.*, 1581.

(77) F. Benvenuti, *Gli studi*, cit., 2199.

(78) In questo senso, pressoché testualmente, S. Cassese, *Cultura*, cit., 135, secondo cui il realismo di Benvenuti è pieno di carica riformatrice che lo porta spesso ad accentuare l'aspetto «ottimalistico» o quanto meno programmatico della scienza giuridica.

(79) F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino*, Venezia, Marsilio, 1994.

(80) Sul rifiuto della pandettistica, sul distacco dalle impostazioni privatistiche e sull'emersione del «principio della relatività» nel pensiero di Giannini cfr. C. Mortati, *Recensione a M.S. Giannini, Lezioni di diritto amministrativo*, in questa Rivista, 1951, 145 ss., 148-147; nonché S. Cassese, *In onore di Massimo Severo Giannini*, cit., 311 ss., anche per la sottolineatura sulla necessità di osservazione diretta dei problemi; sull'attenzione alla storia e alla sociologia in Giannini cfr. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, 301. In generale, sul suo complessivo contributo alla scienza giuridica cfr. S. Cassese, *Giannini e la rinascita del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 580 ss.

(81) M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, 64-65, ma cfr. anche 38-39, 45-46.

(82) M.S. Giannini, voce *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1964, vol. XII, 855 ss., 864. L'idea di sistema è ben presente anche in *Profili storici*, cit., 204-206 (il diritto amministrativo presuppone due condizioni: «la prima è che la materia amministrativa sia disciplinata da norme proprie, di natura pubblicistica, che la concernano in modo specifico; la seconda è che tali norme costituiscano un insieme organico, ossia che, data un'amministrazione in senso soggettivo, le varie norme che ne concernono i soggetti, gli atti, i mezzi di azione, siano collegate da nessi comuni, ispirati a unità e generalità di criteri e di principi»), nonché nel *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1965, vol. I, 33, 39, 45.

(83) M.S. Giannini, voce Diritto amministrativo, cit., 864, anche se poi valorizza l'esistenza di aree spettanti ad un nuovo diritto «comune»: le obbligazioni, i diritti reali, le responsabilità, i contratti (op. ult. cit., 866). Il concetto di «regime amministrativo» è stato svolto da M. Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, Paris, Sirey, 1933, 1 ss., il quale descrive lo Stato a régime administratif come quello Stato in cui le funzioni amministrative sono centralizzate al massimo e attribuite ad un solo potere, l'esecutivo. Da ciò deriverebbero le conseguenze indicate nel testo. Sull'evoluzione della nozione di imperatività in Giannini e sugli svolgimenti successivi della dottrina cfr. B.G. Mattarella, L'imperatività del provvedimento amministrativo, Padova, Cedam, 2000, 162 ss.

(84) Già con il Corso, cit., vol. I, 45, si critica lo «spirito di geometria del formalismo giuridico» e si mette meno enfasi sul sistema, al tema non è dedicata più un'apposita partizione e si offre una visione più articolata dell'ordinamento amministrativo. Il punto è sottolineato da S. Cassese, Cultura, cit., 123 ss.; Id., In onore di Massimo Severo Giannini, cit., 324, che parla di adozione di una «tecnica cubista».

(85) Su questi complessivi fenomeni si vedano le precise pagine di S. Cassese, Cultura, cit., 171 ss., 187 ss.; Id., La cultura giuridica dagli anni sessanta ad oggi, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2004, 371 ss., 373 («sono stati necessari il disgelo costituzionale, la forza liberatoria del '68, la scoperta della cultura anglosassone, per far apparire le prime crepe in un edificio così asettico e separato, eppure così perfetto — almeno ai livelli alti —») e di M. Nigro, Scienza dell'amministrazione, cit., 788 ss.; si ricordi comunque che un tentativo di superamento del legalismo era già stato compiuto dallo stesso Santi Romano, con il suo pluralismo e il suo istituzionalismo, sui quali cfr. S. Cassese, Ipotesi sulla formazione de «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano, cit., 243 ss.; A. Sandulli, Costruire, cit., 156-190; sull'esigenza di attingere all'esperienza giuridica cfr. soprattutto R. Orestano, Verso l'unità della «conoscenza giuridica», in questa Rivista, 1984, 635 ss., spec. 644 ss., esperienza giuridica intesa come comprensiva delle norme, delle istituzioni, dei comportamenti e dei rapporti, ma anche della scientia juris e dei suoi risultati. Sulla necessità di porre al centro del dibattito giuridico anche questioni di policy privilegiando un approccio che guardi all'efficienza delle norme e degli istituti cfr. S. Cassese, Il sorriso del gatto ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico, in La scienza del diritto amministrativo, cit., 307 ss.

(86) Tra l'altro, eccellenti analisi sull'attuale scienza del diritto amministrativo sono compiute da L. Torchia, *La scienza del diritto amministrativo*, cit., 1105 ss., e da M. D'Alberti, *Gli studi*, cit., 1293 ss., cui, inevitabilmente, si rinvia.

(87) Le espressioni riportate nel testo appartengono a J.B. Auby, *La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif*, in *Actualité juridique droit administratif*, 2001, 912 ss., 914. Sul carattere transnazionale del fenomeno in questione cfr. S. Cassese, *Le droit tout puissant et unique de la société. Paradossi del diritto amministrativo*, in questa Rivista, 2009, 879 ss. In tema cfr. già J. Rivero, *Existe-t-il un critère du droit administratif?*, in *Revue Droit publ.*, 1953, 279 ss., spec. 290; ma anche E. García De Enterría, *Problemas del derecho público al comienzo del siglo*, Madrid, 2001; E. Schmidt-Aßmann, *Principes de base d'une réforme du droit administratif*, in *Revue française de droit administratif*, 2008, 427 ss.

(88) M.S. Giannini, *Profili storici*, cit., 218 ss.

(89) Così S. Cassese, Prefazione al *Trattato di diritto amministrativo*², a cura del medesimo Autore, *Diritto amministrativo generale*, Milano, Giuffrè, 2003, I, secondo cui «ogni argomento è studiato separatamente dagli altri e non vi è scambio tra teoria e studi applicativi, con la conseguenza che la prima diventa astratta, i secondi si muovono senza la guida che può essere assicurata dall'intelaiatura di fondo» (p. VII s.).

(90) Seguendo la terminologia elaborata nella filosofia contemporanea da N. Hartmann, *Systematische Philosophie in eigener Darstellung*, in *Deutsche systematische Philosophie nach ihren Gestaltern*, hrsg. von H. Schwarz, Bd. 1, Berlin, 1931, trad. it. di R. Cantoni, *Filosofia sistematica*, in N. Hartmann, *Introduzione all'ontologia critica*, Napoli, Guida, 1972, 31 ss.

(91) Cfr. supra par. 1, in fine, e par. 2.

(92) Il suddetto percorso è ben illustrato da F. Modugno, *Sistema giuridico*, in *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 2003, 1 ss.; sul sistema giuridico come species del più generale genere sistema cfr. F. Wieacker, *Grundlagen der Systembildung in der römischen Jurisprudenz* (1985), ora in Aa. Vv., *La sistematica giuridica. Storia, teoria e problemi attuali*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1991, 63 ss.; N. Luhmann, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica* (1974), trad.it., Bologna, Il Mulino, 1978, 107 ss.; per una chiarificazione degli usi di sistema cfr. N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, 74-82.

- (93) F. Wieacker, op. cit., 63 ss., 352; B. Paradisi, Qualche riflessione preliminare sul «sistema» giuridico, in *La sistematica giuridica*, cit., 460; R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*², Torino, Giappichelli, 1961, 65.
- (94) F.C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., vol. I, 39 ss.; sul punto P. Cappellini, *Systema iuris*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1984, 539 ss.
- (95) F.C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., vol. VII, 4, ma cfr. anche nello stesso senso vol. I, 10-13, 39-40.
- (96) F.C. Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), Heidelberg, trad. it. *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, a cura di G. Marini, in A.F.J. Thibaut e F.C. Savigny, *La polemica sulla codificazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, 89 ss., 111. Su questo specifico aspetto del pensiero di Savigny cfr. A. Trombetta, *Savigny e il sistema alla ricerca dell'ordine giuridico*, Bari, Cacucci, 2008, 30 ss.; ma cfr. altresì, da ultimo, S. Cassese, *La storia, compagna necessaria del diritto*, in www.irpa.eu.
- (97) B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, cit., spec. §§ 14-15 e 24. In tema cfr. K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it. parziale di *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1960), Milano, Giuffrè, 1966, 39 ss., che sottolinea anche come già Puchta e il primo Jhering accettano e accentuano questo tipo di costruzione sistematica.
- (98) T. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München, Beck, 1953, tr. it. di G. Crifò, *Topica e Giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1962, spec. 31 ss.; sulla nuova topica, in quanto contrapposta a quella aristotelica, cfr. L. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, e *Ancora sul metodo giuridico*, ora in *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985, 11 ss., 22 ss.; sul pensiero di Hartmann cfr. supra, nt. 90.
- (99) Mette in discussione l'asserita contrapposizione tra sistema e problema F. Modugno, *Sistema*, cit., 36 ss. («perché mai il problema viene negato dal sistema, se questo, in quanto sia adeguato alla realtà, persiste proprio in funzione di quello? E perché il sistema viene negato dal problema, quando quest'ultimo, per la sua soluzione non arbitraria, richiede addentellati sistematici che ne consentano quanto meno un qualche orientamento e l'inserimento tendenziale in un ordine?»). Ma cfr. altresì nel medesimo senso L. Mengoni, *Problema e sistema*, cit., 11 ss.; Id., *Ancora sul metodo giuridico*, cit., 79 ss., secondo cui occorre che «lo spirito sistematico della scienza giuridica sia pronto a rivedere, per correggerle e sostituirle, le proprie concettualizzazioni nella misura necessaria per conservare la

comunicazione del sistema con la dinamica sociale»; P. Barcellona, Su sistema e metodo (per una teoria giuridica sistemica), in Riv. dir. civ., 1990, 27 ss.; S. Cassese, Prefazione, cit., VIII; A. Romano Tassone, Metodo giuridico, cit., 14 ss.; sul sistema come selezione e eliminazione di problemi e soluzioni si veda P. Cappellini, Il codice eterno. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità, in Codici. Una riflessione di fine millennio, cit., 21-22, nt. 17, 65; sul diritto che, in quanto sistema, assume «il mondo come problema» cfr. N. Luhmann, Sistema giuridico e dogmatica giuridica, trad. it di A. Febbrajo, Bologna, Il Mulino, 1978.

(100) F. Modugno, Sistema, cit., 3.

(101) Ci si riferisce soprattutto a L. von Bertalanffy, Teoria generale dei sistemi (1969), trad. it., Milano, Oscar Mondadori, 1983, 11 ss.; in tema cfr. anche V. De Angelis, La logica della complessità. Introduzione alle teorie dei sistemi, Milano, Bruno Mondadori, 1996.

(102) S. Cassese, Cultura, cit., 38.

(103) «La scienza del diritto deve dominare la dispersione e il disordine e non legittimarli»; così M. Nigro, Rileggendo, cit., 296. Ma cfr. altresì E. Schmidt-Assmann, Principes, cit., 427 ss.

(104) T. Ascarelli, Studi di diritto comparato e in tema dell'interpretazione, cit., 327 e 344, secondo cui «la sorte della scienza giuridica è pur sempre affidata alla sua capacità di farsi interprete di principi e di idee, di essere l'espressione di un moto risorgimentale (e la stessa idea della Costituzione è risorgimentale)».

(105) F. Benvenuti, Presentazione, in Dir. econ., 1987, 12.

(106) G. Cazzetta, Critiche sociali al codice e crisi del modello ottocentesco di unità del diritto, in Codici. Una riflessione di fine millennio, cit., 309 ss., 329, 331. Sul mantenimento dell'unità sistematica del diritto quale missione del giurista cfr. C. Peterson, Le implicazioni metodologiche della codificazione, ivi, 431 ss., 437; T. Ascarelli, L'idea, cit., 195-196.

(107) N. Hartmann, Introduzione, cit., 53.

(108) E. Schmidt-Aßmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs Idee, Heidelberg, 1998, trad. spagnola La teoría general del derecho administrativo como sistema, Madrid, Marcial Pons, 2003, 1-50 («sólo si se construye sistemáticamente el Derecho administrativo se podrán identificar los valores en conflicto y neutralizar las contradicciones o la desintegración que en la evolución del Derecho generan los distintos sectores especiales, siempre en continuo movimiento»).

- (109) B. Sordi, Interesse legittimo, in Enc. dir., Annali, II, 2, Milano, Giuffrè, 2008, 709 ss., spec. 715 (le frasi in corsivo sono citazioni rispettivamente di Ranelletti e di O. Mayer).
- (110) Così M. Nigro, Rileggendo Giovanni Miele, cit., 297.