

Massimo Stipo

Osservazioni sul metodo giuridico con particolare riferimento al diritto amministrativo.

Indice

1. Considerazioni preliminari. 2. Metodologia e scienza giuridica, in particolare pubblicistica. 3. Il metodo nella dottrina giuridica italiana. 4. Vittorio Emanuele Orlando, padre della rinnovata giuspubblicistica italiana del secolo XIX e la nascita della scienza giuridica amministrativistica. 5. Santi Romano e il suo alto contributo scientifico. 6. La dottrina amministrativa italiana del primo novecento. 7. Gli indirizzi giuridici antiformalistici. 8. Le vicende della dottrina amministrativistica italiana nel ventennio fascista. 9. Il dibattito metodologico dopo la catastrofe della seconda guerra mondiale. 10. Il contributo di M. S. Giannini alla rifondazione del diritto amministrativo in Italia. 11. I progressi della metodologia nell'esperienza

contemporanea. 12. Il metodo in generale e la scienza giuridica amministrativistica. 13. Conclusioni.

1. Metodo etimologicamente da metà e odòs significa “via, direzione ad un termine, ad una meta”. Nella parola greca, quindi, c’è l’idea del percorrere una strada un modo di “andare avanti” (per rimanere nella metodologia della strada).

Così quando diciamo che qualcuno ha conseguito uno scopo per caso o per fortuna, *eo ipso* escludiamo che lo abbia conseguito attraverso un procedimento metodico; un caso fortunato è infatti per sua natura irripetibile.

Lo studio del metodo fu sviluppato dall’astratto punto di vista formalistico dei filosofi scolastici, ma assume un aspetto nuovo presso i pensatori del secolo XVII, preoccupati di fondare contro ogni attacco dello scetticismo una scienza organicamente connessa e feconda di risultati teorici e pratici.

Così il *Novum organum* di F. Bacone, il *Discours de la methode* di R. Descartes, le *Regulae philosophicae* di I. Newton, la Recherche de la verité di N. Malebranche, il *De emendatione intellectus* di B. Spinoza, l’Art de

penser dei solitari di Port Royal esprimono tutti questa esigenza che emerge dalla dissoluzione del pensiero antico e scolastico; la nuova coscienza critica che si costituisce fomenterà il rinnovamento scientifico che caratterizzano la storia della speculazione del sec. XVII.

Comunque è da sottolineare che la locuzione “metodologia”, significante <<dottrina del metodo>> (corrispondente al tedesco Methodenlehre, più tardi fu usato anche Methodologie) è stato per la prima volta usato in senso tecnico da Kant.

Appare ormai chiaro che dall’idea implicita nell’etimo è stato agevole il passaggio ad intendere per metodo un insieme successivo ed ordinato di atti che l’uomo dispone e compie per conseguire un suo fine; essendo infiniti i fini ai quali si può riferire l’attività umana nelle diverse sue forme, si usa parlare di metodi di condotta, terapeutici, politici, amministrativi, militari, giuridici, statistici, industriali, agrari, etc.

Ed i metodologi osservano che a costituire nel suo aspetto logico il metodo si richiede innanzitutto l’intelligenza del fine e la volontà consapevole di esso; quindi la successione di atti mediati e fra loro connessi, conducenti alla

scopo, ed infine il loro riferimento ad un'idea direttiva che effettui la conformità o convenienza tra atti e fini.

Così, nella sua essenza, il procedimento metodico è un comportamento commisurato alla soluzione di uno o più problemi, è un agire progettuale orientato verso uno scopo.

Come espressione del linguaggio comune anche “metodo” e “procedimento metodico” sono termini vaghi. Si tratta, quindi, di sostituire (in contesti, determinati) ad un concetto vago del linguaggio quotidiano un concetto più fecondo rispetto al nostro scopo. Al centro dell'idea di metodo, come si è visto, è la nozione di un'azione razionale secondo lo scopo, di un modo di procedura coerente, applicato per conseguire un determinato fine. Così l'esistenza di un momento anticipativo (che indifferentemente si potrà chiamare “rappresentazione di scopo”, “proposito”, etc) è un presupposto necessario affinché un procedimento possa definirsi “metodico”.

Come già si è accennato il procedimento metodico deve essere “ripetibile”; la sua efficacia dev'essere in linea di principio, sia pur parzialmente,

indipendente dal soggetto che lo applica ed in questo senso il metodo dev'essere "intersoggettivo".

La metafora della strada riflessa (come si è detto) nell'etimologia è certamente feconda; come una strada si deve poter indicare ad altri, così un procedimento che abbia valore di metodo deve essere "comunicabile" "formulabile linguisticamente".

Per essere considerato metodico un procedimento deve essere quindi "insegnabile ed apprendibile".

Il metodo si può sinteticamente definire come "*habitus intellectualis instrumentalis nobis inserviens ad rerum cognitionem adipiscendam*", o più concisamente, secondo la logica di Port Royal, "*ars bene disponendi seriem plurimarum cognitionum*".

Benché nessun metodo valga a supplire il difetto di intelligenza naturale o a dare il genio di invenzione, tuttavia non si può negare l'efficacia del metodo sia nell'indagine, sia nell'apprendimento.

Di primo acchito non si coglie il vero se non in via eccezionale; d'ordinario si procede per tappe successive ed il metodo è appunto l'itinerario che il pensiero percorre o traccia a sé stesso pensando.

Un metodo razionale non si costruisce a priori, in margine dell'esperienza, bensì è il profilo di lunghe e reiterate esperienze.

Un procedimento metodico è “graduale”, avanza passo per passo; l'etimologia stessa della parola suggerisce la metafora del “procedere” lungo una strada; così perché si definisca “metodico” un procedimento, è necessario che esso, almeno in linea di principio, sia “susceptibile di miglioramento”; afferma S. T. Coleridge che un procedimento, per essere considerato metodico, deve costituire a *progressive transition*.

Va peraltro eliminato il pregiudizio di considerare il metodo in funzione di un concetto statico della cultura, vale a dire antitetico alla vita spirituale.

La cultura, il sapere, non è un patrimonio che abbia esistenza reale fuori dallo spirito umano, deve la sua conservazione alla continuità della reviviscenza delle idee e dei sentimenti nello spirito dei singoli; e se è vero che lo spirito non trova in sé ciò che proviene dagli antenati, dall'educazione

e della tradizione, è pur vero che ogni idea nella sua realtà concreta è una creazione della mente in cui è nata.

Il metodo non è così un complesso di regole fisse, avulso dall'attualità viva del pensiero, risolvendosi invero nel flusso continuo, nel processo sempre nuovo dello spirito pensante (*<< quidquid creatur, ad modum creantis creatur >>*).

Quando si metta a profitto per la propria azione metodica l'esperienza, o la dottrina altrui, questa che è un'astrazione fuori della pianta nativa dello spirito, andrebbe sempre rivissuta in modo soggettivo, *<<quidquod recipitur, ad modum recipientis recipitur >>*.

Comunque sia, la domanda se il ricercatore possa fare a meno di una metodologia rappresenta essa stessa una questione metodologica.

Non è necessaria una posizione metodologica determinata per dare una risposta negativa a tale domanda; infatti il ricercatore non può fare a meno di riflettere sul suo modo di procedere: ogni ricercatore è quindi anche un metodologo, magari suo malgrado.

Una metodologia non può fare altro che facilitare (nel migliore dei casi) il progresso della conoscenza; è evidente peraltro che tale progresso è un fine, per il conseguimento del quale sono necessari oltre al metodo, anche numerosi altri fattori, fermo rimanendo che la metodologia fornisce raccomandazioni spiegando in che modo le opportunità di far progredire la conoscenza possano essere ottimizzate.

Nel concetto di progresso della conoscenza si esprime pur sempre un ideale della scienza, sicché la riflessione sulla metodologia è sempre riflessione sugli ideali scientifici.

Ecco perché la metodologia non è una scienza empirica, occupandosi essenzialmente di valutazioni, né può essere soltanto logica applicata, perché gli aspetti logici costituiscono solo una dimensione parziale dei punti di vista rilevanti per la ricerca.

2. Si è discusso se la scienza giuridica sia corredata di una metodologia sua propria ovvero di una metodologia mutuata da altre discipline.

Ora da un lato è innegabile che la scienza giuridica abbia mutuato procedimenti propri di altra disciplina (si pensi alla logica, alla retorica, alla dialettica), dall'altro però tali procedimenti sono stati utilizzati per le particolari finalità di tale scienza, per cui non si è lontani dal vero se si dice che ne siano stati trasformati.

A tale riguardo è d'uopo evidenziare la nascita nella Germania della seconda metà dell'Ottocento di un'importante disciplina la *allgemeine Rechtslehre* (teoria generale del diritto). Nella genesi della *allgemeine Rechtslehre* ha giocato un ruolo decisivo l'esigenza di generalizzare taluni concetti fondamentali del diritto privato per costruire il nuovo diritto pubblico dell'impero (Reich) tedesco, generalizzazione che produrrà quei concetti giuridici fondamentali (*juristische Grundbegriffe*) che costituiranno l'oggetto della teoria generale.

Com'è noto, in Germania vi era da secoli un diritto privato comune costituito dal diritto romano attuale (*usus modernus Pandectarum*); ora lo spirito del giuscivile tedesco del secolo XIX era di dare vita ad un sistema dotato della precisione di un sistema matematico, ove concetti e definizioni

appaiano perfettamente coerenti l'uno con l'altro, veri e propri dogmi, sulla cui esattezza si credeva fermamente; le stesse soluzioni casistiche della giurisprudenza erano così sottoposte ad un processo che ne conduceva alla generalizzazione in concetti e categorie sempre più comprensivi ed estesi da cui poi dedurre le singole regole pratiche ed applicative.

Non vi era invece un diritto pubblico comune, se si escludono i residui di quell'impero germanico (il primo Reich) che Pufendorf e successivamente Hegel avevano considerato negativamente sotto il profilo giuridico e politico. Il diritto pubblico era di rilievo piuttosto politico che giuridico, e, come tale, insuscettibile di una trattazione rigorosa.

Si è esattamente osservato che tale situazione dura per tutta la prima metà del sec XIX nel cosiddetto *Vormarz* (*ante* – Marzo 1848, data della fallita rivoluzione tedesca) ed anche per una parte della seconda nel cosiddetto *Nachmarz* (*post-Marzo*), ove esisteva appunto una asimmetria tra diritto pubblico e diritto privato.

In effetti il diritto pubblico restò per molto tempo oggetto o di speculazioni filosofico-politiche (per lo più improntate ad una concezione del popolo e

dello Stato di tipo organicistico, sì da assimilare i gruppi umani ad organismi biologici) oppure di sterili rassegne dei diritti interni ai trecento piccoli Stati tedeschi.

Per converso la pandettistica (civilistica tedesca) favorita dalla forte ripresa dall'aristotelismo in Germania, e nel solco della tradizione del diritto comune romano-canonico (affermatosi in tutta Europa con l'opera dei Commentatori e la diffusione del "bartolismo") aveva stabilito da tempo il primato della civilistica, attraverso un'elaborazione dogmatica, portata ad un insuperato livello di elaborazione tecnica; essa infatti, riuscì a coordinare gli elementi consuetudinari ed i diritti particolari dei singoli territori con i materiali dello *jus commune*, in una sintesi che valicava i confini dei vari Stati affidando ai giuristi di formazione romanistica la funzione di interpreti (e di garanti) dell'unità sostanziale dell'orbe cristiano.

Riprendendo l'accostamento logico-deduttivo dei giusrazionalisti; come mostra nella prima fase della sua produzione giuridica Rudolf Von Jhering, il metodo viene caratterizzato come konstruktion (costruzione giuridica).

In base a tale metodo (che alla fine del sec. XIX verrà definito come *Begriffsjurisprudens* giurisprudenza dei concetti) il giurista dovrebbe scomporre le norme nei loro costituenti logici, i concetti, dai quali potrebbe poi ripartire per costruire nuove norme.

Questo metodo della costruzione giuridica (chiamata anche storico-naturalistico, per influenza del positivismo scientifico) si ritrova nella famosa analogia fra i concetti oggetto della scienza giuridica ed i corpi studiati dalle scienze naturali, proprio come i corpi biologici così i concetti potrebbero accoppiarsi e riprodursi generando altri concetti.

Il giurista si comporterebbe così come il teologo dommatico, che rispetto alle verità indiscutibili della fede, si vede attribuito il massimo di potere reale (ed il minimo di responsabilità politica) e l'interpretazione religiosa si esercita, al pari di quella giuridica, sui rispettivi testi sacri, autorappresentati in termini mitologici.

Così secondo i civilisti tedeschi dell'Ottocento spettava alla giurisprudenza teorica costruire le forme e gli schemi scientifici con cui leggere i rapporti sociali dettando la regola e la definizione.

Ciò rispondeva appieno alla mentalità schematizzante, astrattizzante e generalizzatrice della scienza germanica e portò al culto della “sistematica” che, in virtù del prestigio della scienza tedesca nel secolo XIX diverrà anche il tratto predominante della scienza giuridica di gran parte dell’Europa continentale compresa quella italiana che fortemente ne sentì l’influsso.

Comunque, appare evidente che il concettualismo pandettistico testimonia pur sempre uno sviluppo della giurisprudenza civilistica perchè il contrasto faceva emergere lo stato deterioro in cui versava il diritto pubblico.

Tuttavia fu proprio nel Nachmarz (ed in modo via via maggiore allorché si accelerava il processo di unificazione tedesca) che l’impresa di costruire scientificamente il diritto pubblico in Germania fu realizzata per merito in particolare da Carl Friedrich Von Gerber che può essere considerato quindi il vero fondatore del diritto pubblico tedesco.

Egli, specie nei suoi celebri “*Grundzuche des deutschen Staatsrechts*” (1865 – 1880) cioè “Lineamenti fondamentali del diritto pubblico tedesco” ha gettato le fondamenta metodiche, sulle quali poi la dottrina giuspubblicistica avrebbe foggiate le sue costruzioni teoriche.

Ed infatti con il “depurare” la giuspubblicistica tedesca dalle astrazioni filosofiche e politiche (siccome mere “ideologie”), trasferendo nel campo del diritto pubblico tedesco i criteri sistematici, “costruttivi” elaborati dalla giurisprudenza dei concetti, il risultato venne conseguito dal Gerber tramite la “manipolazione” dei concetti del diritto privato e la loro trasposizione nel diritto pubblico.

Così, come i pandettisti avevano considerato il diritto privato come l’insieme delle facoltà attribuite al soggetto (ed esercitabili da questi tramite una manifestazione di volontà) il diritto pubblico poteva essere concepito come l’insieme delle facoltà conferita allo Stato.

Quindi quest’ultimo poteva essere considerato come persona giuridica pubblica, sul modello della persona giuridica privata dotata di una propria volontà.

Se – per Gerber – i precedenti scrittori di materia pubblicistica avrebbero guardato ad essa “da un punto di vista (meramente) naturalistico” considerando Stato e popolo alla stregua di un organismo il Gerber stesso

guardava “dal punto di vista giuridico” per il quale il popolo conseguirebbe la personalità giuridica nella forma dello Stato.

Il metodo del diritto privato e quello del diritto pubblico erano perciò identici, avevano la stessa configurazione rispetto al fine.

Per il Gerber, nella scienza del diritto pubblico, politico doveva essere non lo scopo, ma la materia da valutare soltanto nel senso della “più rigorosa scienza giuridica”.

Ad avviso del Gerber le condizioni politiche erano, per la comprensione scientifica, esclusivamente il “fattivo” il “naturale” elemento che infine va disposto in principi giuridici così come nel diritto privato accade per i motivi della vita etica individuale. Quindi, tagliati fuori dalla loro origine storica, isolate dai reali rapporti di forza del presente, sottratte sia alla considerazione filosofica che alla critica politica, le nude massime giuridiche divennero l’oggetto dell’elaborazione propriamente “giuridica”.

Vero è che la scelta del Gerber di una considerazione c.d. “apolitica” delle istituzioni giuridiche del diritto pubblico significava per ciò stesso una scelta politica. La concezione “puramente giuridica” dello Stato era in realtà

l'espressione di una concezione "politica determinata" (ben diversa del primo liberalismo tedesco dell'*Albrecht*, firmatario della famosa protesta dei "sette di Gottinga" contro il monarca che aveva violato la giurata costituzione).

Quindi il rifiuto della politica da parte del Gerber, date le condizioni, non era una confessione di sentimenti apolitici, ma significava aprire la strada alla moderna statolatria giuridica.

A ragione si è osservato che allorché il Gerber "scambio la cattedra con il seggio di ministro, non a torto s'ebbe l'impressione che questa permuta corrispondesse alla sua personalità e significasse per lui un'evoluzione naturale" (Pier Luigi Lucchini).

Comunque sia, è interessante osservare come lo stesso Gerber fosse consapevole del rapporto fra metodo scientifico dello studio del diritto da lui propugnato e l'insegnamento dello stesso nelle Università.

Egli parallelamente all'antitesi fra storia e sistematica (o scienza giuridica) contrappone l'insegnamento del diritto volto all'apprendimento storico (come tale "esteriore") delle sue prescrizioni e quello atto invece a "formare"

il giurista nella sua “interiore capacità di pensare giuridicamente”, cioè nel senso più sicuramente pragmatico.

Dopo la fondazione del secondo *Reich* ad opera del cancelliere Otto Von Bismark (1871) toccò a Paul Laband proseguire l’opera del Gerber, benché fra i due autori vi sia continuità più rispetto al metodo che rispetto all’oggetto cui lo si applica; infatti il modo di trattare il diritto pubblico inaugurato dal Gerber viene caratterizzato dal Laband quale “metodo giuridico” espressione che era destinata ad avere fortuna anche in Italia; in altri termini, l’approccio concettualistico proprio del diritto privato e che era ritenuto giuridico per antonomasia si estendeva alla dottrina pubblicistica che doveva diventare giuridicamente “pura” rifuggendo oltre che dai “punti di vista” politici o filosofici da tutte quelle considerazioni finalistiche e valutative che si riteneva fossero estranei alla scienza giuridica retamente intesa. La novità intervenuta nel frattempo era che ormai esisteva uno Stato tedesco, dotato di proprie leggi e di una propria costituzione. Il Laband considerava il diritto pubblico almeno tendenzialmente esaurito dalla

Costituzione e dalle leggi tedesche considerate espressioni della volontà dello Stato.

S'impone così anche in Germania quel giuspositivismo legislativo e statualistico che subito dopo si sarebbe affermato anche nel diritto privato, in virtù della codificazione operata dal B. G. B. (*Bürgerliches Gesetzbuch*, 1900). Laband ha esposto la sua dottrina metodica essenzialmente nelle prefazioni alla prima (1876) ed alla seconda edizione (1887) della sua principale opera dogmatica *Das Staatsrecht des Deutschen Reich* (Diritto pubblico dell'impero germanico); Laband giustificava la riduzione dell'attività giuridico-scientifica alla dogmatica e quindi l'esclusione di ogni altra forma di considerazione del diritto con la necessità di una divisione scientifica del lavoro. Respingeva così l'accusa dei critici contemporanei che si volesse dare un giudizio negativo sull'importanza dell'economia, della politica della storia e della filosofia per la conoscenza generale del diritto, esaltando però una dogmatica coerente come unico scopo di ogni lavoro giuridico-scientifico. Il compito scientifico della dogmatica, per Laband, doveva svolgersi soltanto a mezzo della logica e dall'uso esclusivo di essa, e

così il Laband si riprometteva una concezione rigorosamente obiettiva del diritto.

A siffatta visione “giuridica” il diritto si presentò come un sistema di concetti giuridici generali, disposto logicamente, svincolato da presupposti e da scopi. In queste condizioni il pensiero giuridico apparirà analogo a quello matematico ed il risultato falso di una considerazione giuridica corrispondeva ad un errore di calcolo. Tale scienza del diritto pubblico approdava così a “verità giuridiche” e le cercava nella correttezza logica.

Non c'è da meravigliarsi se ormai, in questo periodo, si disputasse della possibilità di elevare la giurisprudenza teorica a scienza esatta e questa disputa poggiava su problemi di fondo della scienza giuridica in generale.

Laband concepì la conoscenza giuridica come un dedurre da concetti giuridici generali, riducendo i fenomeni reali sociali ad astrazioni e deducendo da questi <<verità>> scientifiche assiomatiche.

La dottrina “metodica” di Laband ha peraltro conosciuto serrate critiche la più acuta delle quali si deve al Gierke, vertendo sul metodo scientifico di conoscenza della vita sociale nel campo della scienza giuridica, sulla

questione cioè se la realtà sociale si possa comprendere in sè stessa, nelle sue condizioni reali, o partendo invece da concetti generali, dall'idea (il che conduceva, rispettivamente, ad un indirizzo delle scienze giuridiche empirico-induttivo o logico-deduttivo).

I punti essenziali delle critiche al c.d. “metodo giuridico” di Laband (fondato, come si è detto, sulla validità assoluta di categorie formali e sull'efficacia dell'argomentazione logica che con formula sintetica si può qualificare del “sapere depurato”) erano i seguenti: 1) il formalismo logico; 2) la formazione logico - matematica dei concetti e lo snaturamento dei concetti giuridici; 3) il positivistic isolamento della norma giuridica; 4) la mancanza di fondamenti storici; 5) la mancanza di basi filosofiche; 6) la radicale separazione fra diritto pubblico e politica; 7) la rinuncia a considerazioni teleologiche e valutative; 8) l'apparente obiettività dei risultati raggiunti in modo “puramente giuridico”; 9) la funzione “legittimistica” del “metodo giuridico”.

In effetti in Laband (come in Von Gerber) il “metodo giuridico”, al di là delle apparenze, era pur sempre espressione di una determinata dottrina politica.

Ed invero, dopo il 1870 la funzione giuridico-politica del “metodo giuridico” consistette nel legittimare i rapporti di diritto pubblico del “Reich” imperiale, con l’escludere ogni critica politica di sorta.

La premessa politica della dottrina “giuridica” del diritto pubblico in Laband era l’affermazione del predominio del regime monarchico-conservatore e – com’è stato facilmente osservato (Wilhelm) – la dottrina del diritto pubblico di Laband (come lo stesso Laband, nelle sue memorie, orgogliosamente ostentava) finì con l’ottenere il rango di dottrina ufficiale.

Così con il “metodo giuridico” ed in particolare con l’estensione al diritto pubblico dei concetti fondamentali del diritto privato quali persona giuridica, negozio giuridico, rapporto giuridico, diritto soggettivo, etc, si formò un nucleo di concetti generali, comuni a tutto il diritto tedesco.

Nell’ultimo quarto dell’Ottocento (all’indomani dell’unificazione tedesca) si parlò quindi di una disciplina autonoma, specializzata nella teorizzazione di

questi concetti; così la nozione di *allgemeine Rechtslehre* (Teoria generale del diritto) fu compiutamente formulata dal civilista Adolf Merkel che propugnò la sostituzione della *Rechtsphilosophie*, quale riflessione meramente filosofica e quindi non scientifica sul diritto con una Teoria generale del diritto, elaborata da giuristi e non da filosofi ed intesa a sistematizzare i concetti giuridici comuni di vari rami di uno stesso diritto positivo. Si badi che una delle ragioni principali dell'ostilità alla filosofia del diritto era il carattere (più o meno) scopertamente giusnaturalistico di gran parte di quest'ultima. Al volgere del secolo le tesi dei teorici generali peraltro divennero bersaglio di attacchi concentrici dei vari gruppi di giuristi, chiamati sinteticamente movimenti anti-formalisti (si pensi allo storicismo, alla giurisprudenza degli interessi, al movimento del diritto libero, alla sociologia del diritto, alle varie tendenze del realismo giuridico, al socialismo giuridico, all'*École Scientifique* francese, etc).

Tali tendenze (accomunate solo dall'opposizione al formalismo) miravano per un verso a superare il postulato che tutto il diritto si identificasse con la legge e per altro verso a combattere quella pretesa "scientificità" che

conduceva la scienza giuridica in un concettualismo sempre più astratto, recuperando al mondo del diritto e della sua scienza la concretezza della vita, nella convinzione che non esistano soluzioni che siano imposte da una “logica” che domini dall’esterno, tutto il diritto.

A fronte del metodo sistematico, su esaminato, in auge nei Paesi tedeschi, sta l’*école de l’exégèse* (scuola dell’esegesi) fiorita in Francia per tutto il sec. XIX, ma il cui massimo sviluppo si ebbe fra il 1830 ed il 1880.

Essa intese il diritto come stretto commento delle norme di legge, articolo per articolo, secondo l’ordine seguito dal legislatore. Così il codice, interpretato letteralmente, avrebbe fornito la risposta a qualsiasi problema di contenuto; si tratta quindi della versione laica dell’antico volontarismo teologico, che riduce il diritto alla volontà non della volontà psicologica, ma dello Stato, liberando quest’ultimo da tutti quei limiti al suo potere che il giusnaturalismo del Sei e del Settecento aveva dedotto da quello che era considerato diritto naturale.

Tutto ciò induce lo studioso del diritto a non spingere la propria indagine al di là delle norme positive che appaiano di per sé già una costruzione

razionale si da rendere superflua ogni elaborazione e sistemazione di concetti.

A ciò si aggiunga il motivo ideologico della conformità di detta tesi ai due miti della certezza del diritto e della divisione dei poteri; ogni tendenza filosofica fu soffocata come pericolosa per l'autorità dello Stato.

Così per interpretare il diritto non occorre altro che riconoscere la volontà del legislatore ed il movimento in parola, incoraggiato dalle autorità statali, intendeva smantellare il principio della razionalità dell'interpretazione.

Nelle declamazioni degli esegeti il diritto e la legge si equivalgono, le altre componenti giuridiche – consuetudine, dottrina, giurisprudenza, diritto naturale – sarebbero di importanza secondaria.

Il risultato dell'influenza di tale "scuola" sul panorama giuridico sarà che il diritto verrà affidato ai pratici. La classificazione del metodo francese (specie nel già citato periodo 1830 – 1880) come metodo esegetico serve a spiegare che l'interprete francese dell'epoca non concettualizza, non elabora giudizi di valore. Il professore, quindi, analizza *regole del diritto* che sono

innanzitutto regole legali, integrate, se occorre, da regole romane, da regole consuetudinarie, da regole regie.

Concependo il legislatore come l'autore di un universo di regole, si comprende che il giudice (specie quando è alle prese con le lacune della legge) prosegua l'opera del legislatore; egli infatti darà vita a nuove regole più dettagliate di quelle legali, ma per il resto partecipa della stessa natura e struttura delle regole legali. Così dal 1843 la regola giudiziaria assumerà un'importanza crescente. Non è un caso che una parte degli scrittori francesi dell'epoca fosse costituita da magistrati, e non da professori.

Il metodo è, più o meno, lo stesso presso tutti i rappresentanti della suddetta scuola dell'esegesi, dai suoi fondatori Carlo Bonaventura Maria Touillier, Giambattista Vittorio Proudhon, Claudio Stefano Delvincourt, Alessandro Duranton, fino ai suoi esponenti maggiori, Carlo Aubry, Federico Carlo Rau, Raimondo Teodoro Troplong, Giovanni Carlo Fiorenzo Demolombe, Vittorio Napoleone Marcadé ed il belga Francesco Laurent.

Dal metodo di questi giuristi risulta una concezione del diritto assolutamente statica, legata all'autorità della legge intesa come dato oggettivo, fino a

rinnovare così quello stesso atteggiamento anti-storicistico che aveva viziato il giusnaturalismo settecentesco.

In altri termini, l'attribuzione della razionalità al legislatore comportò la medesima attribuzione al prodotto della sua volontà. Quindi il valore assoluto che in una concezione giusnaturalistica viene attribuito al diritto naturale per la sua conformità alla ragione venne trasferito al diritto empiricamente posto dalla volontà dello Stato che divenne così il solo, vero diritto.

3. E veniamo ora al “metodo” nell'esperienza giuridica italiana. In Italia, in assenza di una dottrina originale, quantomeno a cavallo della rivoluzione francese, occorreva ricorrere a modelli esteri già noti.

In un primo tempo, prevalse il modello francese che era familiare ai giuristi di quasi tutta la penisola. L'Italia, dotata di leggi a carattere francese, utilizzò in una prima fase, la dottrina francese e così gli scaffali del giurista italiano si riempirono di opere francesi (tradotte o in originale) sicché le opere italiane erano imbevute di citazioni francesi.

Si venne così a creare un'area giuridica uniforme franco-belga-italiana ed in tale periodo i civilisti svolgono una funzione di guida e di modello per molte altre discipline. Ben presto, però, si giunse ad un mutamento, che viene quindi individuato ed espresso dal passaggio da una metodologia di tipo esegetico (strettamente dipendente dalla tradizione francese) ad una metodologia di tipo "scientifico" ispirata alla rinnovata tradizione tedesca, di stampo pandettistico. In effetti i risultati della pandettistica tedesca, che nel nostro Paese comincia a godere di un grande prestigio suscitano ben presto un'incondizionata ammirazione. Gli italiani (romanisti o studiosi del diritto positivo) si orientarono verso la recezione del modello tedesco che coinvolgeva ad un tempo il metodo e le singole concettualizzazioni.

Come già si è detto, la caratteristica essenziale di questo nuovo indirizzo consiste nell'anelito alla "scientificità" ed alla costruzione "sistematica" che consentisse il superamento dell'ossequio pedissequo al dettato legislativo e quindi ai metodi interpretativi di osservanza esegetica.

Notevole fu così l'influenza della pandettistica tedesca sui vari centri della cultura giuridica italiana nel XIX secolo favorita dal fatto che gli studi

giuridici in Italia rimasero più a lungo che in Francia legati alla tradizione romanistica, ora filtrata attraverso le mirabili costruzioni sistematiche che erano state compiute dalla dottrina tedesca.

Quindi il suddetto “mutamento”, preparato da tempo, passa in Italia attraverso la mediazione della romanistica italiana nei decenni che precedono e seguono la metà del XIX secolo, con i riflessi che su di essa ebbero gli studi romanistici tedeschi e la Pandettistica, nel convincimento che i procedimenti e le mete di quest’ultima si identificassero con le finalità della cosiddetta filosofia “scientifica”. Giunsero così nel pensiero giuridico italiano tutte le definizioni nonché la sistematica tedesca. Abbiamo quindi la recezione delle nozioni di parte generale: il soggetto, il rapporto giuridico, le vicende, la fattispecie, il negozio giuridico. E la lingua italiana dovette rifornirsi di tutti i termini che erano necessari per esprimere le idee tedesche. Da allora il ragionamento cominciò a privilegiare il concetto, e l’elaborazione della “regola” conseguì alla concettualizzazione.

L’imitazione dei risultati dottrinali tedeschi recava con sé il problema della loro armonizzazione con le norme di diritto positivo.

La recezione della dogmatica formulò su nuove basi la priorità della dottrina sulla pratica ed il linguaggio dogmatico si trasferì dalle aule universitarie ai palazzi di giustizia, avendo la giurisprudenza (pratica) accettato questo stato di cose. Da allora (grosso modo dal 1865 – 70) il modello francese perse quasi del tutto la sua presa sul giurista italiano a favore del modello tedesco, sicché anche gli avvocati ed i magistrati cominciarono ormai a parlare nei termini di negozio giuridico, annullabilità, estinzione e ricostituzione del rapporto, etc. Vero è che la dogmatica, di origine pandettistica, pur prendendo le mosse dalle fonti romane le superava ampiamente, introducendo concetti nuovi, che gli italiani incontravano per la prima volta ma che erano sconosciuti alle fonti giustinianee sicché tale dogmatica, sia pure a base romana, non faceva rinascere la componente romana del diritto italiano applicato e screditava nel contempo le interpretazioni a modello francese.

La predetta nuova fase della recezione in Italia della dogmatica rappresentata autorevolmente da studiosi civilisti (Nicola e Leonardo senior Coviello, Francesco Ferrara senior, Giuseppe Messina, Ettore De Ruggiero, Vittorio

Polacco, Giovanni Pacchioni), si estese ai pubblicisti (V. E. Orlando) ai processualisti (Chiovenda) ed agli studiosi degli altri rami del diritto.

4. Vittorio Emanuele Orlando si può considerare a ragione il padre della rinnovata giuspubblicistica italiana della seconda metà del sec. XIX.

In Orlando il canone d'indagine diviene appunto il cosiddetto "metodo giuridico" (o tecnico – giuridico) consistente nella depurazione dell'indagine, perché si possa considerare "scientifica", da tutti gli elementi ritenuti estranei, cioè gli elementi etici, psicologici, economici, etnologici, sociologici, politici, ideologici, o, come si suol dire, "metagiuridici", e da ogni considerazione moralistica, utilitaria, etc, ossia valutativa.

Tali elementi a tali considerazioni (nell'indirizzo metodologico dell'Orlando) possono formare oggetto di altre ricerche, ma devono rimanere fuori dall'area della ricerca giuridica la quale deve invero volgersi esclusivamente all'interpretazione e sistematizzazione del diritto nella sua positività, quale risulta dal complesso delle norme effettivamente vigenti, per lo più individuate nelle norme poste o riconosciute dallo Stato.

Si tratta, quindi, di una concezione imperativistica, statualista e positivista del diritto che pone ad oggetto della scienza giuridica solo le norme, assunte come espressione e prodotto di una volontà terrena superordinata.

L'Orlando, in una serie di scritti fra il 1885 ed il 1889, propugna che il diritto pubblico "si consideri allo stesso modo che il diritto privato, come un sistema di princìpi giuridici sistematicamente coordinati" e che "è la legge che suppone il sistema organico del diritto, non già il sistema giuridico che suppone la legge". Egli, in effetti, è preso di ammirazione per l'alto grado di perfezione, specie tecnica, assunto dagli studi di diritto privato, criticando peraltro apertamente il metodo francese della scuola dell'esegesi costituendo, per l'Orlando, il metodo esegetico ("del commento pedestre") specie nel campo del diritto pubblico (che è privo di una codificazione) l'ultima, la meno nobile e degna manifestazione del pensiero e dell'attività creativa giuridica. Secondo l'Orlando (e proprio per ciò egli segna un netto discrimine con i suoi predecessori e contemporanei), riducendo il giurista ad esegeta "non si ha più una scienza del diritto, ma un'arida casistica".

Così per l'Orlando il modello del giurista è quello di un costruttore, soggetto attivo e non servile, incarnato nella storia antica del giureconsulto romano e in quella moderna del pandettista tedesco.

In proposito – scrive nella prolusione tenuta all'Università di Palermo nel 1889 – “Se noi lamentiamo che i cultori del diritto pubblico sono troppi filosofi, troppo politici, troppo sociologicisti e troppo poco giureconsulti, mentre soprattutto giureconsulti dovrebbero essere, qual modo migliore, più sicuro e più semplice potrà tenersi perché la trasformazione avvenga che uno studio profondo dei metodi proprii a quelle scuole che di *jurisprudencia* sono modello?” Oltre all'esigenza di seguire un corretto metodo scientifico, l'Orlando propugnò altresì l'esigenza di non perdere mai i contatti con la realtà fenomenica della vita del diritto, sicché in lui si fusero in rara sintesi, il senso sistematico ed il senso pratico. Proprio per sottolineare quest'ultima esigenza l'Orlando tenne sempre aperta quelle che egli stesso definì la sua “bottega di artigiano giuridico” in cui si dibattevano con fervore casi pratici offerti dalla vita di ogni giorno; in ciò si può ritrovare il segno di un'ideale continuità che richiama alla mente la tradizione della Scuola socratica e

dell'Accademica platonica. Egli infatti affermava che “il diritto per quanto considerato in forma di categoria generali, conserva sempre un'intima connessione con istituti non soltanto positivi, ma anche viventi, attuali, moderni, anzi addirittura contemporanei”. Ma Orlando fu consapevole che una delle conquiste della epistemologia moderna consisteva proprio nell'affermarsi del “principio della divisione del lavoro scientifico”, che l'elettismo fosse un nemico da sconfiggere non trattandosi di circondare il diritto di una specie di muraglia della Cina, ma di riconquistare un'identità culturale.

Ma per costruire una metodologia del diritto pubblico, era necessario partire dall'idea dell' unità del diritto, occorreva procedere per via di sintesi fino a risalire ad una più ampia sintesi che è il sistema. Sarebbe un po' (per usare una sua analogia) come risalire un fiume fino a pervenire alla estrema sorgente.

Per far ciò, l'Orlando partì dalla contrapposizione fra il diritto positivo ed il diritto generale (che l'Orlando chiamava pubblico, in quanto il momento

originario di ogni norma giuridica riporta al diritto pubblico) per giungere fino alla teoria generale del diritto.

E quindi l'ansia di cogliere gli aspetti unitari del diritto e di risalire alle sue estreme sorgenti lo spinse a dedicare la maggiori attenzioni ai principi fondamentali del diritto e dello Stato.

L'Orlando altresì fin dalla sua prolusione palermitana del 1889 conferì alla nascente dottrina del diritto pubblico come funzione di sostegno della nostra identità nazionale: "il sangue dei martiri ed il consiglio degli statisti ci diede lo Stato italiano, la scuola giuridica deve essa ora dare la scienza del diritto pubblico italiano. Il soffio del diritto bisogna che animi quelle istituzioni per il conseguimento delle quali una così lunga serie di generazioni ha combattuto e sofferto..."

L'Orlando, animato da una viva passione civile, mette a disposizione le proprie energie di giurista, sentendosi chiamato ad irrobustire il giovane edificio politico. E qui ancora la teoria si fonda con la prassi, la dimensione culturale congiungendosi con quella ideologica, anche se, nel contempo, la

cosiddetta “autonomia del giuridico” svolse pur sempre una funzione di difesa della cultura dalle invadenze della politica.

Per l’Orlando, come condizione essenziale per poter incidere non basta una prolusione accademica (o diverse prolusioni ravvicinate nel tempo) ma occorre la possibilità di documentare le capacità costruttive con uno stimolo per il legislatore e per la giurisprudenza pratica.

E così l’Orlando fondò la sua rivista, l’*Archivio di diritto pubblico*, rivista che nel sec. XIX (la sua vita è compresa fra il 1891 e il 1896) appare particolarmente qualificante per la qualità scientifica, sulla base del “Programma” che l’Orlando redasse per il primo fascicolo: “cerchiamo di fondare una scuola, cerchiamo di coordinare i nostri sforzi, cerchiamo di rendere solidale il nostro studio” ed ancora “contribuire a quella coordinazione di lavoro scientifico da cui soltanto potrà sorgere una scuola nazionale di diritto pubblico”.

Come si è giustamente osservato (Paolo Grossi) occorre ancora quali strumenti divulgativi del nuovo verbo veri e propri strumenti scientifici che valessero a diffonderlo fra gli studenti e gli operatori pratici, ultimo tassello

mancante alla realizzazione del progetto, “I Principii di diritto costituzionale” (1889), cui seguirono “I Principii di diritto amministrativo” del 1891.

Il programma dell’Archivio si trasfuse mirabilmente in tali “Principii” ed in particolare l’Orlando aveva intuito che nessuna nuova identità disciplinare giuspubblicistica fosse pensabile senza il decisivo riferimento alla P.A. ed al diritto amministrativo.

Il diritto amministrativo supera così l’originaria configurazione dell’inizio dell’Ottocento, di un semplice “diritto civile nei suoi rapporti con la pubblica amministrazione” conquistando un’identità disciplinare paragonabile a quelle delle altre scienze giuridiche.

La definitiva conquista della “specialità” amministrativa si ottiene attraverso un’armatura metodologica che respinge, come si è visto, gli “eccessi filosofico-esegetici”, costruendo una dogmatica propria ed una problematica propria degli oggetti specificatamente pubblicistici che corrisponde ad uno “statuto speciale” fondato in particolare sulla supremazia, sulla unilateralità, su una limitata responsabilità.

Vengono così ridotte ad un ruolo semplicemente ancillare quelle discipline che si proponevano lo studio delle “materie amministrative in senso politico” (dalla Verwaltungslehre di Lorenz Von Stein alla scienza dell’amministrazione di Carlo Francesco Ferraris).

Si apre così la possibilità di realizzare anche nel diritto amministrativo una “parte generale” sul modello pandettistico, e la predetta possibilità dipende in buona misura proprio dalla distanza che comincia a fraporsi con gli elementi empirici dell’attività amministrativa.

Ormai, grazie soprattutto all’Orlando, non si potrà più ripetere quello che Paul Laband sostenne recensendo polemicamente nel 1886, La Teoria del diritto amministrativo francese di Otto Mayer: “Il diritto amministrativo non è una specifica disciplina del diritto, ma è la somma di quelle norme che riguardano la pubblica amministrazione. Non esistono princìpi giuridici propri e speciali del diritto amministrativo”.

La storia, per così dire, cosciente, del diritto amministrativo, quale categoria disciplinare, era iniziato, nel nostro Paese, nel 1814 con le Istituzioni di diritto amministrativo di Giandomenico Romagnosi (che raccolse le lezioni

da lui tenute presso le Scuole speciali di Milano) ripubblicate a Firenze nel 1832 con l'aggiunta di alcune note a sentenza sotto il titolo Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni.

Il Romagnosi (1761 – 1835), vissuto fra due secoli, e a cui compete un posto d'onore nella storia del pensiero italiano, inclinò al metodo discorsivo che associando i fatti e le idee, si fermava agli assiomi medi, che esprimono verità comuni facilmente accessibili agli uomini di sperimentato giudizio.

Al Romagnosi quindi si deve la prima trattazione scientifica della normazione amministrativa (1814) anteriore anche a quella che suole citarsi come la più antica delle trattazioni francesi, cioè agli Eléments de jurisprudence Administrative del Macarel (Paris, 1818).

Le opere italiane del periodo successivo in genere si limitarono ad esporre ed a commentare il diritto positivo dei veri Stati italiani; così le opere generali del diritto amministrativo del Piemonte (Lione, Aliberti e Vigna) del Lombardo-Veneto (Lorenzoni) della Toscana (Galeotti, Rignano) delle due Sicilie (Liberatore, Rocco, Dias).

Dalle citate opere si distaccava per il suo carattere organico e sistematico, il Trattato di Giuseppe Manna, Il diritto amministrativo del Regno delle due Sicilie (Napoli, 1840).

Il Manna ripubblicò la parte teorica del predetto trattato intitolandola Partizioni teoretiche del diritto amministrativo (Napoli, 1860).

L'influenza della sua opera durò a lungo (il suo trattato ebbe una terza edizione dopo la sua morte, per cura di Giovanni Telesio, Napoli, 1876 – 1878) e fu largamente utilizzato dalla dottrina posteriore.

La letteratura posteriore all'unificazione italiana annoverava, fra le opere generali quelle dello Scolari (Diritto amministrativo, Pisa, 1866) del Persico (Principii, Napoli, 1866, 4 ed, 1890) del De Gioannis Giaquinto (il cui ampio corso fu pubblicato a Firenze 1877 – 1881) e soprattutto, come rilevante tentativo di esposizione sistematico, del Meucci le cui Istituzioni (Torino 1879, 5 ed.1914) rappresentarono il miglior prodotto di quegli anni.

Non trascurabile è pure l'opera del fiorentino Giuseppe Mantellini, giurista assai colto (che si ricollegava al diritto romano comune ed alle tradizioni patrie) Avvocato Generale erariale (la cui opera più notevole è lo Stato e il

codice civile, volumi 3, Firenze, 1880 – 1892) cui un noto civilista del tempo Carlo Francesco Gabba affibbiò la spregiativa qualifica di “avvocatesco-erariale” in una celebre *querelle*, critica verso la teorica mantelliana della assoluta irresponsabilità dello Stato in quanto agisce nella veste pubblicistica.

Ma – come è ormai acquisito- esiste uno “stacco qualitativo” fra l’Orlando ed i suoi predecessori e contemporanei

Si deve certamente ascrivere all’Orlando il merito di aver aperto nuove frontiere al diritto pubblico in generale ed al diritto amministrativo in particolare ispirandosi (come si è già detto) alla scienza del diritto pubblico tedesca, animata da criteri di pura logica giuridica, e quindi ad Autori quali i già citati Gerber e Laband, nonché O. Mayer, G. Meyer, Zorn, G. Jellinek, l’austriaco Ulbrich, Schulze, Loening, Sarwey, etc.

In conseguenza del rinnovamento Orlandiano, si ebbe, comunque, una larga produzione d’indole rigorosamente scientifica, alla quale servì di ausilio la conoscenza in specie della dottrina tedesca.

Posizione particolare occupa il Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano diretto dall'Orlando, opera non ultimata, pubblicata in dieci volumi fra il 1897 e il 1925, comprendente una vasta serie di monografie ordinate sistematicamente e dovute ai più autorevoli studiosi della materia dell'epoca (si ricordano Santi Romano, Federico Cammeo, Oreste Ranelletti, Giovanni Vacchelli, Ugo Forti, Arnaldo De Valles, Guido Zanobini, Arturo Carlo Jemolo, etc).

Al rinnovamento Orlandiano del metodo giuridico si ricollegano in varia misura e con maggiori o minori temperamenti, il suo allievo Santi Romano, nei suoi Principi (1901, 1905, 1912), Federico Cammeo il cui Corso (Padova 1911 – 1914) segue molto le partizioni adottate da privatisti, il Forti, nelle sue Lezioni di diritto amministrativo (Napoli 1926 – 1930, 2 ed. 1931 - 1934), il Salandra (Corso, voll 3, Padova, 1913 – 14, Roma, 1915) il Ranelletti (Principi, rimasti ad una semplice introduzione, Napoli, 1912 – 1915) e quindi il Presutti (Istituzioni, Messina 1917-20, 3 ed. 1933-1934) il D'Alessio (Istituzioni, Torino 1932-1934, 2 ed. 1937, 3 ed. 1949) il Vitta

(Diritto amministrativo, Torino 1932-1934, 2 ed 1937) il De Valles (Elementi, Firenze, 1937) etc.

5. Menzione a parte merita il già ricordato Santi Romano (il più illustre discepolo dell'Orlando) il quale si contraddistingue per una poderosa produzione scientifica sviluppatasi in una molteplicità di settori.

La produzione del Romano è dominata peraltro da un pensiero giuridico unitario (progressivamente e gradualmente formato) che culmina in una teoria generale che ha determinato una delle più vigorose correnti innovatrici degli studi moderni.

È d'obbligo il riferimento in particolare al celeberrimo ordinamento giuridico (Pisa, 1917, 2 ed, Firenze 1946) che contiene l'affermazione fondamentale dell'intera opera del Romano, la risoluzione del diritto nelle istituzioni (per cui a ragione l'Autore è stato definito come il pioniere della teoria del pluralismo giuridico in Europa), teoria che ha influito in misura sempre crescente, nella letteratura giuridica italiana ed anche straniera, "genialmente originale", come ebbe a dire lo stesso Orlando.

Il Romano, al rigore tecnico appreso alla scuola di Orlando, aggiunge una fine sensibilità storicistica, la coscienza delle ripercussioni che i mutamenti in corso hanno sul lavoro dei giuristi; si poneva così assillante il problema della centralità dell'amministrazione non più da considerare quale umile ancella cui si affida la cura di mantenere ordinata e ben funzionante la casa (mentre il compito principale, quello cioè di costruire una casa funzionale non sarebbe stato certo il compito dell'amministrazione).

Tanto ciò è vero che nella nota tripartizione dei poteri del Montesquieu non troviamo un accenno vero e proprio alla funzione amministrativa la quale invero rientrava nella formula "pouvoir executif" di cui lo stesso Montesquieu non seppe precisare il contenuto.

Diveniva invece ora particolarmente rilevante il problema della definizione e costruzione del complicato sistema di forme organizzative, di attività, di istituti giuridici che davano figura autonoma, accanto allo Stato costituzionale al cosiddetto Stato amministrativo.

In effetti fin dall'inizio del sec. XX si assisteva ad uno spostamento dell'asse portante di tutta la struttura pubblica; se, infatti, nello Stato liberale

censitario tutto pareva incentrarsi in un forte nucleo costituzionale di cui la P.A. sembrava situarsi ad un livello semplicemente recettivo di quello, ormai l'amministrazione rappresentava il nucleo dinamico dello Stato, ben diverso dal semplice Stato risorgimentale imperniato invero sulla centralità del Parlamento e sul ruolo esclusivo della legge; così sempre più si impone all'attenzione la vitalità dell'amministrazione come potere necessario in cui si inverteva un ordinamento giuridico autonomo.

La teoria del Romano ha così contribuito in modo determinante alla rivalutazione del principio di effettività, che non può non ritrovarsi alla base di qualsiasi ordinamento.

Dice acutamente il Romano: "Non la realtà si deve – dal giurista – subordinare al concetto, ma questo a quella".

"Diritto è soltanto quello che ha avuto la forza di divenire e di imporsi come diritto positivo": << lo Stato legittimo è lo Stato esistente e vitale >>.

"La trasformazione del fatto in un stato giuridico si fonda sulla sua necessità, sulla sua corrispondenza ai bisogni ed alle esigenze sociali".

Raramente diritto e storia si sono incontrati come in questi concetti del Romano.

È quindi giuridicamente insussistente tutto ciò che non sa interpretare le necessità reali di una comunità nella sua storia e non sa allacciarsi alle radici profonde, antiche cui la comunità (nelle sue ragioni e nelle sue origini) si ispira: "la capacità di trasformarsi in istituti giuridici non può riconoscersi se non a quelle forze che in sé abbiano l' idoneità di imporsi e di farsi valere, non con sopraffazioni momentanee, ma con la potenza regolata e continua del diritto". Non bisogna, quindi dimenticare che è coerente a tutti l'insegnamento dell'istituzionalismo la teoria che distingue chiaramente tra ordinamento e disordinamento tra ciò che ha in sé l'attitudine ad ordinarsi in diritto e ciò che manca di tale attitudine.

Uno dei principali meriti di questa dottrina, va cercato quindi nel richiamare l'attenzione dei giuristi sul problema delle forze fornite di capacità creatrice di istituti giuridici ampliando così gli orizzonti della ricerca del diritto.

Recuperando chiaramente il Savigny, in Romano il ruolo delle norme ne esce ridimensionato, l'ordinamento giuridico diviene "un'entità che si muove

in parte secondo le norme, ma soprattutto muove, quasi come pedine in uno scacchiera, le norme medesime, che così rappresentano l'oggetto e anche il mezzo della sua attività che non un elemento della sua struttura".

Si comprende allora che il Romano orgogliosamente proclami che "la scienza del diritto amministrativo ha scopo non descrittivo, ma costruttivo di teorie giuridiche" e che quindi venga nettamente ripudiato quello pseudo metodo consistente in "una semplice ed empirica descrizione".

In tale prospettiva il Romano prende le distanze dalla definizione (divenuta corrente anche nella teoria generale del diritto italiano dell'epoca) del diritto come norma, definizione che rifletterebe le origini privatistiche dei concetti teorico-general, pur rimanendo graniticamente fedele all'idea dell'autonomia della scienza giuridica, nella consapevolezza che il diritto sia suscettibile di applicarsi indifferentemente a qualsivoglia contenuto.

Così, coerentemente, il diritto amministrativo diviene sempre più consapevolmente presenza autonoma e speciale in seno al diritto pubblico, rivendica cioè la sua autonomia disciplinare (emersa già a partire dal 1880

nelle note prolusioni orlandiane) e non si acquieta all'ombra del diritto costituzionale.

Già la dottrina tedesca dell'ultimo periodo tedesco del sec. XIX aveva battuto in breccia il metodo delle scienze dello Stato (*Staatswissenschaftliche Methode*) e così nell'ambito del metodo giuridico si compirà la definitiva conquista della specialità amministrativa. Già nel 1888 O. Mayer si può considerare come uno dei grandi artefici della definitiva conquista della specialità: “Se la scienza del diritto amministrativo deve assidersi come disciplina giuridica di uguale dignità accanto alle altre consorelle, essa deve costituirsi un sistema di istituti giuridici speciali dell'amministrazione dello Stato”.

Come si vede, è così messo in discussione il carattere universale e l'unitarietà del diritto comune civilistico e la diffusione di una giurisdizione amministrativa in tutto il modello continentale offre nuovi appigli, spingendo verso la pubblicizzazione.

Soprattutto dopo la prima edizione de “Principi di diritto amministrativo” di Santi Romano (1901), nessuno certo più potrà nel nostro Paese ripetere

quello che ancora nel 1887 poteva sostenere Paul Laband e cioè che “il diritto amministrativo non è una specifica disciplina del diritto, ma è la somma di quelle norme che riguardano la pubblica amministrazione. Non esistono principi giuridici propri e speciali del diritto amministrativo”.

Invece per il Romano (che affinerà sempre meglio il suo pensiero, nel suo Corso di Diritto Amministrativo, Principii generali, Padova, 1930, 3° ed., 1937) il diritto amministrativo è configurato come il diritto fondamentale e normale delle pubbliche amministrazioni, ripudiando la teoria che, per ragioni storiche ormai sorpassate, consideravano il diritto privato come il diritto comune che vale anche per la P.A. quando le leggi amministrative non derogano ad esso.

Ancora, per il Romano l'accostamento del diritto costituzionale e del diritto amministrativo, indicati assieme con l'espressione “diritto pubblico” (intesa in senso ristretto) è soltanto nominale e terminologico, che ha specialmente lo scopo di mettere in evidenza che si tratta di due sfere del diritto pubblico e che proprio per ciò presentano fra di loro i più stretti legami.

Lo stesso Romano avverte che, in qualche letteratura straniera, e specialmente in quella germanica, la distinzione fra diritto costituzionale e diritto amministrativo era meno netta che nel nostro Paese; soprattutto nel c.d. *Staatsrecht* (Diritto dello Stato) spesso era concepita in modo da comprendere le linee essenziali del diritto amministrativo.

Ciò non toglie – sempre secondo il Romano – che il diritto costituzionale sia il tronco da cui dipartono poi i vari rami delle branche giuridiche ma lo stesso deve dirsi rispetto alle sue relazioni, oltre che con ogni altro ramo del diritto pubblico, anche con il diritto privato.

Unire, quindi, la trattazione del diritto costituzionale a quella del diritto amministrativo non sarebbe dunque più giustificato di quanto sarebbe un'analoga riunione di essa con le altre scienze giuridiche: “ognuna di queste ha il suo presupposto e il suo cominciamento in quella del diritto costituzionale, ma ciò non toglie che abbia il proprio e specifico contenuto”.

E nel contempo il diritto amministrativo si avvia ad allentare i vincoli di contiguità anche con il diritto civile.

Così con il diffondersi della riflessione scientifica sulla discrezionalità (amministrativa) appaiono recessivi i momenti pandettistici nella raffigurazione dell'attività amministrativa, mentre la costruzione della volontà della P.A. consegue il suo regime giuridico, l'atto amministrativo, accostandosi semmai agli altri atti delle pubbliche autorità (legge e sentenza) quali manifestazioni tutti di imperatività.

L'atto amministrativo, è definito ancora come fattispecie negoziale, ma si comprende che “differisce profondamente dal negozio di diritto privato” essendo “manifestazione di volontà di enti dotati di supremazia”.

Sempre il Santi Romano rivendica pure uno specifico “diritto pubblico patrimoniale” diverso per ispirazione fondamentale, dal diritto civile, rompendosi così la tradizionale equazione fra diritto patrimoniale e diritto civile-negoziale ed aprendosi la prospettiva di un diritto (amministrativo) chiamato a regolare il nuovo e variegato fascio di rapporti fra Stato e cittadini avente contenuto (almeno prevalentemente) economico-patrimoniale, ma non soggetto alla logica paritetica propria del diritto del codice civile.

La sola e semplice, presenza della P.A. bastava a ritradurre in termini autoritativi tutta una serie di rapporti tra P.A. e cittadini che, con il naturale declino dello Stato liberal-borghese, si affacciavano all'attenzione della dottrina giuspubblicistica.

E' così che da parte della dottrina e della giurisprudenza si nota una decisa sentenza verso costruzioni pubblicistiche, inventandosi nuove categorie come il contratto di diritto pubblico, la proprietà pubblica, la responsabilità di diritto pubblico, l'obbligazione di diritto pubblico, etc.

Si giunse pure ad esasperare tale tendenza allorché si ritenne che il biglietto del tram fosse un titolo di concessione amministrativa, il prezzo d'ingresso in una piscina pubblica fosse una tassa, etc.

La "nuova" amministrazione che si esprime sul terreno della legislazione sociale o della acquisizione al settore pubblico di attività che comportavano gestioni industriali e commerciali, aprì un'epoca che può essere definita degli "ibridi" che rispondeva all'esigenza di preservare integro il nucleo autoritativo della P.A.

6. Così un autorevole giurista, teorico della dottrina dello Stato amministrativo, Oreste Ranelletti (allievo del romanista Vittorio Scialoja) raffigura la P.A. come una sorta di nucleo primordiale del potere pubblico statale una specie di *prius* storico naturale. In Ranelletti la sistemazione delle “nozioni fondamentali” del Diritto Amministrativo rappresenta una base di categorie e di istituti giuridici che incideranno sugli indirizzi giurisprudenziali e sulle elaborazioni dottrinali successivi inserendosi nella fase di costruzione del “sistema” amministrativo. In un’amministrazione sempre più autonoma ed autofondata, alla legislazione è così assegnata una funzione accessoria nelle discipline dei fatti amministrativi, ove emerge il “primato” dell’amministrazione espresso nella definizione dogmatica dei principi fondamentali relativi all’attività discrezionale, alla centralità della nozione di interesse legittimo e quindi alla prospettiva di un criterio di riparto di giurisdizione verso la P.A., che premia la funzione del giudice amministrativo. Si afferma così la completa autonomia dell’ordinamento amministrativo dal diritto comune e la prospettiva ideologica pubblicizzante è in Ranelletti particolarmente evidente, nell’ottica dell’unicità della persona

giuridica pubblica che attrae sulla sua sfera anche la stessa attività di diritto privato (della P.A.). La stessa “residualità” della giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della P.A. trasferì sul piano degli equilibri giurisprudenziali la libertà della P.A. In effetti, specie in Ranelletti, la libertà ed autonomia degli apparati amministrativi è la risposta alla primazia della P.A. negli ingranaggi politico-costituzionali ed è quindi coerente che il rapporto di pubblico impiego si emancipi dai modelli civilistici del contratto di lavoro, il diritto amministrativo costruisca il proprio impianto dogmatico sulla base della contrapposizione della dicotomia pubblico-privato e si esalti il plusvalore giuridico della persona Stato rispetto al suddito.

Il diritto amministrativo, quale diritto pubblico e diritto diseguale, si va così gradualmente allontanando dal diritto privato, il plusvalore giuridico dell’atto amministrativo è così intenso da consentire l’equiparazione dell’efficacia dell’atto amministrativo invalido a quella dell’atto (amministrativo) valido (c.d. modello dell’equiparazione), enfatizzandosi i profili di supremazia, pur nella veste formale di negozio giuridico unilaterale tipico dell’agire amministrativo.

Se, quindi, specie in giuristi come Ranelletti, è esasperato uno statalismo ed autoritarismo compatto, il problema della libertà dei cittadini è tuttavia presente in autorevoli studiosi quali Federico Cammeo, Giorgio Arcoleo, Errico Presutti, Donato Donati. Così merito innegabile del Cammeo è quello di sollevare il problema del posto che le libertà dei cittadini dovevano occupare nel quadro della dottrina dello Stato amministrativo. Per Cammeo (a differenza del Ranelletti) lo Stato di diritto è quello Stato che presume non “la potestà sovrana dell’amministrazione ma la libertà dei cittadini”.

La libertà diviene il *prius* logico e storico del diritto pubblico, sicché l’itinerario giuridico del Cammeo ruota intorno al difficile equilibrio fra libertà e potere. Cammeo (allievo prediletto di un processualista, Ludovico Mortara) si inserisce nel periodo storico in cui il diritto amministrativo italiano vive la fase matura della sua elaborazione dogmatica, cioè come complesso di principi giuridici sistematicamente coordinati.

La stessa consapevole scelta “pandettisitica” di Cammeo (che molto lo avvicina a Karl Kormann) ha rappresentato un sintomo della attenta riflessione giuridica sull’inesauribile conflitto fra autorità e libertà: in

Cammeo funzione preminente del diritto amministrativo risulta la tutela individuale dei cittadini “contro i possibili arbitri dell’amministrazione attiva” ed il problema della legalità dell’amministrazione rappresenta “il problema giuridico più grave del diritto pubblico nello Stato libero”, “il vero problema della libertà dei cittadini”, quale disegnato nel celeberrimo Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa (rimasto incompiuto) ove il “metodo” civilistico è funzionale ad un’ideologia garantistica che anche nella descrizione dei fatti amministrativi fa perno sulla centralità del diritto soggettivo e sulla piena giurisdizionalità della tutela. In altri termini, “la negozialità” dell’agire amministrativo si pone in funzione della piena giurisdizionalità della tutela, con una palese inclinazione, quindi, a ricondurre la dinamica amministrativa nell’orbita del diritto comune, arginando l’ormai diffusa tendenza ad accentuare i caratteri speciali dell’azione dei pubblici poteri. E’ così negata “l’originarietà” del potere degli apparati amministrativi, è depotenziata la carica autoritativa delle forme d’azione del potere amministrativo, è rifiutata la presunzione di legittimità e di giustizia nell’operato della P.A., è delineata l’affinità

strutturale della giurisdizione civile e di quella amministrativa ed, in ultima analisi, (l'affinità) del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo.

Si comprende allora come la concezione generale dello Stato di diritto come Stato amministrativo, propria (come si è visto) di Ranelletti e di Santi Romano, non sia condivisa da Cammeo, la cui opera invero risponde ad un modello costituzionale che ben può dirsi liberale, sotteso nelle sue costruzioni dogmatiche.

È palese che il Cammeo si distanzi dalla dominante cultura politica e giuridica del suo tempo, riallacciandosi alla matrice liberal-giusnaturalistica di Locke nonché alla dichiarazione dei diritti del 1789, che all'art. 5 aveva canonizzato il classico principio della presunzione generale di libertà in assenza di una specifica disposizione legislativa. In Cammeo esiste così sempre un legame forte fra dottrina dell'amministrazione e dottrina dei principi costituzionali. Quindi allo "Stato costituzionale" e non già allo "Stato amministrativo" finisce per riallacciarsi l'opera del Cammeo, sicché il diritto amministrativo è inteso come un complesso di regole capaci d'imporre alla stessa amministrazione, rigettandosi l'idea della Pubblica

Amministrazione quale funzione più originaria e tipica dello Stato sovrano (lumeggiata in particolare dal Ranelletti). Per Cammeo le regole del diritto pubblico, nei sistemi politici a lui coevi, andavano costruite a tutela delle situazioni soggettive dei cittadini; il diritto privato andava ricondotto alla sua dimensione “naturale” di diritto dell’economia e dello scambio, ma anche laddove sussisteva, una funzione amministrativa “non contrattualizzabile” era sempre da respingere la logica dei “privilegi” odiosi della P.A. ed in particolare la sottrazione degli atti amministrativi al pieno e completo sindacato giurisdizionale.

Altro studioso critico della dottrina dello Stato amministrativo è Donato Donati, per il quale non esistono “spazi giuridici vuoti” che la P.A. porrebbe liberamente normativizzare.

Per Donati, quindi, al di là della legge, esiste pur sempre la norma fondamentale dello Stato liberale di diritto, in base alla quale allorché la P.A. si muove *praeter legem* essa non si muove mai nel vuoto giuridico, ma necessita pur sempre di una specifica autorizzazione legislativa.

In Donati è sempre presente l'attenzione per i pericoli insiti in un eccessivo grado di autonomia delle potestà amministrative e una particolare attenzione verso la libertà inalienabili proprie dello Stato di diritto, ove, fra le fonti del diritto, la legge rivendica ancora il suo primato.

Anche giuristi di stampo liberale quali l'Arcoleo (costituzionalista) ed il Presutti (amministrativista) non accettano la dottrina dello Stato amministrativo, focalizzando l'attenzione sul principio costituzionalistico della rappresentanza politica a fondamento elettivo e ponendo l'accento sul grande capitolo delle libertà. In Presutti è evidente la riflessione sul rapporto Stato-società e sui meccanismi del consenso, il rifiuto di una configurazione del potere pubblico in chiave esclusiva di amministrazione imperativa, del tutto svincolato dal potere politico, l'insofferenza verso l'esasperato dogma dello Stato-persona, e quindi l'apertura verso le nuove realtà della pubblica opinione ed in particolare dello strumento di mediazione del partito politico (del sec. XX). Ma taluni Autori che si riallacciano all'esigenza di adeguare lo Stato liberale di diritto alla società del Novecento dovevano rimanere voci

minoritarie di fronte alle costruzioni dogmatiche dello Stato amministrativo, che si riallacciano alla importante scienza giuspubblicistica di lingua tedesca. Oltre agli Autori già citati, è d'obbligo il riferimento sul calare del XIX sec alle opere dello Stein, del Löning, e nel XX sec., del Dieckmann, del Bornhak, dell'Hatschek, dell'Herrnitt, del Merkl, del Fleiner, del Kohler, dell'Hön, etc.

Né è da trascurare, ai fini di un discorso sul metodo, il notevole contributo che, in sede di teoria generale, è stato offerto dalla dottrina pura del diritto (reine Rechtslehre) elaborata da Hans Kelsen e dalla Scuola di Vienna.

In effetti la Dottrina pura continua la linea Gerber-Laband nel metodo, pur criticandola nel merito.

Non a caso Leibholz ha definito acutamente il Kelsen “esecutore testamentario” del Laband ed in realtà la Dottrina pura riprende fin dal nome il purissimo labandiano; tale battaglia per la purezza della giurisprudenza teorica è combattuta da un lato contro il giusnaturalismo, dall'altro contro la sociologia del diritto. Kelsen riprende il dualismo metodologico dei neo-Kantiani; così accanto a scienze di fatti, o empiriche, come le scienze

naturali e la stessa sociologia positivista, si avrebbe anche scienze di norme o normative come la logica, l'etica e la stessa giurisprudenza.

Kelsen fonda la distinzione fra le due sfere della realtà, il mondo dei fatti o dell'essere (*Sein*) e il mondo delle norme o del dover essere (*Sollen*), così trasformando in due mondi quelle che in David Hume (il principale esponente dell'illuminismo scozzese insieme ad Adam Smith), erano semplicemente le formulazioni caratteristiche di due tipi di discorso, cioè le descrizioni (in termini di essere) e le prescrizioni (in termini di dover essere). L'idea più feconda del Kelsen è l'esigenza di una elaborazione logico-dogmatica dell'esperienza giuridica. Ma tale elaborazione viene compiuta esclusivamente mediante la messa a fuoco di quel momento astratto dalla vita del diritto che è la norma. È peraltro da osservare che la norma non è tutto, e scomporre l'universa vita dello jus in un sistema organico di norme significa rifuggire nell'astrattismo contro la concretezza.

La dottrina del Kelsen è stata infatti definita come “dottrina dello Stato senza lo Stato”.

Ed invero, come si è già detto, la dottrina del Kelsen si discosta nel merito dalla linea del Gerber-Laband. Kelsen (che si autodefinisce un liberale di sinistra) costruisce così la sua dottrina assumendo come parte decisiva la pregiudiziale anti-politica. La dottrina del diritto nasce, per lui, quando la politica muore, o si finge come giammai esistita. Quindi niente Stato-realtà o Stato-persona: lo Stato è infatti – per Kelsen – un insieme gerarchicamente ordinato di norme giuridiche, ossia un *quid* ideale a cui si riferiscono e si imputano le norme giuridiche. Secondo Kelsen, sostantificando e personificando lo Stato, ci si è gettati in braccia alla più banale trascendenza giudaico-cristiana. Il vecchio dualismo fra Stato e diritto sarebbe parallelo al vecchio dualismo fra Dio e mondo. Tutto sarebbe invece sistema di norme, compreso lo Stato: il resto è finzione, del quale il diritto non dovrebbe occuparsi. Così i giudizi di valore spetterebbero all’etica ed alla politica, non già “alla conoscenza pura”. Il vero Stato, per Kelsen, sarebbe per ciò una escogitazione di comodo, tanto per avere un gancio a cui appendere o imputare il complesso delle norme.

Il Kelsen è perciò un ateo dello Stato, il suo ateismo slabrando dal campo teologico a quello politico. Non esiste quindi uno Stato metagiuridico, ossia trascendente le norme di diritto positivo. E tutta la teoria del Kelsen è costruita sopra un consapevole disconoscimento della politica. In realtà, la teoria formalistica, che culmina nel Kelsenismo, sgorga dal feticismo per la legge, e la concezione individualistica implicita nel liberalismo. Il formalismo giuridico Kelseniano (sottoposto a continue revisioni dal suo stesso Autore) ha fondato una costruzione teorica universalizzante, ove la funzione legislativa è considerata ad un grado superiore rispetto ad ogni funzione statale, suggerendo un canone generale, in base al quale ogni istanza è esecutiva rispetto ad un'istanza superiore ed è normativa rispetto ad una inferiore (dove anche il nome dato a detta teoria di teoria gradualista).

Così sia la sentenza, sia l'atto amministrativo sono "esecuzione" rispetto alla norma di origine legislativa, ed ambedue sono regolati da due diversi procedimenti.

In effetti sia l'una, sia l'altra avrebbero la medesima natura, solo che gli organi che costituiscono l'amministrazione sono dipendenti, mentre quelli

che costituiscono la giurisdizione (per la loro peculiare importanza storica) sono indipendenti. La dottrina di Kelsen mira a porsi come scienza oggettiva e – come si è detto – nello svolgere la sua analisi secondo “i princ[^]pi della purezza metodologica” va distinta da una parte dalla filosofia della giustizia e dall'altra dalla sociologia o conoscenza della realtà sociale. Essa si concreta nell'esame dei concetti fondamentali di norma, sanzione, illecito, dovere giuridico, persona giuridica, etc, ove l'essere del diritto viene ridotto a pura forma normativa. Tale dottrina anche in Italia ha esercitato ampia influenza ed ha visto alternarsi da un lato seguaci ed elaboratori, dall'altro detrattori. Oggi peraltro da più parti sono in opera tentativi per dare nuove fondamenta in sede gnoseologica ed epistemologica al carattere logico-formale dell'indagine giuridica, mediante l'impiego di procedimenti di vario tipo che sogliono ricomprendersi nella dizione generica di neo-positivismo logico (analisi del linguaggio, logica simbolica, metodo assiomatico, etc).

7. Nell'ambito delle tesi anti-formalistiche il primo autore da menzionare, è il cosiddetto Rudolf Von Jhering. Proprio Jhering che inizialmente era stato

ammiratore e seguace di Puchta e quindi teorizzatore della costruzione giuridico formale divenne successivamente il critico più radicale della pandettistica.

Jhering aveva iniziato ad allontanarsi dal formalismo fin dai saggi raccolti poi nel volume *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1884* (trad. it, Serio e faceto nella giurisprudenza) nei quali si satireggiava la tendenza dei giuristi a perdersi nel cielo dei concetti. Così lo scopo pratico diventò per lo Jhering l'elemento cardine di tutta la sua concezione del diritto (*Zweckjurisprudenz*): e come il mondo fisico sarebbe retto dalla legge della casualità, così il mondo morale sociale e giuridico sarebbe retto dalla legge di finalità, e il fine sarebbe il vero creatore del diritto. Al pari dello storicismo la nuova teoria si richiama alla vita con i suoi problemi e le sue necessità, ma a differenza dello storicismo, essa propone un più effettivo e sostanziale aggancio a quelle esigenze pratiche per la cui tutela il diritto è costituito, imprimendo così al corso del pensiero giuridico una svolta originale, identificando la sostanza del diritto nell'interesse e studiando in funzione dell'interesse i processi di formazione, interpretazione ed integrazione delle

regole giuridiche. Il concetto di interesse viene così impiegato (come è noto) nella costruzione del diritto soggettivo, conducendo ad una definizione che già oppone Jhering agli altri storicismi. A fronte della concezione volontaristica dello storicismo e dei pandettisti, Jhering definisce i diritti soggettivi come interessi giuridicamente protetti. Interesse, conflitto di interessi, composizione di conflitti mediante la prevalenza di uno degli interessi in gioco o la loro conciliazione sono concetti ed espressioni che segnano il nuovo corso del pensiero di Jhering e resteranno acquisiti alla scienza giuridica.

Proprio da un lato la critica al concettualismo e dall'altro il ruolo privilegiato conferito agli interessi divennero così un luogo comune dell'antiformalismo, sicché si cominciò ad opporre una << giurisprudenza degli interessi >> (*Interessenjurisprudenz*) a quella che lo stesso Jhering qualificò con l'epiteto di *Begriffsjurisprudenz* <<giurisprudenza dei concetti >> .

La corrente di pensiero che fu detta *Interessenjurisprudenz* fece capo alla <<Scuola di Tubinga >> rappresentata principalmente da Philipp Heck e da Max Von Rumelin, estendendosi poi in tutta la Germania.

Positivistica, ma nel senso filosofico del termine, in quanto intende riferirsi a fatti positivi, storici, quali sono appunto gli interessi, e non quindi a valori d'ordine metafisico, l'Interessenjurisprudenz è in contrasto con il positivismo giuridico cioè con il formalismo concettualistico.

Si tratta, quindi, di andare oltre il dettato formale del legislatore, integrandolo (senza però contraddirlo) col ricorso a principi non ricavati meccanicamente dalla logica astratta del sistema, ma dalla sua logica sostanziale, cioè storica, economica, etica, sociologica.

Il ricorso fatto da questi Autori a principi non meccanicamente e formalisticamente dedotti dal sistema del diritto positivo implicano una ragione, ma si tratta non di una ragione astratta ed assoluta, bensì di una ragione empiricamente attenta ai dati storici nelle loro mutevolezza.

L'Interessenjurisprudenz introduce così (al pari di altri orientamenti dottrinari) nel processo di produzione del diritto fattori diversi della legge e dalla consuetudine, quali l'attività giurisdizionale, l'attività scientifica, in generale la prassi. Coerentemente, l'interpretazione della legge è sempre

teleologica e le norme sono perciò sottoposte ad un continuo aggiustamento all'ordine sociale esistente.

Vero è che la c.d. Interessenjurisprudenz è strettamente legata ai sentimenti di un popolo, quello tedesco, sconfitto e umiliato e dalle disordinate condizioni di vita del medesimo e, al di fuori dei popoli tedeschi e così in Italia, non ebbe, al momento una grande influenza diretta, neanche negli amministrativisti del nostro Paese; così il giovane M. S. Giannini, nelle due pregevoli monografie Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi (1939) e L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione (1939), pur dimostrando di conoscerne e di apprezzarne l'importanza, si colloca piuttosto nel quadro dell'istituzionalismo di Santi Romano, del quale fu grande ammiratore.

Vero è che il merito della corrente metodologica della Interessenjurisprudenz è stato quello di aver richiamato l'attenzione sulla circostanza che l'interpretazione non si può governare solo con criteri legali *stricto sensu*, ma essa deve essere la risultante di una valutazione più

completa, che tenga conto, nei limiti del possibile, di tutti gli aspetti della vita coinvolti nel caso da decidere.

È chiaro così che si pongono le premesse per ulteriori svolgimenti, conferendo all'interpretazione un'apertura tutta nuova, che discende dall'asserita doverosità dalla considerazione degli interessi in gioco e quindi della loro valutazione. Si badi che di ciò è evidente traccia nelle motivazioni dei tribunali tedeschi, successivamente alla prima guerra mondiale, ove si è cominciata ad abbandonare la strettoia del sillogismo logico-formale per sostenere le decisioni con argomenti non strettamente legali, attraverso i quali far valere la comparazione di circostanze di fatto e degli interessi coinvolti nella controversia.

Altro movimento anti formalista – peraltro nettamente minoritario – (che può essere ricollegato in parte alla dottrina del secondo Jhering) è la *Freirechtsschule* (o scuola del diritto libero).

Tale indirizzo si opponeva al pensiero giuspositivista ed alla dogmatica concettualistica e l'aggettivo “libero” si ricollegava alla rivendicazione di

una maggiore libertà ed indipendenza a favore del giudice, che doveva fare da tramite fra il dato sociale e le norme giuridiche generali.

Tale tendenza libertaria (il cui iniziatore fu il Biilow, aderendovi più tardi Fuchs, Isay e Kantorowicz nonché Ehrlich) porta ad una rivalutazione delle consuetudine e degli usi, ma soprattutto del ruolo del giudice e dell'interprete, come strumento per l'evoluzione della società e del diritto.

Tale dottrina – di cui per completezza espositiva si è fatto cenno - non ha avuto – nel periodo considerato – alcuna influenza in Italia: così, per esempio, gli amministrativisti del sec. XX nel nostro Paese tendevano (giusta l'insegnamento dell'Orlando) ad espungere ogni considerazione della sociologia, dell'economia, della psicologia, etc, nella convinzione che il giurista fosse un tecnico delle norme e quindi il legislatore poteva ben regolare il suo stesso procedimento interpretativo.

Certo è che Santi Romano univa al rigore tecnico appreso alla scuola del suo Maestro Orlando, una acuta sensibilità storicistica ed è in lui una lucida presa di coscienza di una realtà socio-giuridico-politica che si era fatta complessa e che il giurista doveva affrontare con i suoi strumenti teoretici.

Ma né il Romano né Ugo Forti (pur attento alle teorie sociologiche di Gumplowicz e alle dottrine realiste di Duguit e di Hauriou) riuscirono a dare al loro ragionamento, che si svolgeva con assoluto rigore giuridico, una dimensione culturale molto più ampia che inserisse il giurista, pur nella fissità del dato legale, in un mondo di valori che lo proiettò più in alto consentendo di guardare più lontano.

8. Nel considerare la dottrina amministrativistica italiana fra le due guerre, corre obbligo dare uno sguardo al periodo fascista. Inizialmente il movimento fascista in Italia non ebbe a suo fondamento nessuna dottrina: esso infatti rimaneva essenzialmente un movimento politico, in cui confluivano sentimenti ed interessi diversi (talvolta anche contrastanti) ed il cui fine era soltanto quello di conquistare e di conservare il potere.

Però in un secondo tempo, consolidatosi come regime, il fascismo si diede una dottrina che, elaborata da Gentile sulla base della idea hegeliana dello Stato etico, fu esposta con la firma di Mussolini nella voce Fascismo dell'Enciclopedia italiana Treccani nel 1932.

Ad onor del vero Gentile si richiamava, assai più ad Hegel, agli hegeliani italiani, cioè a Bertrando Spaventa (di cui ripubblicava amorosamente gli scritti) e a Jaya suo diretto maestro a Pisa e gli hegeliani italiani in genere erano imbevuti di una mentalità conservatrice, lontana dal metodo dialettico dell'hegelismo.

Nella predetta voce dell'Enciclopedia italiana traspare quello che doveva essere l'atteggiamento del regime in riferimento al diritto, desumendosi dalla concezione dello Stato che vi era prospettata.

E la legislazione fascista – com'è noto – operò per attribuire allo Stato ogni potere, limitando al massimo i diritti dei soggetti e dei gruppi sociali intermedi.

Peraltro una corrispondente teorizzazione del diritto non fu costruita e la dottrina giuspositivistica formalistica (da vari decenni radicata in Italia) continuò ad informare gli studi giuridici tanto che i giuristi costituzionalisti (anche i più ossequiosi verso il regime) si sforzavano di inquadrare lo Stato fascista nella figura dello Stato di diritto. Allorché gli organi politici ed amministrativi furono fascistizzati, il principio formalistico-positivistico

della legalità divenne, non già argine, del potere dello Stato, ma strumento di esso. Così con mezzi formalmente legali furono gradualmente soppressi o resi inoperanti gli istituti che garantivano la libertà dei cittadini e viceversa instaurati o rafforzati quelli che attribuivano ai governanti incondizionato potere. Guardando più a fondo alla dottrina amministrativistica di tale periodo è da sottolineare l'estraneità della nostra giuspubblicistica in genere all'antifascismo militante (con la rilevante eccezione del Trentin); V. E. Orlando inizialmente guardò con simpatia al Fascismo (così si spiega la nota partecipazione al noto "listone", nelle elezioni del 6 Aprile 1924) pensando (al pari di altri liberali del suo tempo) che il fascismo potesse essere il rimedio (necessario e transitorio) da contrapporre, in nome dello Stato di diritto, alla crescita (per Orlando) abnorme della rilevanza politica e pubblicistica dei partiti politici (con il nuovo sistema elettorale) cui si ascriveva una eversiva funzione destabilizzante degli organi di vertice dello Stato, come il Parlamento ed il Governo. Ben presto peraltro V. E. Orlando insieme ad altri liberali moderati come Gaetano Mosca e Giustino Fortunato compresero che nel fascismo era immanente una forza indisponibile a

svolgere in prospettiva una opera di restaurazione costituzionale dello Stato liberale di diritto ottocentesco. Coerentemente l'Orlando il 2 Agosto 1925 si dimetteva da deputato e successivamente (1932) evitò lo scoglio del giuramento obbligatoriamente richiesto dal regime ai professori universitari, chiedendo anticipatamente il collocamento a riposo. Ed in effetti lo stesso fascismo, configurando il partito (politico) come dato originario dell'agire politico riproponeva il rapporto Stato-partito come uno degli assi portanti della dottrina dello Stato e dello stesso diritto pubblico.

Se in Orlando o in qualche altro giuspublicista (come il Presutti) prevalse l'intendimento della estraneità e dell'indifferenza verso il regime fascista, nell'attesa che quasi per "legge naturale" quel regime, incapace di produrre una storia costituzionale, cadesse, riprendendosi quindi il cammino dello Stato di diritto, la grande maggioranza della dottrina giuspublicistica ed amministrativistica decise invece di lavorare all'interno del regime fascista anche se solo qualcuno (in genere costituzionalisti, come il Panunzio ed il Costamagna) può esattamente definirsi come "giurista del regime".

Giuristi come Romano e Ranelletti, teorici (come si è visto) dello Stato amministrativo, senza tradire la loro identità culturale, si inserirono pur sempre nella tradizione dello Stato di diritto, seppure rimodellato ed aggiornato, nella considerazione che il potere amministrativo costituisse il “primo motore” dell’intera vita statale, la centralità del potere stesso rappresentando la centralità dello Stato medesimo.

La dottrina amministrativistica, quindi, dal punto di vista del metodo adottato, evita una traumatica interruzione della propria continuità, e nel contempo interpreta la realtà che ha di fronte incasellandola nell’ottica dell’autonomia dell’amministrazione, quale luogo di selezione di interessi distinti e non di rado fra loro contrastanti; amministrazione che era posta al riparo dalle pressioni della società economica e dello stesso “spirito” di partito e che faceva leva sul dato, per così dire, “naturale” e “necessario” del dogma dell’imperatività dell’atto amministrativo, strettamente connesso all’idea della sovranità dello Stato-persona plusvalente rispetto alle classi economiche e sociali, oltre che ai singoli individui.

Questo periodo storico, per dirla con il Miele, è “un periodo di riflessione e sistemazione pacata di un sistema”. È una visione “statica” del fenomeno amministrativo che fa degli amministrativisti dei sistematori raffinati, il cui oggetto di studio è la Pubblica Amministrazione, la cui autorevolezza, già pacifica nello Stato parziale di diritto liberale, il fascismo aveva ammantato di una particolare autoritarità. Il generale “spirito sistematico” della dottrina amministrativistica del tempo è ben espressa da Guido Zanobini, (allievo di Santi Romano) personaggio emblematico cui si deve il poderoso e classico “Corso di diritto amministrativo” sviluppatosi in ben cinque volumi (la cui prima edizione è del 1935) e sul quale si sono formate intere generazioni di giuristi. L’articolazione della parte generale è sì rigorosamente privatistica (soggetti, oggetti, fatti, atti, rapporti, responsabilità) ma nel contempo la felicissima esposizione scientifica della materia delineava i vari istituti componendoli in sistema non limitandosi quindi ad una descrizione più o meno empirica delle singole attività dei soggetti amministrativi.

Si aveva peraltro consapevolezza che il diritto amministrativo costituiva un completo sistema giuridico, con i suoi principi generali e le sue parti speciali

sicché nessuna ragione poteva giustificare la preminenza, propria in altri campi, del diritto civile, rispetto al diritto amministrativo.

Così, per es., si ha piena consapevolezza della differenza fondamentale fra autonomia privata e discrezionalità amministrativa in quanto si comprende che i fini del potere discrezionale sono determinati in modo obbligatorio dalla legge ed anche nella scelta dei mezzi la P.A. è tenuta a dare la preferenza, fra quelli astrattamente consentiti, al più adatto, al più utile, al più conveniente in ordine al fine che si tratta di conseguire; tant'è vero che l'uso di un mezzo che sia rivolto al conseguimento di un fine diverso da quello previsto dalla legge costituisce vizio di legittimità dell'atto amministrativo e l'uso di un mezzo inadatto costituisce un vizio di merito dell'attività amministrativa (e, nei casi macroscopici, anche di legittimità).

L'Autore, nei suoi lavori, prende quindi sempre più consapevolezza dell'importanza e della portata dell'azione amministrativa, argomentando che se la vecchia dottrina (e le vecchie costituzioni) designavano la P.A. con l'appellativo di potere esecutivo fosse ora preferibile evitare tale equivoca espressione avendo la P.A. (secondo l'indirizzo più recente del suo pensiero)

per oggetto non già l'esecuzione della legge, ma l'attuazione dei fini dello Stato (l'abbandono della dizione <<potere esecutivo>> sarà invece più netta e marcata nel Forti, in polemica con una certa qual timidezza e moderazione dello Zanobini).

Sulla scia del suo Maestro Santi Romano, lo Zanobini stigmatizza quei sistemi scientifici che sotto il titolo generico di "diritto dello Stato" dedicavano trattazioni unitarie per il diritto costituzionale e per il diritto amministrativo e parimenti rivendica al diritto amministrativo lo studio del diritto processuale speciale regolatore delle giurisdizioni amministrative.

A ragione il Carnelutti, nella sua recensione al Corso dello Zanobini, sottolinea l'apporto che ormai la dottrina amministrativistica offriva alla teoria generale ed è comunque da sottolineare che in tutta l'opera dello Zanobini è da riconoscere un'esemplare semplicità e linearità espositiva ed un'evidenza argomentativa che ne fanno uno dei Maestri del diritto amministrativo italiano del sec. XX.

Allo stesso filone metodologico, che si ricollega al Romano appartengono sostanzialmente Autori come il Vitta (la cui prima edizione del Diritto

amministrativo, Torino in 2 vol, è del 1933 – 35, e la IV, a cura del Casetta, è del 1955) il D’Alessio (Istituzioni di diritto amministrativo italiano, 2 voll, Torino, 1 ed. 1933 – 1934, 3 ed, 1949) il De Valles (Elementi di diritto amministrativo, Firenze, 1937, Padova , 1956) mentre una più accentuata attenzione all’indirizzo, per così dire, “realistico”è da registrare in Forti (Diritto amministrativo, parte Generale, voll 2, 1° ed, Napoli, 1931, I ristampa del IV ed, a cura di C. M. Jaccarino, Napoli 1947, II ristampa con il titolo Lezioni di diritto amministrativo, parte generale, voll 2, Napoli, 1950). Allo stesso tradizionale indirizzo, tecnico-giuridico, ma con un particolare rilievo ad una tendenza per così dire, psicologica, è da ascrivere il Vacchelli (di cui si ricordano Le basi psicologiche del diritto pubblico, Milano, 1895 oltre alla Difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini contro la pubblica amministrazione nel terzo volume del Trattato dell’Orlando); ed una particolare attenzione agli aspetti contenutistici è da sottolineare in Presutti (Istituzioni di diritto amministrativo italiano, parte Generale, Napoli, 1904, 2 voll, Napoli, 1905; II ed., Vol. I, Roma, 1917, vol. II 1920).

D'altronde è da evidenziare che l'Orlando, il fondatore cioè del metodo c.d. tecnico-giuridico nel diritto amministrativo, aveva opportunamente chiarito, nel prosieguo della sua produzione scientifica, che inizialmente aveva additato il modello della scienza del diritto privato solo perché l'urgenza del compito consigliava di non attardarsi nella ricerca di una metodologia applicata al diritto pubblico (in generale) ed al diritto amministrativo (in particolare) e gli schemi romanistici potevano servire in un primo tempo per un utile tirocinio.

Perciò l'Orlando, di pari passo, venne successivamente a proclamare la necessità di affrancare il diritto pubblico dal privato, dando rilievo all'influenza che la materia trattata esercitava sul metodo.

Non a caso criticò la partizione della materia amministrativa in *personae*, *res*, *actiones*, che taluni Autori, desumendole dal diritto romano e dal diritto privato, avevano posto a base delle loro esposizioni, favorendo così l'autonomo sviluppo della scienza amministrativistica e conferendo il massimo risalto alle speciali caratteristiche di questa.

Così la nozione a cui l'Orlando attribuiva la maggiore importanza per il sistema del diritto amministrativo era quella di attività amministrativa, che egli ha costruito dal punto di vista teleologico.

Le pregresse considerazioni ci inducono ad osservare che l'indirizzo metodologico del Romano, che pur ne costituiva certamente un affinamento ed un'evoluzione, si pose pur sempre, sul solco della linea tracciata dal suo Maestro, anche se l'allievo era destinato ad influenzare maggiormente e per molto tempo la nostra dottrina amministrativistica.

Certo ogni Autore porta nei suoi lavori il sigillo della propria personalità.

Così in Umberto Borsi si nota al tempo stesso l'esegeta, il dogmatico, lo storico della scienza giuridica, che sapeva molto bene superare gli staccati che ancor oggi individuano i vari settori del diritto (civile e pubblico, interno ed internazionale, sostanziale e processuale), non a caso pubblicando contemporaneamente opere che si collocano in settori diversi (del Borsi basti ricordare La Giustizia amministrativa, Padova, 1 ed., 1930, 7° ed, 1941, le monografie sull'Esecutorietà degli atti amministrativi, nel periodico Studi senesi 1901 – 1902, ed in volume a parte edito da Bocca, l'Atto

amministrativo complesso, in Studi Senesi, 1903, varie voci nell'Enciclopedia italiana dell'Istituto Treccani, come Amministrazione pubblica, Scienza della Pubblica amministrazione, Diritto amministrativo, etc., il Corso di diritto coloniale, Padova, 1932, 4° ed., 1941, vari studi in diritto internazionale ed in diritto del lavoro, ed una particolare attenzione alla scienza del diritto amministrativo, come Linee di svolgimento e caratteri della letteratura giuridica amministrativa italiana in Rivista di diritto pubblico, 1914, Il primo secolo della letteratura giuridica amministrativa italiana, in Studi Senesi, 1914, Le grandi fasi di sviluppo del diritto amministrativo positivo italiano, in Rivista degli enti locali, 1926 fino all'Insegnamento del diritto amministrativo e delle scienze amministrative in Italia, in Rivista amministrativa, 1951, etc).

Il Bracci, a sua volta, si contraddistingue in trattazioni di non vasta mole, per una particolare aderenza più alla scienza applicata che alla speculazione astratta (così nei suoi lavori sulla proposta, 1925, e sull'atto complesso 1927).

9. All'indomani della seconda guerra mondiale da parte della scienza amministrativistica, si comprese in modo sempre più sensibile che le belle costruzioni formali, cioè formalmente perfette, ineccepibili, non saggiate però nella rispondenza alla vita, che non scavassero sotto gli istituti giuridici per raggiungere il terreno del pregiuridico, non hanno per unico scopo se non la gioia di una ristretta cerchia di spiriti eletti. Che, quindi, senza per questo confondere storia, politica e diritto, non si possa per così dire possedere la norma se non sappiamo come sorse, per quali fini da raggiungere, come ai fini originari altri se ne sostituiscano, talora antitetici ai primi.

L'aspirazione verso la giuridicità "pura", decantata da ogni contaminazione storica o politica, aveva spesso portato ad una sorta di chiusura nei confronti della realtà della storia e della politica.

La pur legittima reazione nei confronti degli eccessi in cui erano caduti i primi studiosi del diritto amministrativo, frequentemente fuorviati da vere e proprie divagazioni di scarso rigore scientifico, aveva per lo più portato a schemi formalistici racchiusi in definizioni astratte e (apparentemente) neutrali.

In realtà lo scoppio della seconda guerra mondiale, la lotta per la riconquista delle libertà e della democrazia, il crollo di certezze un tempo ritenute intangibili, insieme al fiorire di nuove filosofie, che, come quella esistenzialistica, insistevano sul dramma delle scelte individuali rappresentando il senso di una crisi che sembrava non avere sbocchi, hanno gradualmente agevolato la critica dell'antico mito della neutralità della scienza giuridica. E proprio nell'epoca in cui l'emergere della civiltà delle masse si è accompagnato ad un impressionante sviluppo dei mezzi di comunicazione e di manipolazione delle idee, sempre più acuta ed avvertita diveniva così la critica al laicismo giuridico, vale a dire all'esigenza di un'attività conoscitiva che rimanesse indifferente nei confronti di ogni contenuto sociologico o deontologico del diritto e si svolgesse nei limiti di un procedimento rigorosamente logico-deduttivo. Si prende così sempre più coscienza che non esiste un soggetto (lo scienziato del diritto) che sembra poter dare al proprio intervento il carattere di un' "assoluta obiettività", senza essere indotto cioè ad operare alcuna scelta che non sia quella già implicita nella struttura dell'oggetto al quale egli è rivolto.

Si comprende, quindi che la posizione del giurista non si può mantenere in una posizione di indifferenza, in un atteggiamento di quasi totale passività nei confronti dei problemi di valore che condizionano invece in qualche modo l'attività del legislatore, quale deputata alla produzione del diritto e quindi immerso in una dimensione per così dire assiologica.

Non era più sostenibile quindi l'esigenza del distacco e dell'indifferenza del giurista (nei confronti dei problemi di valore impliciti nel proprio oggetto) in una difesa quasi caparbia del privilegio, della propria neutralità e della propria "purezza", quasi un rifiuto di fare anche della propria ricerca uno strumento consapevole al fine di considerare la persona umana come valore centrale della tutela giuridica.

D'altronde è ormai viva la critica, all'indomani del crollo dei regimi totalitari e dell'esperienza della seconda guerra mondiale, del giurista in accettazione incondizionata del dato giuridico storicamente posto, testimonianza di una fiducia (quasi inconsapevole) in una fondamentale coerenza fra i valori giuridici che nell'ordinamento si esprimono e quelli stessi che possono

invece essere riconosciuti in una visione antropocentrica della ricerca giuridica.

In realtà, allorché era venuta meno una situazione di armonia e di esemplare corrispondenza fra esigenze normative operanti sul piano della coscienza comune e quelle astrattamente espresse nella struttura obiettiva dell'ordinamento, venivano poste in crisi le strutture vigenti con la pressione di esigenze non giuridicamente soddisfatte, la pressione cioè del diritto in quanto valore nei confronti del diritto in quanto fatto.

Il modello precedente di interprete proponeva un atteggiamento deresponsabilizzante, in quanto pareva chiedere ai giuristi di conformarsi automaticamente ai valori formalmente espressi dalle leggi, senza discuterne mai il contenuto; le scelte interpretative venivano così “neutralizzate” “spoliticizzate” facendo del diritto una scienza avalutativa. In altri termini, era riemersa quella obbedienza cieca (quella *kadavergehorsam*) che il giusnaturalismo ha spesso rinfacciato al positivismo giuridico dopo il periodo nazista.

Ed in effetti quelli dell'immediato dopoguerra sono anni dove al doloroso sgomento per le rovine e per i lutti si accompagna anche, per il giurista, un impegno ricostruttivo per la progettazione di un nuovo edificio, intessuto di speranza.

Riappare così, più pressante che mai, il problema del metodo, nel senso più ampio del termine, ossia della natura, dei mezzi e della funzione della giurisprudenza teorica.

Il rinnovato dibattito metodologico, nell'acquisita consapevolezza della saldatura fra il momento tecnico ed il momento ideologico-valutativo indurrà così non pochi giuristi a prendere coscienza, proprio attraverso il problema del metodo, delle implicazioni metagiuridiche che il lavoro giuridico comporta, così ponendosi in evidenza come molti problemi giuridici non siano solo problemi rigorosamente tecnici e come in realtà la loro soluzione possa spesso dipendere da una determinata visione dell'esperienza giuridica da una implicita od esplicita presa di posizione in ordine ai suoi più importanti problemi e presupposti.

Quindi, il compito del giurista non può essere un compito puramente agnostico e conoscitivo o – se si preferisce – un compito diretto alla semplice “descrizione” del proprio oggetto; ogni orientamento metodologico non può non dipendere da una più ampia visione speculativa rispetto al problema del diritto e più ampiamente dalle condizioni sociali e culturali di cui esso è pur sempre espressione ed il richiamo a categorie o, meglio, a valori meta-giuridici (che è il caso più tipico ed evidente di enunciazioni di giudizi di valore) assume un particolarmente grande rilievo specie in periodi di intensa evoluzione sociale, ove l’apparente univocità dei significati di determinati termini introdotti del legislatore può denunciare una notevole incrinatura (si pensi, nel nostro campo, alle categorie di interesse pubblico, di discrezionalità amministrativa, e di discrezionalità tecnica, di interesse legittimo, di attività amministrativa, di servizi pubblici, di principio di buon andamento, di principio di imparzialità, etc, e più in generale, si pensi alle cosiddette clausole generali come quella di ordine pubblico, di buona fede, di buon costume, etc).

Così, in un importante saggio del 1945 dal titolo “*Umanesimo giuridico*” pubblicato sulla rivista del diritto commerciale, Giovanni Miele (allievo di Guido Zanobini), significativamente afferma che “la scienze sociali, e quelle giuridiche in particolare, dovranno perdere quel carattere astratto e formale che così bene ha favorito le varie tirannidi, e porre in essere i procedimenti atti a dare incremento a tutto quanto v’ha di nobile e di perenne nell’animo umano, la libertà, la giustizia, la solidarietà, la carità del prossimo, lo spirito di fraternità”.

Il Miele opportunamente osserva: “Non può negarsi che l’affermazione del metodo giuridico di contro a quei miscugli eterogenei che furono per tanto tempo le trattazioni di diritto pubblico... portò rapidi ed estesi benefici nello studio del diritto pubblico e consentì il formarsi di una scienza autonoma, avente una propria ragion d’essere rispetto a scienze diverse o affini. Ma quella che doveva essere semplice distinzione di punti di vista perde, a poco a poco, sotto la crescente pressione dell’indirizzo positivisticò, il suo significato originario. Vi contribuì anche un’eccessiva tendenza alla

<<specializzazione>> male che deploriamo pur all'interno della scienza giuridica il che l'ha frantumata in una serie di campi cintati non comunicanti. Travisando quel metodo, si pretese di isolare il giurista dalla realtà circostante. E invece il metodo giuridico aveva nell'opera dei suoi iniziatori tutt'altro significato da quelle degenerazioni che pretesero di fare del giurista un esteta del diritto... la scienza del diritto non può appartarsi dal moto uniforme e complesso dello spirito umano, ché da sola essa sarebbe impotente a condurre a termine il suo compito. E' perciò che morale, politica, economia, la stessa filosofia, pur avendo le proprie leggi di ricerca, non costituiscono entità di cui il giurista debba sdegnosamente disinteressarsi, o peggio ignorare, ma portandosi tutte su una stessa realtà, se ne debbono conoscere i risultati, per realizzare compiutamente il significato del fenomeno giuridico, che è tale al tempo stesso ed economico, morale, politico, religioso, ossia riflesso di una realtà varia ed unitaria" (G. Miele).

Ben difficilmente nel secondo dopoguerra, M. S. Giannini potrebbe ripetere più quello che ebbe a dire nel vivo di una polemica esplosa nel 1941, nelle pagine della "Rivista internazionale di filosofia del diritto" fra lui stesso e

Norberto Bobbio a proposito del fenomeno dell'interpretazione giuridica (la polemica esplose a seguito della recensione dello stesso Bobbio al ricordato volume del Giannini, del 1939, sull'interpretazione): "... Se il giurista non vuole trasformarsi in quell'inutile genere di indagatori che sono i filosofi, i sociologi ed i politici, deve interessarsi solo a ciò che è accolto nel diritto positivo ...".

Il Capograssi, intervenendo nella polemica, sostiene che interpretare significa accostare le norme alla vita (lavoro che mette in crisi la semplice analisi logica di mero sillogismo) e, nel contempo, impegna il giurista a comprendere il diritto nella sua coerente ed irriducibile realtà di vita umana ed individuale, senza quindi giungere mai ad una totale identificazione del reale con il razionale.

La cultura giuridica italiana è certamente debitrice al Capograssi, studioso profondo della problematica metodologica del diritto, il quale aveva avvertito che sia l'idealismo sia la dottrina pura del diritto avevano compiuto la loro parabola storica, proponendo invece la centralità della persona umana la cui finitezza ha bisogno del rapporto con gli altri e del confronto con la

storia, rendendo possibile una convergenza fra istituzioni giuridiche e valori inalterabili della vita.

Per il Capograssi, proprio perché la persona è fonte originaria di diritti e la storia è storia di legislazioni, di istituzioni, di ordinamenti, di coazioni, lo Stato è chiamato a concorrere, a condizione che esso perda ogni caratteristica di assolutezza a vantaggio della società civile.

Partendo dalla difesa dell'individualità, Capograssi elabora una dottrina dell'esperienza comune anche per il recupero dell'autonomo valore della società civile e politica. Così si fa del diritto e dello studio del diritto una scienza il cui esito e fine è la persona umana.

L'esperienza del totalitarismo, della seconda guerra mondiale, dei terribili pericoli che anche dopo sembravano a Capograssi insidiare l'azione dell'individuo nelle sue radici, impongono al Capograssi un profondo realismo. Ed invero la crisi delle democrazie politiche degli anni trenta era essenzialmente riconducibile ad un vuoto etico che aveva preparato il successivo vuoto politico.

E si badi, che il fatto che il Capograssi imposti i problemi dell'esperienza giuridica sul piano dell'individualità non fa sì che “la dottrina dell'esperienza giuridica” da lui propugnata proprio perché muove dal soggetto individuale, sia una teoria individualistica.

In effetti la difesa dell'individualità (anche contro l'allora nascente società tecnologica) non è che una riproposizione dei grandi temi dell'umanesimo, ricollegandosi a quelle meditazioni sul problema dell'autorità che apre e chiude tutto l'arco del suo pensiero. Se si leggono il Saggio sullo Stato del 1918, le Riflessioni sull'autorità e la sua crisi (1921) e di nuovo le (postume) Considerazioni sullo Stato si nota una diagnosi a caldo dei mali che affliggono la società, l'importanza che il potere solleci il soggetto alla vita etica, che l'individuo intessa la sua esperienza etica attraverso un aspro cammino che passa anche per la socialità. Di qui il costante interesse per la definizione della politica e dell'amministrazione (concettualmente sfuggenti) attività applicanti il diritto compiendo.

Gli è che per il Capograssi il diritto non è il diritto formulato legislativamente ma il diritto applicato e così una consapevole formulazione

legislativa deve (nei limiti del possibile) prevedere e calcolare anche lo scarto che inevitabilmente si verifica fra le dichiarazioni della legge ed il compimento integrale del diritto.

E' da tutti evidenziata l'influenza del Vico della Scienza nuova sul filosofo dell'esperienza comune tant'è che Capograssi non dispera, perché Vico lo ha ammaestrato, sulle cadute e riprese del mondo storico, lo Stato dovendo ritrovare la profonda verità del suo modo d'essere, nel riconoscimento della dignità dell'uomo. A differenza di Hobbes, non esiste per Capograssi politica se non vi è etica, e la responsabilità etica e politica dello Stato risalta nella serie dei singoli atti dell'opera statale, giungendo a coronarsi in una "Nuova democrazia diretta" (dal significativo titolo di una sua opera) nella misura in cui lo Stato recupera la vera realtà di vita giuridica ove lo Stato stesso è il garante dell'intera attività sociale. Si comprende allora come per Capograssi non vi può essere una scienza "pura" perché non può essere astrattamente disinteressata e l'interpretazione del diritto è la smentita di ogni visione angusta che cerchi di ridurre il diritto stesso ad una somma di precetti comandati.

E così la scienza giuridica si è riconosciuta nei suoi fini e nella sua natura quando si è resa consapevole di essere l'operante antidoto dell'arbitrio, interprete della volontà del diritto che esclude il comando arbitrario, non ammissibile nel sistema, condannandolo ad una verbale inattività, o aggirandolo con elusioni sapienti, in ogni caso obbligandolo a venire a patti con il sistema pronto a farsi spezzare dalla norma incompatibile, piuttosto che piegarsi ad essa. Se è il soggetto concreto il centro ed il protagonista della scienza politica e sociale, lo Stato (più latamente gli apparati pubblici) sono un mezzo al servizio della persona umana. Il Capograssi, da una posizione peraltro personalissima, tirava acutamente le somme di un movimento che era in atto da tempo. Come osserva egregiamente il Fassò l'espressione (destinata in Italia a tanta fortuna) <<esperienza giuridica>> era di origine sociologica (si veda Gurvitch), l'estensione della giuridicità a una molteplicità di ordinamenti diversi da quello dello Stato era stata affermata dalle dottrine istituzionalistiche, l'idea del carattere creativo del diritto nell'atto dell'interpretazione e dell'esecuzione era stata al centro del movimento del diritto libero e degli indirizzi affini, il richiamo a valori

intuiti dall'esperienza interiore del soggetto era stata proprio della fenomenologia, etc. A tali motivi aggiungeva un afflato che riecheggiava la filosofia dell'azione di Blondel e risalente al Rosmini ed a Sant'Agostino attraverso il Vico interpretato secondo questa linea di pensiero, in contrasto con l'universalismo dell'idealismo assoluto. Si comprende allora che il Capograssi, per la ricchezza della sua personalità, abbia esercitato un ampio fascino culturale ben al di là degli studi specifici della disciplina professata, facendo aprire l'ambiente giuridico italiano a più vive e concrete visioni del diritto. Per dirla con Salvatore Satta "la scienza del diritto, deve molto, deve tutto a questo giurista che riportando alla vita i suoi sparsi concetti l'ha fatta consapevole del suo destino".

Particolare rilievo è pure da riconoscere al contributo metodologico di Tullio Ascarelli. La personalità scientifica dell'Ascarelli, oltre che nel settore giuridico di propria competenza (il diritto commerciale o come egli stesso preferiva chiamarlo, il diritto dell'economia) si segnala per una costante riflessione critica esercitata sempre con notevole apertura di interessi culturali, sul problema del metodo giuridico.

La sua posizione è polemicamente caratterizzata in senso anticoncettualistico ed antiformalistico, essendo diretta a rivendicare le esigenze del metodo causale e teleologico, sia nel momento dell'interpretazione, sia in quello della dogmatica del diritto. Invero nell'Ascarelli è proprio la pratica del diritto che gli consente di superare i vicoli ciechi delle astrazioni ideologiche che hanno in gran parte influenzato l'esperienza europea del XX secolo formulando invece una teoria dell'ordinamento che rappresenta la giuridicità in termini storicistici, in un consapevole processo di svincolamento dai presupposti e dai dogmi del positivismo giuridico ed in genere del "purismo". La sua visione di fondo dell'esperienza giuridica è insieme storica e dialettica, nella convinzione secondo la quale non è possibile considerare come sola componente della funzione del giurista la ricerca intorno alla struttura logica della norma o dell'istituto ed alla loro deducibilità dal sistema concettuale delle definizioni (contenute in quello che egli chiama il *corpus juris constituto*), in base al principio della coerenza e dell'armonia logica.

Dice Ascarelli: “le norme vengono poste in relazione alle esigenze... della vita consociata e non in via di sviluppo logico da assiomi prestabiliti”.

Ciò significa che il giurista deve procedere, oltre che alla analisi logico-strutturale della definizione normativa (in rapporto alla sua deducibilità dal sistema) anche all’analisi funzionale dell’istituto, cioè in rapporto alla sua effettiva funzione nella realtà storica, passando dal momento normativo al momento storico-sociologico della sua ricerca. Tale ricerca si impone in conseguenza di quel fenomeno inesorabile del trascorrere del tempo sempre incidente nel momento della applicazione del diritto (e particolarmente avvertibile in periodi di rapida evoluzione sociale e di rapida trasformazione del sistema). È quindi presente nell’Ascarelli la fondamentale esigenza del richiamo alla funzione “effettivamente” svolta da un istituto giuridico nella realtà di un luogo e di un’epoca determinata. A tale compito – secondo l’Ascarelli – si dimostra altamente utile lo studio del diritto comparato che permette al giurista di rendersi meglio conto della relatività e della storicità dei propri dogmi e concetti ossia di quelle “premesse” giuridiche che il giurista è indotto a considerare come dogmi e principi immutabili (quasi “di

ragione naturale”) mentre in effetti sono in diretto rapporto con la struttura e gli orientamenti reali del proprio ambiente e vengono continuamente modificati ed innovati. Per l’Ascarelli esiste sempre un vuoto fra la definizione normativa e la situazione o il rapporto reale che essa deve disciplinare, vuoto che è compito del giurista (oltre che del giudice) di colmare attraverso uno studio della realtà sociale al fine di giungere alla costruzione della fattispecie concreta (e ciò non solo nelle ipotesi tipiche in cui il linguaggio legislativo contiene un diretto rinvio alla valutazione sociale, ma anche in ogni ipotesi normativa la quale così rinvia ad una “valutazione” da parte dell’interprete). È così ripudiata l’astratta, scientifica indifferenza (tanto radicata e diffusa) che dovrebbe, secondo l’insegnamento tradizionale, caratterizzare l’atteggiamento del giurista. In sintesi, per l’Ascarelli, da un lato sono da respingere le tesi del formalismo giuridico Kelseniano inteso a “preservare la scienza, la quale non può essere altro che teoria del diritto positivo, dall’influenza della storia, caratterizzata dallo scontro più o meno tumultuoso delle tendenze politiche o, ciò che è lo stesso, dai giudizi soggettivi di valore”; dall’altro sono da respingere le teoriche che

delineano le <<categorie giuridiche>> come <<classificazioni empiriche di norme, naturalisticamente considerate, secondo un procedimento di generalizzazione>>. E' così respinta l'opzione metodologica di Francesco Carnelutti secondo il quale (giusta quanto sostenuto nella sua Metodologia del diritto): “Noi dobbiamo studiare gli atti degli uomini come il botanico e lo zoologo studiano la vita delle piante e degli animali; e non conta nulla che codesti atti siano manifestazioni dello spirito” (applicando così al diritto il metodo proprio delle scienze naturali). È senza dubbio presente nei saggi dell'Ascarelli l'intuizione che il giurista non possa utilizzare esclusivamente un metodo induttivo né tantomeno unicamente quello deduttivo.

Ascarelli così ritiene che si debba superare quell'antinomia per la quale il “ragionamento giuridico viene identificato con la logica aristotelica o considerato arbitrario” (l'impostazione, secondo l'Autore, presente ancora nella scienza giuridica di formazione neo-idealista italiana) e quindi nella rinnovata funzione attribuita all'interpretazione giuridica come qualcosa di “pratico” o “creativo”, viene negata la riconducibilità dell'argomentazione giuridica a logica formale; si afferma così l'autonomia del metodo della

giurisprudenza teorica, che deve trovare rispondenza in un generale convincimento diffuso nella comunità (la c.d. plausibilità comune) che non può non essere in armonia con i principi espressi dalla Costituzione democratica. Ed in effetti l'Ascarelli sostiene un profondo rinnovamento degli schemi dogmatici nel timore che il giurista italiano, per vocazione e per cultura incline prevalentemente a ragionamenti astratti e complessi aventi ad oggetto unicamente il diritto posto, perda ogni rapporto con il diritto effettivamente applicato e praticato. In questa stessa linea metodologica di tendenza è da ascrivere anche il Calamandrei il quale pure, dopo la catastrofe bellica, chiama i giuristi ad un esame di coscienza. Così il Calamandrei, che ebbe un forte peso nella formazione della cultura repubblicana e democratica dell'Italia contemporanea, dalle prime alle ultime pagine della sua vasta opera, conduce una costante polemica, ora sotterranea, ora scoperta, contro il formalismo giuridico. Per <<formalismo>> egli intendeva l'eccesso opposto all'empirismo da cui la nostra scienza si era andata faticosamente liberando. In Calamandrei convinta è sempre stata la critica al teorico troppo sottile, preso dal gusto per l'astratto teorizzare fino a costruire edifici splendidi, ma

fragili, perché senza fondamenta. Questo modo di intendere la scienza giuridica doveva condurre il giurista ad un atteggiamento sobrio di modestia verso i celebrati trionfi della dogmatica e della sistematica, distinguendo, fin dal 1942 (ne “ La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina”) il metodo “ di chi pensa che le teorie debbano servire a spiegare qual è la funzione utile del diritto nella società, e quella di cui pensa invece che le teorie abbiano un valore in sé, anche se per avventura servono a far perdere di vista i fini pratici per i quali il diritto è stato dettato”. Nella prospettiva del Calamandrei, i giuristi tecnici, nel senso più angusto della parola, erano quelli che salivano tanto in alto con le torri delle loro costruzioni sistematiche da non essere più capaci di ritornare a terra. Nel suo discorso inaugurale del Congresso internazionale di diritto processuale civile (1950), il Calamandrei riprende la vecchia polemica contro il formalismo che aveva alimentato, fra i cultori del diritto, quella albagia scientifica che aveva indotto a credere che i sistemi fossero più veri della stessa realtà.

Ancora una volta egli insegnava al giurista di avere coscienza dei limiti della propria scienza e continuava a ripetere che il diritto era fatto per gli uomini e

che, quindi, per capire il diritto, bisognava capire gli uomini le loro aspirazioni ed i loro interessi.

Nel 1955 (un anno prima di morire) nel suo meditato saggio “La funzione della giurisprudenza nel tempo presente”, il Calamandrei, dopo aver ricordato l’antica raffigurazione della giustizia, seduta in trono, circondata dalle sue figlie, e con in grembo la figlia prediletta, l’equità, afferma: “Io ho il sospetto che in generale noi giuristi, e quindi anche i giudici che sono prima di tutti esperti di tecnica giuridica, abusiamo della logica: anche nel campo della giustizia noi abbiamo ereditato, forse dalla scolastica medievale più che dall’*aequitas* romana, la tendenza alle architetture sistematiche: fabbrichiamo castelli di concetti per darvi decoroso alloggio alla giustizia, e non ci accorgiamo che a poco a poco si trasformano in prigioni sbarrate da cui essa non riesce a più liberarsi”.

Il Calamandrei apparteneva così a quella cerchia dei giuristi che, pur cresciuto alla scuola del più severo tecnicismo, anteponevano il pericolo dell’avventura all’aria aperta, rispetto alla sicurezza fredda ed impassibile

del rinchiudersi nella fortezza del sistema delle leggi positive, e non dimenticava così di vedere il diritto alla luce del mondo che rifletteva.

Il Calamandrei bene sapeva che, nel periodo del dopoguerra, in cui scriveva rispuntavano vecchie erbe maligne e “tralci insidiosi di piante parassite non ben sradicate” si arrampicavano da un terreno malamente dissodato, nel tentativo maldestro di mettere in forse le mura della Costituzione repubblicana, che erano ancora fresche di calcina. Ma lo stesso Calamandrei, pur consapevole delle insidie e degli attacchi che minacciavano il non ancora compiuto edificio costituzionale, credeva nella “dinamicità” della Costituzione, ove tante finestre (per rimanere nella similitudine tratta dall’architettura) si aprivano verso l’avvenire, per chi avesse buona vista per riuscire a scorgere in lontananza “da qualche strappo delle vicini caligini”, orizzonti di redenzioni e di solidarietà umana.

10. E, nella scienza amministrativistica italiana, tali orizzonti si cominciarono a scorgere, nel 1950, da M. S. Giannini, le cui Lezioni di diritto amministrativo (tenute nell’Università di Perugia) hanno portato ad una vera e propria rinascita negli studi del diritto amministrativo. Se, quindi ,

le riflessioni sul metodo giuridico del Capograssi (filosofo del diritto) dell'Ascarelli (giuscommerzialista) del Calamandrei (processualista) ed anche dello Jemolo, (storico del diritto ed ecclesiasticista), e del Calogero, (filosofo) non avevano inizialmente trovato analogo attenzione presso gli amministrativisti tuttavia l'importanza, anche sotto il profilo metodologico, di queste Lezioni perugine del 1950 era stata percepita, fin dal loro apparire, da autorevoli giuristi, quali V. E. Orlando e Costantino Mortati (oltre che da giovani studiosi del tempo, come Eugenio Cannada Bartoli).

Tali lezioni – com'è noto – hanno esercitato una notevole influenza sull'evoluzione della dottrina amministrativistica. Come lo stesso Giannini ebbe a dire (nella prefazione al suo “Diritto Amministrativo” del 1980), con le lezioni del 1950, egli intese riunire gli aspetti di sociologia e di dogmatica, cominciando una rilettura della materia, che si era smarrita nella selva del formalismo. Il Giannini (che era stato Capo di Gabinetto al Ministero per la Costituente varato nell'estate del 1945, con il compito di preparare la convocazione dell'Assemblea Costituente e di “predisporre gli elementi per lo studio della nuova Costituzione”) pur nell'apparenza umile di un testo

litografato “cucito con lo spago” (come egli stesso lo ha definito) ha contribuito, nel 1950, ad una profonda rivisitazione critica del diritto amministrativo, con intenti apertamente demitizzanti e demistificatori.

Certo è che con i miti il giurista si abbandona ai sogni ed alle invenzioni della fantasia nella speranza di trasformare il mare agitato delle sue insicurezze in una spiaggia dove per ogni problema c'è una risposta sicché dal mondo della storia (che è il mondo della relatività, della possibilità e della pluralità) si passa a quello di una pretesa metastoria dove esistono la definitività e l'esclusività. Ed i miti crescono soprattutto nei fertili e rigogliosi terreni del formalismo. L'idea di “esclusività” nasce dalla pretesa di rappresentare una specie di assoluto, indipendente dal mutevole divenire della storia. Ed è un'illusione così incantevole, così allettante che spesso la scienza giuridica ne è stata contagiata ed invero a tale illusione cadono i giuristi allorché affermano che oggetto del loro interesse è la legalità e soltanto la legalità. Se si assume che “l'unica legge ingiusta è quella che è stata abrogata” non ha più senso per il giurista cercare di comprendere i problemi che quotidianamente gli si pongono attraverso il ricorso alla

fattispecie concreta ed ogni “lettura” della realtà giuridica non rappresenta (come invece dovrebbe) una ricerca mirante a svelarne (anche in termini operativi) la sua intima essenza. Personalità complessa, ed irrequieta, M. S. Giannini sente il bisogno di trovare risposte più in là. E se le premesse sono sempre nell’istituzionalismo di Santi Romano, Giannini, nutrito da un’eccellente robustezza culturale, attento osservatore del diritto positivo e della prassi amministrativa, storicamente ha viva consapevolezza che il diritto amministrativo è guidato soprattutto da forze extra-legali. Studioso della giuspublicistica tedesca del periodo di Weimar, M. S. Giannini comprende che è necessario completare lo studio delle norme con lo studio dei gruppi sociali sottesi allo Stato sempre attento al condizionamento storico (geschichtliche Bedingtheit) ed alla relatività politica (politische Relativität). Già nelle Lezioni del 1950, Giannini dimostra una particolarmente acuta sensibilità per le novità costituzionali, respingendo la separazione fra dimensione costituzionale ed amministrative e concependo anzi quest’ultima come incardinata in quella.

Tuttavia è in Giannini costantemente presente la distinzione – euristicamente indispensabile – fra Costituzione in senso politico-materiale (Verfassung) e Costituzione in senso giuridico-formale (Konstitution), che rimanda alla dottrina di Mortati, a sua volta debitore a Carl Schmitt.

D'altronde – a differenza di altri giuristi dell'immediato secondo dopoguerra – Giannini non ha letto gli enunciati normativi della Costituzione attraverso le lenti di un'ideologia giuridica prerepubblicana la quale conseguentemente accreditava, tra i vari significati desumibili dalla medesima disposizione, quelli che meglio consentivano di inserire l'ordinamento democratico nell'alveo della tradizione liberale prefascista. Parimenti egli è ben consapevole che con l'avvento della Repubblica e l'approvazione della Costituzione era mutato lo scenario istituzionale in cui ormai doveva situarsi la figura della Costituzione materiale, intesa come la fonte giuridica che alimenta ed orienta lo sviluppo dell'ordinamento costituzionale, ampliando così l'oggetto dell'analisi oltre lo schema formale delle disposizioni scritte e richiedendo una spiccata sensibilità ai dati che emergono dalla realtà politica e sociale.

È quindi in Giannini consapevole il rifiuto del metodo tecnico-giuridico tradizionale, ritenuto incapace di spiegare le spinte che emergono dalla società e ad adattarsi alle esigenze poste dalla nascente società di massa, ad un mondo che si andava ormai delineando all'orizzonte sulle macerie di un periodo storico, che volgeva al tramonto. Considerato così improponibile, l'impianto dogmatico ereditato dallo Stato monoclasse liberal-borghese del sec. XIX, il Giannini rappresentava una importante alternativa a quella diffusa cultura giuridica decisamente orientata, per tutti gli anni cinquanta, a mantenere e riproporre i vecchi paradigmi della neutralità del diritto della continuità ed apoliticità dello Stato, della scientificità ed avalutatività della dottrina giuridica (in concomitanza con l'azione di congelamento della Costituzione). Ormai in Giannini vi è consapevolezza del giurista, quale interprete delle istanze della società in trasformazione e non già custode di un ordine cristallizzato, ma invece partecipe del processo costruttivo della società stessa. In verità le categorie giuridiche, presentate come elaborazioni concettuali indipendenti dai condizionamenti storici, finiscono per l'essere uno strumento per la valorizzazione dei rapporti di potere esistenti, finiscono

cioè con il valorizzare la società così com'è, sicché in questo modo il passato governa il presente ed il futuro. E così anche gli amministrativisti cominciano ad essere consapevoli che il giurista non è puramente un tecnico che ha a che fare con operazioni logiche ma si lancia in una analisi della realtà e dei conflitti sociali senza pregiudizi ed è particolarmente attento alle interferenze fra potere pubblico e vita economica e mercato. Così non si considera il vento delle contraddizioni, tipico dello Stato "pluriclasse" contemporaneo, come una minaccia e come un paradosso, coscienti, che le categorie giuridiche e i loro custodi, i giuristi, non possono essere al di sopra della mischia, della storia e delle lotte sociali.

Quindi, la ritrosia all'elaborazione di concetti astratti e generali si inserisce in una prospettiva di superamento del tradizionale modo di fare cultura giuridica, l'ordinamento giuridico presentandosi oggi ormai come un'entità discontinua, percorsa da fratture; solo una "teoria" delle contraddizioni sociali offre così strumenti per una comprensione della complessità del reale, abbandonando quindi la dottrina dello Stato-persona quale figura astratta ed ipostatizzata e risultandone travolto il vecchio paradigma dello Stato

onnipotente, che nei diritti fondamentali non riconosceva limiti esterni invalicabili ma solo autolimitazioni sempre revocabili.

Così gli amministrativisti più evoluti respingono la degradazione del diritto a strumento al servizio di forze trascendenti operando un'analisi del rapporto che intercorre fra forme giuridiche e contenuti politici, economici e sociali.

Riferendoci specificatamente al Giannini è difficile, però, spiegare a quale metodo – in positivo – egli si ispiri. Critica il metodo orlandiano, che considera storicamente superato, ribadisce l'autonomia della scienza giuridica anche se non rimane certo con gli occhi bendati di fronte ai processi reali; propende così, più o meno esplicitamente, per il metodo induttivo, ma non ha paura dell'ignoto e tende alla costruzione di un nuovo sistema permeato peraltro da punti fermi (che nell'ultima fase della sua ricerca chiama “invarianti”) sostituendo ai “miti” precedenti, ricondotti alla loro giusta dimensione, dei “dogmi” che egli ha interesse a considerare e far considerare come “veri” quando in realtà non sono che utili.

L'indirizzo metodologico del Giannini, certamente dissacratore, segna il definitivo e più consapevole superamento della c.d. “fase pandettistica” del

diritto amministrativo (per usare una sua felice espressione contenuta già nel 1940 nel suo saggio sui “Profili storici della scienza del diritto amministrativo”). Com’è noto, la teoria negoziale aveva dispiegato una notevole influenza nella lettera amministrativistica dalle origini fino al secondo dopoguerra. Basti pensare, nella dottrina tradizionale, allo spazio riservato alla questione della volontà della P.A., alle discussioni sulla causa come elemento essenziale dell’atto amministrativo, alla trasposizione nel diritto amministrativo del sistema dei vizi propri del diritto privato.

Vero è che già nel 1940, A. M. Sandulli, con il suo celebre libro sul procedimento amministrativo, aveva dato un grosso contributo al superamento della costruzione della figura tradizionale dell’atto amministrativo secondo i moduli concettuali propri della dottrina civilistica del negozio giuridico. La caduta di egemonia della teoria del negozio giuridico nei confronti della teoria dell’atto amministrativo significa che, sul piano culturale, la categoria “emblematica” del “pubblico” si allontana dalla categoria “emblematica” del privato, su cui prima si modellava, rivendicando la propria autonomia (e, a volte, la propria separatezza).

È ormai assodato che discrezionalità amministrativa e autonomia privata ruotano in ambiti diversi e parimenti chiaro è il rifiuto del punto di partenza metodologico della pandettistica fondato sulla pretesa indipendenza dei rapporti e dei conflitti intersoggettivi dalle loro specifiche determinazioni storico-economiche, nella pretesa di una scienza capace di dare una risposta, con le proprie categorie, a tutti i problemi nascenti dalla convivenza umana.

E si è ormai consapevoli che la pretesa di dare una risposta *sub specie juris* a tutti i conflitti nascenti nella società civile, imponendo alla generalità dei rapporti sociali la logica privatistica concretizzava in realtà una delle principali funzioni storiche dello Stato liberale di diritto, e della visione del mondo elementare e lineare, tipica di una società monoclasse (quella borghese); tale teoria tradizionale portava così a considerare solo l'apparenza superficiale delle cose (e le c.d. bugie convenzionali) dando luogo altresì ad un concetto mitico dell'autorità alla quale soltanto si doveva riconoscere il magico potere di connettere e tenere insieme una società di individui atomizzati.

Era quindi evidente in un'angusta prospettiva, che la costituzione formale, una volta entrata in vigore, assorbiva in essa totalmente (o, meglio, si postulava che assorbisse in essa totalmente) quel complesso di elementi e di fattori inclusi nel concetto (già detto) di costituzione materiale, sicché essi erano considerati irrilevanti per lo studio del diritto e da respingere nella sfera del mero pregiuridico. Allorché invero si prese coscienza che esiste un complesso di situazioni e di rapporti costituenti il “diritto vivente”, valevole come tale, anche se diverso da quello legale, allorché l'osservazione documentata l'avvenuta sua stabilizzazione, non si rende più possibile escluderne l'autonomo, rilievo giuridico. Cioè, a ben guardare, allorché la categoria, del giuridico si collochi sotto il segno dell'effettività, si rende necessario alla sua comprensione l'esame del concreto operare delle istituzioni sociali sottostanti alle norme positive.

Tale insegnamento di Mortati, fatto proprio consapevolmente dal Giannini, dal Benvenuti, dal Nigro, non poteva non condurre ad un nuovo metodo nello studio del diritto amministrativo.

Appare così anche presso gli amministrativisti lo storicismo, sia avendo presente la concezione dell'ordine sociale come sintesi di essere-dover essere (*Scin-Sollen*) che è la sola valevole a condurre ad unità il complesso delle manifestazioni di vita di un ordinamento. Ma lo stesso Giannini, pur dissacratore, e per certi versi benefico eretico, accetta pur sempre acriticamente, solo riverniciandoli, antichi "dogmi" che danno una certa tranquillità (come per es. l'imperatività dell'atto amministrativo, che ha la forza anche se invalido, di costituire, modificare od estinguere le situazioni giuridiche dei c.d. amministrati, indipendentemente dal loro consenso) ma che esprimono pur sempre una scienza giuridica che non riesce a liberarsi dalla splendida ed inesauribile facoltà fabulatrice sulla quale hanno poetizzato intere generazioni di giuristi accademici.

E, per stare all'esempio del dogma dell'imperatività, che peraltro il Giannini non depotenzia della sua maggiore carica dirompente, limitandosi a renderlo più presentabile da un punto di vista estetico, l'accettazione cioè di tale dogma (ricavato, a detta dello stesso Giannini, dal sistema, anche se non iscritto in alcuna specifica disposizione di legge) recava innegabili

conseguenze sul problema concreto del riparto di giurisdizione verso la P.A., a beneficio dell'area di incidenza del giudice amministrativo, e a detrimento della sfera di giurisdizione del giudice ordinario.

Peraltro la demitizzazione sia pure (parziale) del diritto amministrativo è sempre più accentuata in Giannini, in Benvenuti, in Miele, in Ottaviano, in Pietro Gasparri (studioso originalissimo e "solista" ben presto ingiustamente dimenticato) che in altri, pur autorevolissimi, studiosi coevi quali Enrico Gucciardi, maestro di razionalismo e formalismo, ed espositore fine e particolarmente brillante, Pietro Bodda, Renato Alessi, Antonio Amorth, Elio Casetta, Roberto Lucifredi, Pietro Virga, Enzo Capaccioli, Vittorio Bachelet, Alberto Romano, etc.

La lezione di Mortati e di Capograssi, è presente efficacemente in Mario Nigro che, pur non facendo parte di alcuna scuola, e quindi apparendo un "solitario", è pur sempre un maestro di storicismo, particolarmente attento e sensibile alla letteratura giuspubblicistica tedesca più avanzata. In Nigro è particolarmente evidente l'abbandono del costruttivismo (o strutturalismo) e l'insistere sul problematicismo. Inoltre Nigro è propugnatore dell'idea che il

giurista è un protagonista dell'esperienza giuridica ed è un enunciatore di valori. Della scuola gianniniana particolare rilievo assume la produzione scientifica di Aldo Piras, di cui si devono ricordare in particolare i due tomi del lavoro Interesse legittimo e giudizio amministrativo (Milano, 1962) che si segnalano per la profonda conoscenza che l'Autore dimostra per la teoria generale del diritto e per la scienza processualistica (specie tedesca); importante è in Piras la prospettiva della categoria dell'interesse pubblico in chiave teleologica nonché l'inserimento della potestà pubblica nella dinamica della funzione e, quindi, in sostanza, nell'alveo dei comportamenti giuridicamente doverosi; inoltre con lungimiranza Piras precorse i tempi dell'evoluzione, in chiave garantistica, in aderenza ai principi costituzionali, della giurisdizione amministrativa non già come giurisdizione sull'atto ma sul rapporto giuridico intersoggettivo versato in giudizio; evidenziando così quello che lo stesso Giannini aveva previsto nella sua importante voce Diritto Amministrativo sull'Enciclopedia del diritto (1964): cioè che la giustizia amministrativa tende verso il diritto processuale civile, superando la fase originaria in cui i tribunali amministrativi si presentavano quali

“paratribunali interni” divenuti poi “tribunali domestici”, per giungere infine alla loro verace natura ed al carattere di veri e propri organi giurisdizionali, terzi ed imparziali, iscritti *optimo iure* nella unitarietà della funzione giurisdizionale dell’ordinamento costituzionale democratico contemporaneo.

11. Dopo Giannini che, in tutta la sua produzione scientifica, dimostra di essere un maestro di storicismo e di razionalismo insieme (così Sabino Cassese nella sua Lezione su Giannini e la rinascita del diritto amministrativo tenuta in Bologna nelle giornate di studio in onore di M. S. Giannini, 12 – 13 maggio 1997), non appaiono linee metodologiche originali e particolarmente elaborate. Il fascino della lezione gianniniana ha attratto numerosi amministrativisti (anche non appartenenti alla sua scuola), anche se talora si deve constatare (per usare una terminologia cara a Calamandrei) un certo qual psittacismo, cioè una imitazione pedissequa e servile, a volte intrisa di piaggeria nei confronti del Maestro.

D'altronde occorre un certo tempo perché una scienza giovane, quale quella amministrativistica, possa trovare la sua fine problematica, per molto tempo l'analisi scientifica essendo apparsa dispersiva.

Oltre che in Giannini e in Miele, la consapevolezza della problematicità e della storicità dell'esperienza amministrativistica è presente in un alto dei grandi amministrativisti contemporanei, Feliciano Benvenuti, particolarmente attento all'evoluzione storica dei rapporti fra cittadino e Pubblica Amministrazione e alla tendenza verso un diritto amministrativo paritario, che supera la logica autoritaria del periodo liberal – borghese e di quello dei sistemi totalitari del XX secolo. Per Benvenuti si tratta allora di passare da un'epoca in cui il cittadino erano riconosciute soprattutto libertà garantite rispetto all'invasione dello Stato, ad un nuovo tipo di libertà attiva che consente al cittadino l'esercizio del potere di partecipazione, di sostituzione e di controllo rispetto alle attività pubbliche, completandosi così un lungo percorso finalmente in grado di costruire un concetto di cittadinanza che superi la democrazia attuale ed al tempo stesso la monocrazia impersonata dallo Stato. Come più volte si è osservato all'origine la scienza amministrativistica si è caratterizzata (al pari delle altre discipline giuspubblicistiche) per il fatto che la considerazione giuridica rimaneva al livello morfologico, non disgiungendosi da quella politica,

economica, sociologica, etc. In una seconda fase – pur sempre aperta ai contatti con le altre discipline giuspubblicistiche – la predetta scienza ha trovato in particolare una ricerca di appoggio nel diritto privato, e in una terza fase ha conquistato la sua specialità, affrancandosi da ogni ipotesi e divenendo anzi una delle principali fonti di alimentazione della teoria generale del diritto se non altro perché la disciplina amministrativistica spazia su quasi tutto l'ordinamento giuridico, mentre la fase che attualmente attraversa è di difficile decifrazione. Ciò dipende da vari fattori. La complessità della società contemporanea in continua trasformazione, si rispecchia fedelmente nella normazione amministrativa, e, quindi, conseguentemente nella scienza amministrativistica.

Agli schemi dei rapporti relativamente semplici, caratteristici dello Stato liberale di diritto, si vanno sostituendo gradualmente situazioni complicate che comportano la cooperazione di vari soggetti, l'intrecciarsi di competenze e di attività tra vari livelli e tra vari settori.

La dottrina italiana e straniera è consapevole della nuova realtà della vita pubblica in generale, contrassegnata dal passaggio da uno Stato, per così

dire, *limitato*, proprio della concezione giuridica ottocentesca considerato come ente a fini individuati (tutela dell'ordine pubblico, giustizia, difesa dai pericoli esterni, etc) ad uno Stato globalmente *responsabile* dello sviluppo dell'intera società.

Nel campo amministrativo le varie attività non possono essere più viste come a sé stanti ma collegate fra loro in vista del risultato complessivo, la produzione del quale richiede in genere non l'esercizio di poteri isolati ma una pluralità di interventi di operatori giuridici pubblici e privati che per svolgersi in maniera armonica e funzionale devono essere preordinati e coordinati: si vuol dire che l'amministrazione per atti (monadi) è stata sostituita da un'amministrazione per "programmi" (G. Guarino).

La nuova articolazione delle competenze dei pubblici poteri è oggi soprattutto un fatto qualitativo sicché le nuove funzioni sono divenute sempre più tecniche e complesse. Una volta ammessa la complessità, una soluzione semplice non convince più, anzi è una mera astrazione, imponendosi ormai soluzioni, diversificate, a seconda delle necessità operative, plasmate secondo le diverse esigenze.

Oltre agli effetti giuridici degli atti (che venivano essenzialmente in considerazione nel c.d. Stato limitato), come acutamente osservato dal Guarino, si inserisce ormai necessariamente la conseguenza degli effetti economici e sociali che sono la conseguenza di quelli giuridici.

Oggi non si può parlare di popolo e di esigenze popolari senza tener conto della natura estremamente complessa del primo che solo una finzione può considerare ambito di interessi omogenei.

In altri termini, lo Stato democratico (nel quale oggi viviamo) ha le sue contraddizioni che l'uomo, per quanto buona volontà ci metta, non riuscirà mai a risolvere perché tutto ciò che teorizza e pratica è, come il suo autore, imperfetto e contraddittorio.

Basti solo considerare che se democrazia vuol dire eguaglianza, quanto più numerosi sono i soggetti chiamati a decidere, tanto più la democrazia dovrebbe ritenersi realizzata. Ma non è così perché la democrazia, è con essa la P.A. oltre che partecipata, deve essere anche efficiente. E nella realtà si riscontra spesso che quanto maggiore è il numero di coloro che sono chiamati a decidere, tanto maggiore diventa l'insufficienza dell'organo

chiamato a decidere. Quando dipende dal giudizio di un gran numero di persone, la decisione, a causa degli inevitabili compromessi di cui è frutto, può risultare incoerente od inutile, oltre che tardiva.

Quando dipende dal giudizio di una sola persona o di un numero assai ristretto di persone la decisione invece risulta, in genere, tempestiva e la sua tempestività in particolari circostanze, può risultare utile e risolutiva; ma è anche vero il contrario: allorché dipende dal giudizio di una sola persona o di un numero ristretto di persone la decisione può anche risultare inaccettabile da una società civile che si vede costretta a subirla senza aver partecipato alla sua formulazione.

Ed è certo che proprio la filosofia del consenso che segna il passaggio dallo Stato autoritario allo Stato democratico.

E se è vero che ha diritto di imporsi come maggioranza l'opinione che ha riscosso il maggior numero di consensi, perché nella civiltà delle masse ciò che conta è il numero (i più valgono più dei meno) è pur vero che il carattere meramente quantitativo con cui si misura il pregio etico di una determinata decisione testimonia della cruda realtà che incapaci di attuare il governo dei

migliori perché tutti pretenderebbero di esserlo, ci dobbiamo accontentare del Governo dei più che consente pur sempre di dichiarare vera, anche se discutibile, un'opinione rispetto all'altra.

In altri termini le opinioni, in quanto semplici valutazioni sull'opportunità o meno di certe decisioni, sono tutte discutibili e non esiste sul piano qualitativo un criterio che possa stabilire quali di esse siano vere e quali false.

Ognuno ritenendo vera solo la propria, pretenderebbe che anche gli altri la riconoscessero per tale; ma se, tutti facessero così, ogni decisione diventerebbe impossibile.

Ecco allora il carattere quasi profetico che si attribuisce alla volontà della maggioranza! Gli studiosi delle scienze naturali, fisiche, chimiche e biologiche, e delle matematiche, difficilmente riescono a nascondere la propria intima convinzione che lo studio del diritto non abbia sotto nessuno aspetto carattere e valore scientifico talvolta contrapponendo le loro ricerche sperimentali alle speculazioni astratte ed ai lavori di compilazione che attribuiscono ai giuristi. Si è ormai costretti a riconoscere che la scienza del

diritto, un tempo assisa al sommo delle gerarchie delle conoscenze umane, a lato della filosofia e della teologia, non può oggi aspirare neppure ad un verdetto di parità nei confronti dei progressi raggiunti nell'ultimo cinquantennio delle scienze naturali: la scienza giuridica è in ritardo sulle altre, la formazione del diritto non è al passo con le nuove esigenze direttamente o indirettamente determinate dalle innovazioni tecniche, in quanto che a molti problemi che insorgono ogni giorno assolutamente imprevedibili, il diritto continua a dare soluzioni inadeguate. Si comprende allora che gli orientamenti metodologici contemporanei sono caratterizzati da varie correnti di pensiero, tra loro diverse, ma accomunate dall'idea che la soluzione delle questioni giuridiche, pur nel contesto legale, non sia necessitata: non esistono le conclusioni "vere" o le conclusioni "false" esiste piuttosto una pluralità di soluzioni alternative in favore di una delle quali opterà l'interprete. Ed in effetti l'epistemologia contemporanea sostituisce alla verità oggettiva, la verità probabile, alla dimostrazione l'argomentazione, alla certezza la ragionevolezza. Si chiede una razionalità

diversa da quella deduttiva una razionalità argomentativa, critica, caratterizzata dal fatto di essere fondata sul dialogo.

La stessa riflessione ermeneutica contemporanea non si fonda su una posizione superiore, ma indica il fatto che la verità possibile viene messa alla prova. Tale riflessione mette in luce che in ogni comprendere si compie un'autocritica. Il modello di quest'esperienza è il dialogo. Un dialogo – com'è noto – non è possibile se uno dei *patners* crede di trovarsi senz'altro in una posizione superiore a quella dell'altro in quanto ritiene di possedere un sapere preliminare circa i pregiudizi di cui l'altro sarebbe prigioniero.

Egli stesso si chiude così così nei propri pregiudizi. Al contrario, l'esperienza ermeneutica considera con scetticismo la pretesa di un qualsiasi sapere preliminare. L'esperienza ermeneutica istituisce invero un confronto con le opinioni altrui. Le riflessioni più recenti sul metodo spaziano dialetticamente nel territorio del ragionevole, del verosimile, del probabile.

In altri termini, il sapere giuridico non è epistème, cioè conoscenza stabile ed confutabile, è invece *dòxa* opinione problematica e controvertibile.

Non a caso il metodo proprio della scienza è indicato in Popper con l'espressione << congetture e confutazioni >>. Per Popper tutta la conoscenza del metodo scientifico può essere sintetizzata dicendo che consiste nei tre passi seguenti: 1) inciampiamo in qualche problema; 2) tentiamo di risolverlo, per esempio proponendo qualche nuova teoria; 3) impariamo dai nostri errori, in particolare da quelli su cui ci richiama la discussione critica dei nostri tentativi di soluzione, una discussione che tende a condurci a nuovi problemi, o per dirla in tre parole: problemi-teorie-critica.

Nella stessa linea metodologica si collocano il fallibilismo, termine coniato dal Pierce per indicare l'atteggiamento del ricercatore che ritiene possibile l'errore ad ogni istante della propria ricerca e perciò cerca di migliorare i suoi strumenti d'indagine e di controllo e la c.d. epistemologia evolutivista, cioè il metodo per tentativi ed errori.

Per tale epistemologia, 1) le conquiste conoscitive sono sempre poste in forma ipotetica (sono proposizioni sintetiche) e non hanno alcuna garanzia al momento della loro scoperta, ossia le mutazioni epistemologiche sono nel momento in cui hanno luogo, non indotte e neppure istruite dall'ambiente.

Ciò non significa tuttavia che esse siano casuali; 2) la successione cronologica delle teorie scientifiche ha luogo per una sorta di eliminazione selettiva. Il ricercatore dovrà mantenere un'analogia di attitudine selettiva, cioè essere pronto alla falsificazione empirica della sua teoria.

È altresì da evidenziare che la più recente epistemologia evoluzionistica tende ad abbattere ogni barriera fra scienze naturali e scienze sociali.

A tale riguardo è altresì da ricordare che gli sviluppi sia della scienza sia dell'epistemologia hanno ormai revocato in dubbio la nota dicotomia scienze naturali / scienze sociali, in ciò confortati dalla nascita ogni giorno di discipline trasversali quali la teoria generale dei sistemi, la cibernetica, la teoria dell'informazione, l'ecologia, l'etologia, etc.

Con ancor più particolare riferimento alla scienza giuridica è da ricordare, fra gli orientamenti contemporanei più accreditati, la dottrina della natura del fatto o delle cose (vincolante per il legislatore e per l'interprete), la zetetica caratterizzata dal continuo zetèin, cioè dalla ricerca incessante e dal dubbio nei confronti di ogni soluzione, la topica giuridica, per cui il giurista non procederebbe per deduzioni sistematiche ed apoditticamente, ma affrontando

i singoli problemi all'interno dei quali individuerebbe la soluzione più giusta tramite argomenti o tòpoi, comunemente accettati.

In altri termini, quando non ci sono verità intuitive o verità rivelate, nessuna opinione si impone per forza propria, ma solo per la forza degli argomenti che la sorreggono. Non a caso nella fisica quantistica è invalso il concetto di “onda di probabilità”. *A fortiori*, qualcosa di analogo, bisogna adoperare nel ragionamento giuridico. Quanto più cioè ci allontaniamo dall'idea di una verità autoevidente, tanto più ci avviciniamo all'idea della probabilità prevalente. Nello scenario epistemologico contemporaneo, dall'empirismo logico alla filosofia analitica fino alle varie tendenze realiste, non si trova uno scrittore che sia disposto a parlare di verità e certezze in termini assoluti ed oggettivi. Parrebbe quindi che non rimane che abbandonarsi nelle braccia dello scetticismo, sulle norme e sui fatti, del realismo giuridico scandinavo o nordamericano (che fin dall'ultimo dopoguerra è stato oggetto di studio nella nostra dottrina giuridica). Vero è che, quantomeno nei Paesi, come il nostro, di derivazione latino-germanico, si è ormai sottolineato che esiste tutto un mondo di valori (c.d. giurisprudenza valutativa) che orienta le scelte del

giurista pur nel contesto del dato legale; tale aspetto, filosofico o politico che dir si voglia, appare infatti ormai ineliminabile nell'attività del giurista.

Come ha osservato esattamente il Bobbio trattando dei rapporti fra politica e cultura occorre evitare due posizioni estreme, quella della cultura politicizzata cioè della cultura che ubbidisce a direttive ed imposizioni che provengono dai politici e quella della cultura apolitica, cioè della cultura staccata dalla società in cui vive e dai problemi che in questa società si presentano.

Fra questi due estremi si inserisce invece una politica della cultura (che si contrappone ad entrambe le due predette posizioni estreme) e va intesa <<come politica degli uomini di cultura in difesa delle condizioni di esistenza e di sviluppo della cultura>>.

12. Tirando le fila di questo discorso, con specifico riferimento al problema del metodo nello studio del diritto amministrativo, va ribadito la trasformazione in atto dell'organizzazione e dell'attività amministrative, sia sotto il profilo normativo, sia sotto il profilo fattuale.

Se ciò porta a considerare la scienza del diritto amministrativo non già come scienza normologica, ma come scienza dell'esperienza giuridica e se, è entrato in crisi (come si è detto) il tradizionale metodo tecnico-giuridico, si assiste ormai alla acquisita consapevolezza che la scienza amministrativistica non costituisce come un mondo chiuso ed a sé stante.

Essa oggi non può non avere più o meno larghi contatti ed interferenze con le altre discipline extra-giuridiche che si occupano, a vario titolo della pubblica amministrazione. Ciò porta ed una riconsiderazione del metodo in quanto la mentalità isolazionistica appare ormai come remora allo sviluppo degli studi. Se è vero che gli stessi fenomeni vengono a costituire oggetto di indagini e di ragionamenti diversi da quelli propri dei cultori del diritto amministrativo, coloro che vogliono studiare la realtà amministrativa sotto il profilo giuridico non possono ignorare i diversi sistemi scientifici che, per una inderogabile necessità di divisione del lavoro sono coltivati da persone diverse ma che parimenti non devono essere concepiti come compartimenti stagni, incomunicabili fra loro e con la scienza giusamministrativistica stessa. Certo, il rapporto fra scienza amministrativistica ed altre scienze

extragiuridiche non può essere concepito come recezione passiva da parte della prima di elementi raccolti in altra sede con metodi affatto diversi e destinati a rimanere estranei.

Essa deve invece tradurli in elementi giuridici servendosi dei propri metodi trascurando gli aspetti irrilevanti per il diritto e ponendo l'accento su quelli che interessano e costruendo quindi categorie concettuali sulla base di differenze e somiglianze che servono ai propri fini.

D'altronde non si possono intendere le norme di un ramo qualsiasi del diritto senza conoscere la natura dei rapporti che esso intende disciplinare.

E specie nel diritto amministrativo conoscere a fondo la natura di un istituto implica la conoscenza di varie realtà, oggetto di discipline diverse da quella giuridica. Già il Savigny, nel 1886, nel suo Sistema del diritto romano attuale notava che “teorico perfetto sarebbe dunque colui, la cui teoria fosse vivificata dalla piena e completa conoscenza di tutta la pratica attività giuridica: tutti i rapporti morali, religiosi, politici, economici della vita reale dovrebbero essere presenti al suo sguardo”.

Essendo a nostro avviso pacifico che le indagini della c.d. giurisprudenza teorica (dottrinale) hanno carattere scientifico al pari di quelle dedicate dagli studiosi del mondo fisico ai campi rispettivi, i risultati delle prime - almeno secondo l'opinione più diffusa - non possono essere paragonati a quelli oggi sempre più impressionanti raggiunti dalle seconde in quasi tutti i rami della conoscenza. Vero è che una delle cause più gravi della arretratezza della scienza giuridica è derivata dalla confusione delle lingue.

Quello che occorre cioè evitare o piuttosto ridurre alle minime proporzioni è il frequente uso degli stessi vocaboli in sensi diversi, determinando contaminazioni di concetti del tutto irrazionali.

Eppure negli studi giuridici (più che in tutti gli altri) la forma verbale (il linguaggio) è mezzo indispensabile per esprimere i dati stessi della conoscenza. Oggi più, che mai non si può auspicare né l'adozione di modi di espressione, per così dire esoterici, che circondano il diritto di un alone di mistero (come spesso è avvenuto nel passato) né l'utilizzo di un metodo di volgarizzazione consistente nell'uso di un linguaggio approssimativo, nel

quale ben poche parole hanno un significato identico per tutti, con conseguenti incertezze e fraintendimenti.

Oggi, peraltro, come già si è detto, nello studio scientifico del fenomeno giuridico metodologicamente non si può attribuire ad esso funzioni costruite aprioristicamente o desunte da entità trascendenti la natura umana, nella quale esso si svolge; si è già rilevata la necessità di una conoscenza approfondita della realtà disciplinata dal diritto, e ciò assume un particolare rilievo per la scienza amministrativistica, ove l'oggetto è sterminato.

Molti problemi relativi alla Pubblica amministrazione possono essere impostati e risolti da sociologi, dagli economisti, dagli aziendalisti, dai politologi, dai filosofi etc, sotto il rispettivo angolo visuale, con i loro metodi e con i loro risultati. Ma parimenti è ormai acquisito oggi che nessun giurista riesce a far a meno di proporsi quei problemi stessi e di tentare di risolverli con i propri metodi e di domandarsi quale sia lo scopo di un istituto, se la disciplina esistente vi corrisponda pienamente, come si potrebbe perfezionarla per adeguarla allo scopo (compiti che un tempo erano ritenuti interdetti alla scienza giuridica, riduttivamente intesa).

Si badi che i problemi giuridici sono altra cosa dai problemi filosofici, sociologi, economici, aziendalistici, politici, etc, anche quando riguardino oggetti apparentemente simili, né si può rinviare a soluzioni raggiunte per problemi essenzialmente diversi senza venir meno al proprio dovere.

Ciò è di particolare interesse per il giusamministrativista che molto spesso si trova a contratto con altre diverse scienze anche perché oggi è difficile trovare scienze che non si occupino almeno in qualche capitolo di fatti amministrativi (si pensi, per es. all'urbanistica, alla statistica, alla cibernetica, alla tecnica bancaria, all'ecologia, alle varie ragionerie, all'archivistica, alle scienze ed alle tecniche meccaniche, elettriche, informatiche, alla psicologia, etc).

D'altronde attesa la sempre maggiore complessità della vita odierna, diventano sempre più vasti e numerosi i settori ed i rapporti cui progressivamente si estende la disciplina giuridica.

Ed è vero che lo studioso del diritto amministrativo (come in genere ogni giurista) trae giovamento da una larga apertura sulle altre categorie delle varie scienze e quindi è opportuno che si tenga, per quanto possibile,

informato sull'andamento delle altre scienze, anche con riflessioni e meditazioni personali. Ciò che veramente importa è che le ideologie, i sentimenti, gli interessi personali o di gruppo non deformino oltre i limiti inevitabili la soluzione dei problemi di interpretazione e di applicazione del diritto.

Occorre comunque la consapevolezza del *quid proprium* della giurisprudenza teorica e, nel nostro caso, della scienza amministrativistica rispetto alle altre scienze, nel senso che ciascuna scienza ha forgiato ed adopera propri strumenti per cogliere dal proprio punto di vista la realtà.

Si suol dire così che se va apprezzata la complementarità dei diversi approcci non è ammesso invece sincretismo dei metodi.

Daccapo è da ribadire che non è più accettata la visione restrittiva del ruolo dei giuristi nei confronti del diritto, propria, per così dire, del positivismo legalistico e le nuove ideologie accentuano l'intervento creativo dei giuristi stessi, rifuggendo però dall'alternativa drammatica fra verità oggettiva o arbitrio soggettivo. In altri termini le "prese di posizione" del giurista non possono derivare da atteggiamenti emotivi favorendo invece la responsabilità

personale del giurista – interprete e la sua presa di coscienza sulle alternative metodologiche ed ideologiche nel cui ambito egli, spesso inconsapevolmente, si muove.

Il *jurisperitus sapiens* opera nella consapevolezza della distanza fra il diritto e la vita e ciò lo distingue dal semplice *leguleio* dovendosi invece porre come mediatore fra l'universo astratto delle norme giuridiche e l'universo concreto della realtà sociale e naturale.

Così si fa strada la convinzione che nella formazione del giurista al metodo sistematico tradizionale debba affiancarsi il metodo empirico e casistico.

Si badi peraltro che la giusta reazione al formalismo deve arricchire l'oggetto ed i fini della scienza giuridica, nella convinzione che il diritto non è un sistema di concetti impalpabili, cioè un insieme di “gusci vuoti” privi d'utilità, ma è invece una realtà vivente, accertabile in virtù di una valutazione storica. Ma ciò non deve far dimenticare l'essenza ultima del diritto che, proprio come realtà, è un fenomeno atto a condizionare le attività umane secondo determinati modelli che attendono una loro sistemazione che mai può essere disattesa.

Il giurista deve essere sempre memore del noto detto Kantiano (nella sua Dottrina del diritto): «una dottrina del diritto puramente empirica è (come la testa di legno nella favola di Fedro) una testa che può essere bella – ma che ahimé non ha cervello». Perciò il metodo nello studio del diritto e così del diritto amministrativo, deve essere “integrale”, storico e razionale nello stesso tempo. Quello che occorre, comunque, tener fermo è che un autentico metodo si deve inscrivere in un quadro di idealità e di valori.

Nel campo della scienza amministrativa in particolare, i valori sono sostanzialmente di due ordini, cioè il valore della tutela della libertà dell'individuo e del suo diritto a quelle prestazioni che discendono dallo Stato democratico quale voluto dall'art. 3 della Costituzione e dall'altro la tutela del bene comune (che è l'oggetto della politica, intesa quale la più alta delle attività umane), ove il bene della polis che deve essere attentamente custodito anche dalla Pubblica Amministrazione, pur senza inglobare le esigenze dell'individuo, si iscrive negli orizzonti di civiltà di un popolo.

Tanto più il bene della polis (che non è in contrasto con il primo valore) è tutelato, tanto più si realizza la regola giuridica “*quae servata servat societatem, corrupta corrumpit*”.

Ma quello che occorre, ora più che mai, tenere per fermo è che il diritto non è un valore autosufficiente, bensì esso ha senso solo in rapporto ad altri valori, è condizione della possibilità di altri valori.

Proprio perché si riconosce l’influenza del mondo dei valori, è ingiustificato ritenere che il giurista non se ne debba occupare perché altrimenti egli, anche conoscendo il diritto positivo in astratto, non lo comprenderebbe in concreto e verrebbe meno alla propria funzione, lavorando su vuote formule anziché sulla realtà della vita. Uno dei punti di forza della *Interessenjurisprudenz* nella sua polemica con la Begriffsjurisprudenz prima e con la *Reine Rechtslehre* poi, è considerato proprio nell’aderenza alle esigenze della vita e della storia, nel suo senso del reale e del concreto.

Richiamando la classica distinzione del Windelband fra giudizio teoretico e giudizio critico o, se si preferisce, giudizio di conoscenza e giudizio di valore, è a dire che il primo può pretendere di giungere ad una certezza

obiettiva (si pensi all'affermazione “questa cosa è bianca”) che è invece irrimediabilmente negata al secondo (si pensi all'affermazione “questa cosa è buona”). Posta la soggettività dei valori (ogni persona ha un proprio sistema di valori) i valori (soggettivi), in un dato periodo storico ed in un dato ambiente, hanno un contenuto empirico prevalentemente uniforme: non è perciò errato parlare di valori comuni ad una data società, né è errato parlare di coscienza sociale.

E – lo si ribadisce – i valori sociali possono variare quanto a contenuto, da ambiente ad ambiente, da periodo storico a periodo storico.

Quanto era ritenuto bello ieri (per es. nello Stato liberal-borghese) può non apparire tale oggi (nello Stato democratico temporaneo), quanto ritenuto giusto in Afghanistan può apparire ingiusto in Italia.

Ma, come già si è detto, nella gerarchia dei valori, il diritto ha un valore strumentale, è un gradino che consente di raggiungere valori superiori, ma è pur sempre un gradino necessario (valore-mezzo in rapporto ad altri valori finali). Quindi va distinto il diritto come valore, di cui è lecita una

sistemazione nella gerarchia dei valori ed il diritto, come insieme di norme positive, che, in quanto tale, può essere contrario alla giustizia o alla morale.

Ha osservato realisticamente Santi Romano (nella sua bella voce Diritto e morale in Frammenti di un dizionario giuridico): “Che il diritto (positivo) sia morale, è un’esigenza non del diritto ma della morale, il diritto per così dire immorale o ingiusto non è meno diritto di quello morale”.

Ma vero è che il diritto positivo non può essere costretto negli angusti limiti di una logica razionale *sic et simpliciter* e non può essere compreso se non corrisponde al valore sentito dalle coscienze.

Nei suoi interessanti “Spunti metodologici” il Pugliatti rileva che, attesa la sua natura e la sua struttura, la scienza giuridica deve rifuggire da due eccessi: l’idolatria della perfezione formale del sistema (il mezzo diventa fine) e l’assunzione del fatto sciolto da ogni valore.

Secondo Pugliatti, se poi si pretende di eliminare “il concetto”, bisognerà rassegnarsi a conseguire una conoscenza meramente intuitiva e a contare su di una comunicazione senza mediazione alcuna, rinunciando persino all’uso delle parole, che, per sua natura tende a esprimere immagini o concetti.

Così la scienza giuridica deve costruire ed elaborare concetti (definizioni, distinzioni, etc) che, rispetto all'ordinamento giuridico a cui appartengono, mantengono quel valore insieme teorico pratico che caratterizza la funzione della scienza *de qua*. Così i concetti giuridici devono adeguarsi alla realtà giuridica nel suo svolgimento storico, sicché, come puntualmente osservato sempre del Pugliatti, è ovvia indicazione metodologica quella che si esprime nell'esigenza di sottoporre continuamente ad esame e a revisione i concetti giuridici, anche tradizionali.

In questo senso il sistema concettuale può dirsi quindi elastico, nella pienezza totale dell'espressione, il che non impedisce peraltro (con occhio rivolto alla realtà storica) la possibilità di "fratture" (o di strappi); infatti l'ordinamento giuridico in quanto sistema in equilibrio dinamico, è soggetto a rotture o turbamenti di tale equilibrio.

Ben s'intende, però, che nel momento stesso in cui essi vengono a manifestarsi, ha inizio il processo di ricostituzione del nuovo equilibrio.

In questo senso si può dire che la scienza giuridica costituisce un "sistema aperto". Quello che occorre, comunque, tenere per fermo è che

l'ordinamento giuridico e quello naturale sono due ordinamenti autonomi e distinti (D. Barbero).

Infatti per quanto siano fino a un certo punto interferenti o coincidenti, la distinzione pur sempre permane ed è quindi l'ordine giuridico che assorbe e dà la forma (giuridica) ad ogni realtà esistente prima e al di fuori di esso; e solo in quanto rivestita di questa forma (giuridica), qualunque realtà diventa, per il giurista, valutabile.

È quindi condivisibile l'idea che è la realtà giuridica la sola giuridicamente valutabile; se ciò non si comprende si finirà continuamente di trovarsi di fronte ad insuperabili barriere “nello sforzo infecondo di coartare ogni situazione giuridica nelle forme naturali e storiche o, viceversa, di adattare sempre queste a quella” (D. Barbero).

Certo è che la scienza giuridica deve necessariamente procedere con metodo proprio e determinare nozioni adeguate all'oggetto che studia ed ai fini che persegue, il che non toglie che i risultati scientifici migliori si ottengono quanto più si abbia una cultura capace di integrarsi con gli apporti di ogni

provenienza ed infatti le più evolute tendenze recenti sono in favore di un inserimento del diritto nella più vasta e varia sfera della vita culturale.

Si pensi, per esempio, che alla logica sillogistica tradizionale è riconosciuto un valore molto modesto dai logici generali e dai logici matematici contemporanei: essa infatti è considerata un mezzo d'indagine insufficiente perché si presta alla dimostrazione di ogni genere di premessa senza dare affidamento circa la validità e il valore di verità da attribuire alle premesse stesse, né avverte il valore e la portata del concetto di relazione per l'esatta determinazione dei termini stessi impiegati.

Ed invero il metodo sillogistico (inteso secondo l'accezione tradizionale) considera i termini come entità assolute, precostituite alla relazione, nella quale compaiono.

Ed infatti tra le altre caratteristiche i metodi moderni hanno le seguenti: i termini hanno un significato in quanto inseriti in una relazione.

Così gli stessi enunciati devono, essere criticamente vagliati nel loro valore di verità. In altre parole non basta che vi sia un insieme di conseguenze ricavate in un dato senso deduttivamente, ma occorre, ancor più, controllare

che l'enunciato, dal quale le conseguenze sono fatte dipendere, non sia arbitrario o privo di significato, nel quel caso l'enunciato deve rivelarsi contraddittorio verso i suoi presupposti. Si comprende allora l'affermazione che anche in matematica non vi sono verità assolute e come molti pensano ad un alternarsi di intuizioni e di logiche dimostrazioni.

Tornando al diritto amministrativo, oggetto della nostra indagine, e ribadita la "specialità" di detta disciplina, è da evidenziare ancora che l'amministrazione oggi non deve essere solo un tecnico del diritto, ma deve avere multiformi interessi mentali fuori del campo strettamente giuridico (con particolar riferimento alle varie discipline che studiano i fatti amministrativi, avendo presente che ormai è difficile, come si è detto trovare scienze che non si occupino in qualche capitolo di fatti amministrativi).

Ma ciò considerato, è da rilevare che, l'evoluzione in atto della normazione amministrativa induce ad ulteriori riflessioni.

Oggi come non mai, infatti, la P.A. utilizza, soprattutto nella sua svariata attività, regimi giuridici diversi dal regime giuridico strettamente pubblicistico. Da un lato è riscontrabile una molto ampia utilizzazione del

diritto privato, e non più solo nel campo tradizionalmente noto come attività di diritto privato dalla P.A., ma anche in settori estranei all'autonomia privata delle amministrazioni pubbliche.

Nell'odierna società pluralistica e partecipazionistica, si va sempre più diffondendo una larga ed eterogenea serie di attività e di poteri non autoritativi della P.A., contrassegnati dalla "consensualità" con un significativo riconoscimento dell'alterità e del diverso.

La contrapposizione classica autorità-libertà, figlia dell'esaltazione della sovranità, quale attributo indefettibile dello Stato-ente o Stato-soggetto, va riconsiderata ormai in una dimensione del tutto diversa, attese le esigenze di democraticità di un ordinamento, come il nostro, fondato sull'appartenenza della sovranità al popolo (art. 1, secondo comma Cost.).

Poi l'accrescersi delle sue competenze la Comunità Europea (che si avvia ad essere Unione Europea), per effetto dell'Atto unico europeo del 1986, del Trattato sull'Unione Europea adottato a Maastricht il 7 febbraio 1992 e quindi del Trattato di Amsterdam adottato il 2 ottobre 1997, nonché del Trattato firmato a Lisbona il 13 Dicembre 2007 rappresenta un processo

culturalmente e giuridicamente importantissimo in quanto la Comunità Europea, secondo la definizione data dalla Corte di Giustizia in occasione di una famosa sentenza (Van Gend en Loss)” costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro diritti sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini”.

Ed infatti, com'è noto, l'Unione Europea, quale ordinamento giuridico, ha sostanzialmente una propria Costituzione, (che presumibilmente fra breve sarà anche formale e raccolta in particolare in un unico documento) per ora derivante da un insieme di norme distribuite in Statuti, Trattati e negli Atti giuridici degli organi della Comunità, e in parte anche dalle consuetudini.

L'Unione Europea, in alcune materie, ha poteri superiori a quelli degli Stati che ne fanno parte e dal cui accordo trae la legittimità; secondo il principio dell'applicabilità diretta delle sue norme nei confronti dei cittadini degli Stati membri, i cittadini stessi sono soggetti sia al diritto nazionale sia a quello comunitario. Tutto ciò ha innescato un processo innovativo ormai

irreversibile, essendo destinato ad incidere sempre più intensamente anche sui caratteri dell'ordinamento amministrativo degli Stati membri.

Ed allora è agevole comprendere come la P.A. non operano più soltanto attraverso, con le forme e con i metodi propri del diritto particolare che è il diritto amministrativo interno; esse operano anche secondo altri regimi giuridici. La sempre maggiore complessità degli ordinamenti giuridici che si occupano delle Pubbliche Amministrazioni e delle attività soggettivamente qualificate per la loro inerenza a pubblici interessi (ordinamento europeo, statale, comunale, regionale, provinciale, delle aree metropolitane, etc), fa sì che la materia giuridico amministrativa cresca continuamente ed ineluttabilmente.

A tutto ciò si deve aggiungere un'altra considerazione; e cioè che il diritto, come scienza, ha avuto le sue epoche di maggiore fortuna soprattutto nell'antica Roma e poi nel periodo che va dalla seconda metà del settecento alla fine del XIX secolo.

Oggi, invece, il diritto, pur rimanendo un fattore essenziale per un ordinato svolgimento della vita sociale, ha un'importanza minore rispetto ad altre categorie dello spirito, specialmente rispetto all'economia ed alla tecnica.

Se da un lato la civiltà odierna segna un predominio dell'economia e della tecnica, dall'altro, la scienza giuridica dà la sensazione che non è più in grado di far fronte pienamente ai compiti cui è chiamata.

E per l'amministrativista – come per ogni altro giurista – sembra superata la fase storica creativa, non già perché non vi sia più nulla da creare e da costruire, ché anzi la vita economica, sociale o tecnica ha creato *ex novo* nuove discipline concrete o le ha fatto assumere una consistenza che prima erano ben lontane dall'avere.

Questa del minor ruolo della scienza giuridica, nella vita odierna, è la constatazione di un fatto, l'osservazione storica rilevando che l'una o l'altra delle categorie dello spirito, a turno, gioca un ruolo più importante delle altre, a seconda dei vari periodi storici. Anzi, le differenze salienti fra i vari periodi storici, sono date soprattutto dalle prevalenze dell'una o dell'altra di

quelle categorie dello spirito (arte, scienze mediche, tecniche ivi incluse le c.d. scienze esatte, economia, politica, diritto, religione, etc).

Oggi, per l'amministrativista in particolare, il compito è di non appesantire ed infarcire la materia giuridica su cui si deve applicare, ma di renderla uno strumento il più possibile agile al servizio di quegli interessi che il diritto amministrativo è chiamato a comporre ed a regolare.

Ma non è agevole, per così dire, essere semplici comportando un preventivo travaglio interno di depurazione. Per il diritto amministrativo, più che per ogni altro ramo del diritto vale oggi l'ammonimento di *Montaigne*: "La cosa peggiore che trovo nel nostro Stato è l'instabilità, e il fatto che le nostre leggi, non diversamente dai nostri vestiti, non possono assumere alcuna forma durevole".

Eppure con il fenomeno dell'elefantiasi legislativa fa a pugno l'intuitiva osservazione che la civiltà di un popolo è inversamente proporzionale al numero delle sue leggi mentre il merito di esse riposa nella loro effettiva osservanza; G. B. Vico, nella Scienza Nuova (IV, XII, 3) opportunamente

osservava che: “Gli spartani dicevano agli ateniesi: che le leggi in Atene tante se ne scrivevano, e le poche che erano in Sparta si osservavano”.

Per l'amministrativista contemporaneo si apre qui un discorso molto complesso dovendo porre la propria indagine su situazioni diversissime e forme di azione amministrativa diversificate. Infatti, se è innegabile che le P.A. operano sempre più in forma contrattuale, parimenti però è da avvertire che non bisogna cadere neppure nell'infatuazione contrattualistica.

Così ancora non perché anche nel nostro ordinamento pare ammissibile la categoria del “contratto di diritto pubblico” ciò deve portare ad un acritico ricorso ad esso, pregiudizialmente precludendosi l'utilizzazione di altre figure (moduli convenzionali non contrattuali, atti complessi, etc).

Ancora l'esistenza di fenomeni di cooperazione fra Stato e/o regioni e/o comuni, inizialmente diffusi in altri ordinamenti (Germania, Austria, Francia) ma ora applicati da noi non deve portare all'esautoramento delle assemblee elettive e alla sovraesposizione di nuove atipiche fonti normative.

La previsione normativa e la sempre maggiore diffusione di strumenti convenzionali o pattizi e il crollo del vetusto dogma della non negoziabilità

dell'esercizio dei pubblici poteri (si pensi agli accordi endoprocedimentali, agli accordi sostitutivi di provvedimento, ai contratti di programma, ai negozi collegati con i provvedimenti amministrativi, ai cosiddetti concordati tributari, etc), non deve però condurre ad un nuovo feudalesimo, alla parcellizzazione del potere, al vetusto sistema delle regalie già denunciato dal Cammeo). La sempre maggiore attrazione del processo amministrativo verso il processo civile, non deve peraltro far dimenticare la cosiddetta "rilevanza politica" della lite amministrativa (derivata dalla presenza e dalla rilevanza degli interessi pubblici) così ben lumeggiata dal Carnelutti.

Il crollo del mito dell'imperatività dell'atto amministrativo idoneo ad estinguere o ad "affievolire" tutti i diritti soggettivi nei quali si imbatte, non deve peraltro far dimenticare che esiste pur sempre una "gerarchia di interessi" e l'esigenza di un loro equo bilanciamento o contemperamento quale riflesso di una gerarchia di "valori", e che un esasperato individualismo e liberalismo costituisce una pericolosa spinta centrifuga rispetto al tessuto connettivo sociale.

La scomparsa del potere pubblico come entità carismatica o metafisica non deve condurre a livellamento fra P.A., e cittadini in ogni settore della vita associata, indiscriminatamente, a dispetto di superiori esigenze sociali e solidaristiche, e della irriducibile politicità di varie scelte non riconducibili ad una mera visione privatistica *sic et simpliciter*.

La considerazione di un diritto comune a pubblici e privati operatori che comporta l'utilizzazione per le obbligazioni pubblicistiche di norme scritte originariamente per le obbligazioni privatistiche, richiede altresì in varie circostanze l'adattamento dei princìpi esistenti ed anche la creazione di princìpi nuovi (eventualmente estensibili anche a talune obbligazioni privatistiche) per un problema di adeguamento a valori propri del campo pubblicistico. Si comprende allora che, pur confermando la già detta applicazione del c.d. "metodo integrale" (storico e razionale al tempo stesso) nel campo del diritto amministrativo, la scienza amministrativa si trova di fronte a intricati problemi del tutto peculiari di fronte ad un mutamento sociale ed ideologico-culturale incredibilmente rapido.

Occorre anche qui evitare due eccessi opposti: da un lato la visione tradizionale “essenzialistica” che scambia le astrazioni concettuali per cose reali, dotate così di una “essenza nascosta” da sviscerare, con la diffusione di inesistenti, mitiche entità, con la confusione sistematica fra questioni di fatto e questioni linguistiche o terminologiche; dall’altro l’eccesso inverso dei realisti americani e di varie analoghe esperienze europee i quali, constatato che quei termini non hanno, presi isolatamente, alcun riferimento ad oggetti reali, li considerano privi di qualsiasi significato scientifico, assegnando alla scienza giuridica un oggetto ed un metodo nuovi, totalmente diversi da quelli tradizionali e confusi con quelli della sociologia.

13. Se ora ci si chiede quale sia l’orientamento attualmente più diffuso fra i nostri amministrativisti contemporanei, la risposta non pare agevole.

Infatti pare che il nostro odierno amministrativista non scelga (come già insegnava invece Merkl) i risultati sulla base dei metodi ma i metodi sulla base dei risultati (optando così per una “metodologia dei risultati”).

La “metodologia dei risultati” reca seco *l’eclittismo metodologico*. Invero la scelta fra la “metodologia dei metodi” e la “metodologia dei risultati” è di

natura “politica” (nel senso più nobile del termine) e non puramente tecnica, come, in genere, la scelta di un qualunque metodo rispetto ad un altro è sempre di natura politica. Un argomento contro la “metodologia dei risultati” è che essa è più “politica”, ove peraltro alla locuzione “politica” si dà un valore negativo, nel senso ideologico deterioro o come gioco di potere (qual è proprio del modo di vivere l’attività politica di molti politici di professione). La metodologia “eclettica” dei risultati si presta poi facilmente ad essere arbitraria e criptica.

Comunque sia, giunti a questo punto, sospendiamo ogni valutazione sulla metodologia degli amministrativisti contemporanei. Perché?

Calza a tale riguardo significativamente la felice similitudine dello Humboldt, il quale paragona la verità storica alle nuvole, che prendono forma ai nostri occhi solo quando se ne è fuori e lontano.