amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2022

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Gian Domenico Romagnosi giurista e teorico del Diritto Amministrativo Comparato.

di Luigi Maria Pepe

(Dottore di Ricerca presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Gian Domenico Romagnosi e la filosofia civile; 2. La concezione filosofica del Romagnosi: l'origine della civiltà e delle leggi; 3. Società, Stato, Costituzioni; 4. Per un nuovo diritto delle nazioni. Dal diritto "nazionale" alla comparazione giuridica; 5. Il valore della comparazione giuridica nel complesso processo di formazione del diritto amministrativo; 6. Amministrazione e Atto amministrativo nella comparazione tra sistema giuridico francese e italiano; 7. Romagnosi e la comparazione giuridica. Attualità del suo pensiero; 8. Il futuro antico del metodo comparativo di Gian Domenico Romagnosi.

Abstract

The article is the result of an elaborate multidisciplinary research whose original idea derives from the need to highlight the thought of Gian Domenico Romagnosi in a broad critical perspective. Romagnosi, despite being in fact a leading intellectual in Italian and European juridical-philosophical history, perhaps because of the many speculative interests and the complex nuances that characterize his reflection, has long been the victim of a certain academic oblivion. Romagnosi has a depth that marks him as a great intellectual of the Enlightenment, albeit not exempt from suggestive references to Romanticism, and one of the most active in outlining a theoretical path as well as political practice in order to achieve the institutional unity of the Italian Peninsula. This article agrees with the horizon of studies that Romagnosi wants as one of the founders of contemporary administrative law for having been able to offer a multiple series of ideas to the science of administrative law, such as the notions of "administration" and "administrative act" which still today are able to offer considerable doctrinal insights. It also investigates the Romagnosi promoter of the new criminal law in the decisive connection with the general evolution of the philosophy of law at the dawn of the nineteenth-century national Risorgimento. Finally, the method of analysis used in this research, which stands out precisely for this theoretical result achieved, shows its specific comparative matrix, supporting exactly that juridical-comparative method that the Emilian philosopher has extraordinarily contributed to shaping. The very rich cultural background of Romagnosi, in fact, his legal-philosophical thought, his highly articulated constitutional theory clearly lead the scholar and the reader to grasp the comparative method of Romagnosi as essentially constitutive of his extraordinary intellectual passion.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Gian Domenico Romagnosi e la filosofia civile.

Gian Domenico Romagnosi appare ancora oggi, nonostante un certo oblio documentaristico[1], un notevole rappresentante del pensiero giuridico e delle scienze sociali nei cruciali anni che segnano il passaggio fra il XVIII e il XIX secolo. Egli è certamente una figura dai molteplici contorni speculativi e dalle non poche e complesse sfumature che la storiografia ha giustamente ravvisato nelle sue opere. Questioni ermeneutiche che a lungo hanno alimentato la difficoltà di delineare un'evoluzione organica del suo pensiero[2]. Bruno Brunello sostiene[3] che la figura del Romagnosi rimaneva "*quasi avvolta nell'ombra per la coscienza degli italiani, quantunque si sapesse in via generale chi fosse questo filosofo della storia e del diritto*". Solo con il tempo, a suo avviso, lo si trasse fuori "dalla schiera degli epigoni di Locke o di Condillac", riconoscendolo come revisore critico del sensismo nell'ambito di un'attività scientifica policroma ma unitaria nelle premesse, anche se non nei risultati. La sua opera può dunque essere studiata ed analizzata in maniera complessiva o ripartita in maniera cronologica, ma sempre tenendo conto di questa sua peculiare caratteristica che è altresì all'origine dell'ostracismo e delle incomprensioni subìte dal suo pensiero.

Nato a Salsomaggiore e morto a Milano[4], il Romagnosi attraversa l'epoca delle grandi rivoluzioni e dei rivolgimenti politico-sociali che porteranno il nostro Paese al

[1] Come argutamente rilevato da Fulco Lanchester: *"di Romagnosi si è parlato più di quanto lo si sia studiato, anche per la sua complessità e lontananza. Romagnosi appare, infatti, autore certamente difficile, perché policromo nello spazio e nel tempo". Romagnosi Costituzionalista*, AIC, Rivista N°: 4/2011, 08/11/2011.

[2] Come è possibile leggere nel carteggio tenuto tra il R. con il Vieusseux, a proposito dell'ordine con il quale le sue opere dovessero essere lette e studiate, il Vieusseux affermava che: «*Le sue produzioni richiesero da lui molte abnegazioni e debbono ai suoi lettori costare anche qualche fatica*». *A proposito di G.D. Romagnosi e dell'Antologia. Quattro lettere inedite di G.P. Vieusseux. Repertorio dei corrispondenti* di Gian Pietro Vieusseux, a cura di L. Pagliai, Olschki, Firenze 2011.

[3] B. Brunello, *Il pensiero politico italiano dal Romagnosi al Croce,* Zuffi editore, Bologna 1949.

[4] Gian Domenico Romagnosi nacque a Salsomaggiore l'11 dicembre 1761. Studiò giurisprudenza a Parma, ove si laureò ed esercitò la professione notarile. Tra il 1787 e il 1789 fu notaio a Piacenza, in seguito si spostò a Trento, con il ruolo di pretore (1791) e poi di consigliere aulico del Principato (1793), dove finì per trascorrervi tutti gli anni Novanta del XIII secolo, esercitando anche l'avvocatura. Nel 1791 pubblicò in forma anonima la Genesi del diritto penale, un'opera di impronta ancora tutta settecentesca, con al centro il tema della pena, che non soltanto era stato argomento cruciale di dibattito nel corso dell'Illuminismo italiano, ma rappresentava anche la prosecuzione e il frutto di ricerche che, dopo essere state avviate nel Seicento avevano successivamente interessato buona parte della cultura europea. Al ritorno degli austriaci a Trento nel 1799, Romagnosi fu arrestato per alto tradimento, rimanendo in carcere per quindici mesi; tradotto a Innsbruck per la celebrazione del processo come reo di Stato, fu assolto e scarcerato. Quando poi il Tirolo divenne di nuovo francese, gli fu affidato l'ufficio di segretario generale del Consiglio superiore del Tirolo meridionale, presieduto proprio da Pilati – incarico ricoperto per alcuni mesi, tra il 1801 e il 1802, fino a quando ricevette la chiamata dall'Università di Parma a insegnare diritto naturale e pubblico. I primi anni del nuovo secolo videro da parte di Romagnosi grande e sodale partecipazione al progetto napoleonico. Nel 1806 fece parte della commissione incaricata di redigere il codice penale del Regno e subito dopo fu chiamato a Milano dal ministro della Giustizia come consulente scientifico. Nel 1807 passò dall'Università di Parma a quella di Pavia, chiamato come professore di diritto civile; l'anno successivo si spostò definitivamente a Milano per insegnare all'Università ma anche nelle Scuole speciali di diritto

ISSN 2036-7821

Risorgimento. Di formazione illuministica, ma non esente da evidenti e suggestivi richiami nei confronti del Romanticismo, fu tra gli intellettuali più favorevoli e attivi nel delineare un percorso teorico nonché di prassi politica al fine di realizzare l'unità della Penisola italiana; un impegno che gli procurò non poche traversie, non ultima il divieto di insegnare impostogli dagli Austriaci a partire dal 1821 ovvero in seguito all'affermazione del paradigma politico e culturale della Restaurazione. Specializzato in studi giuridici e filosofici fu professore universitario a Parma, Pavia e Milano città nella quale la sua azione intellettuale fu molto viva come testimonia la collaborazione con la rivista patriottica il Conciliatore, poi soffocata dalla repressione austriaca. Arrestato e messo in prigione, venne successivamente assolto per mancanza di prove, ma gli fu proibito l'insegnamento, anche privato.

Romagnosi è considerato a ragione uno dei fondatori del diritto penale moderno (*Genesi del diritto penale*, 1791) ma non di meno uno dei padri del diritto amministrativo e del diritto costituzionale italiano ed europeo. Prescindendo dal tema del libero arbitrio, inteso come libera ma inconsapevole dal punto di vista giuridico manifestazione della volontà individuale, egli considera la pena come un mezzo di difesa per la società dalle spinte centrifughe e individualizzanti. La sua concezione dell'economia rimarca la netta distinzione fra fatti economici e ambito morale, mentre in linea generale la sua idea della politica si attiene alla formula "libero cittadino in libero Stato": ovvero il singolo cittadino è libero nelle sue scelte e nelle sue azioni, ma la sua libertà non deve ostacolare la libertà degli altri individui e

---

ch'egli stesso aveva promosso e fatto istituire. Già nella denominazione del suo insegnamento (*Alta legislazione civile e criminale nei suoi rapporti con la pubblica amministrazione*) si trova espresso con buona sintesi il contributo scientifico offerto dal giurista, all'interno del quale è da sottolineare il suo apporto alla nascente scienza dell'amministrazione in Italia: Romagnosi fu infatti tra i creatori del diritto amministrativo. Dal 1812 al 1814 diresse il «Giornale di giurisprudenza universale», inaugurando una stagione di intensa attività pubblicistica che si protrarrà fino ai suoi ultimi anni.

Nel 1814 era stato trovato dalla polizia, presso un suo allievo implicato nella congiura militare, uno schema di costituzione da lui preparato: lavorava in questo periodo a un'opera, la cui prima parte, col *titolo Della costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa,* fu pubblicata anonima nel 1815 con la falsa indicazione di Filadelfia. Romagnosi non volle però affiliarsi alla Carboneria; non poté tuttavia sfuggire, per le indiscrezioni di Silvio Pellico, con il quale collaborava nel Conciliatore, all'accusa di non aver denunciato i cospiratori; arrestato e inviato a Venezia, fu poi assolto per difetto di prove legali il 10 dicembre 1821 e ritornò a Milano, ove gli fu tolta l'autorizzazione a insegnare. L'inazione e la povertà, a cui era costretto dall'Austria, non gli fecero venir meno la fede nella causa liberale e nazionale. Povero, infermo per un attacco di emiplegia che lo aveva colpito nel 1812, visse gli ultimi dieci anni di vita del suo lavoro letterario e forense. Collaborò alla Biblioteca italiana, agli Annali di statistica, all'Antologia.

Ottenne comunque inizialmente la licenza di insegnare privatamente; fra gli allievi più ragguardevoli di questo periodo si annoverano personaggi come Carlo Cattaneo, Cesare Cantù, Giuseppe Ferrari. Al centro della sua riflessione osserviamo la ricerca per un ordinamento complessivo dello Stato che egli immaginava sotto forma di monarchia costituzionale, ossia rappresentativa e nazionale (secondo il titolo dell'opera del 1815, fatta circolare anonima e in forma clandestina). Quando non poté insegnare più neppure privatamente, si dedicò per intero all'attività pubblicistica, proseguendo la collaborazione a riviste quali la «Biblioteca italiana», «Il Conciliatore», l'«Antologia» e soprattutto impegnandosi, a partire dal 1827, negli «Annali universali di statistica», fondati di recente (1824), e a cui per anni offrirà un contributo regolare. Muore a Milano l'8 giugno 1835.

ISSN 2036-7821

le prerogative della sovranità dello Stato. Una concezione nella quale, sul solco del giusnaturalismo, l'azione del cittadino deve conciliarsi con le esigenze della giustizia e della ragione. Egli è convinto assertore della necessità storica dell'Unità d'Italia, la ritiene realizzabile solo sulla base di una solida morale pubblica e di interessi generali ben individuati e concreti che andranno ad armonizzarsi con istituti giuridici non dedotti dalla mera teoria ma adeguati alla concreta realtà sociale. Ciò in ragione dell'idea che egli aveva a proposito del progresso antropologico. Le condizioni ideali di sviluppo si realizzano infatti, secondo Romagnosi, solo nel fondamento "*dell'ordine morale e della ragione*"; funzione del legislatore è dunque quella di utilizzare al meglio le azioni espresse dalle forze presenti nella società. Conseguentemente egli inclina verso una monarchia temperata che concili i principi della libertà naturale con quelli della giustizia e della ragione così come specificato nell'opera postuma *Scienza delle Costituzioni*, pubblicata nel 1848.

Come filosofo fu un convinto assertore della necessità di una filosofia civile sulla scia del Vico e del Cuoco, ovvero propugnatore di un pensiero argomentativo che riflettesse sull'essere umano nella sua concreta evoluzione storico-sociale, combinandone la dimensione morale a quella giuridico-politica ed economica, alla ricerca di un'identità non solo nazionale ma che fosse in grado di guardare alla dimensione territoriale[5] del nuovo cittadino. A dimostrazione della straordinaria forza intellettuale del Romagnosi troviamo l'interesse verso argomenti scientifici, come gli effetti magnetici delle correnti elettriche che confermano il nostro quale fulgido esempio di intellettuale a tutto tondo, eclettico e rigoroso nel suo impegno civile. Lo stesso Romagnosi ebbe a definire la propria riflessione una «civile filosofia», entro la quale si individuano i due temi principali della Costituzione e dell'incivilimento dei popoli[6]. In lui la concezione napoleonica dello Stato come strumento di educazione e di progresso umano trovò un degno interprete (tra i pochi nel panorama intellettuale della Penisola), allo scopo di dare inizio ad una autentica tradizione di pensiero politico nazionale. *Nell'Introduzione allo studio del diritto pubblico universale* (1805) seppe costruire un sistema di diritto universale ma allo stesso tempo calato nelle tante realtà geopolitiche dell'Italia pre-risorgimentale. *Nell'Assunto primo della scienza del diritto naturale* (1820) il Romagnosi descrive un diritto naturale per cui i supremi principi della ragione giuridica naturale prendono forma e significato diverso a seconda dei tempi, dei luoghi, delle condizioni di civiltà

[5] Tale impostazione ebbe notevole riscontro nel XIX secolo andando a influenzare personaggi quali Carlo Cattaneo e la sua scuola.

[6] "*La legge naturale di socialità è l'asse attorno a cui ruota tale filosofia e l'incivilimento è il fine naturale della società*". Quest'ultima per il Romagnosi è un dato naturale, dunque la sua è una posizione anti-contrattualistica. Anche la sua dottrina della conoscenza, consegnata a scritti apparsi in età matura si basa su un fondamentale naturalismo. Si veda G.D. Romagnosi, *Dell'indole e dei fattori dell'incivilimento con esempio del suo Risorgimento in Italia*, Milano 1832.

ISSN 2036-7821

in cui essi vengono applicati: a dimostrazione di una straordinaria e innovativa sensibilità verso la comparazione giuridica. Le sue ricerche e le numerose intuizioni culturali rispondono alla necessità della fondazione di una filosofia civile rispondente alle esigenze dello stato nazionale moderno, per la quale la teoria dei diritti dell'uomo doveva essere integrata con la dottrina dell'umanità e della nazione. Ecco perché per il Romagnosi filosofia e storia, stato e diritto, economia e morale erano invocati e associati a dar vita, direzione, giustificazione al moto storico diretto alla formazione dello stato-nazione[7]. A Romagnosi va il merito, non certamente secondario, di avere inoltre introdotto nella cultura italiana la disciplina della statistica mentre nelle sue opere l'eco del pensiero dei maggiori esponenti dell'Illuminismo meridionale, da Antonio Genovesi a Gaetano Filangieri, è viva, e ben esemplificativa degli intrecci fecondi allacciati dall'Illuminismo lombardo con il resto della cultura italiana. Ricche e articolate anche le componenti europee della sua formazione, quella francese innanzitutto – da Étienne Bonnot de Condillac a Montesquieu –, ma anche quelle di area tedesca.

Occorre rilevare come, in particolare dal punto di vista giuridico, Romagnosi non venne considerato rilevante dagli specialisti sia del diritto costituzionale che del diritto amministrativo successivi agli anni '80 del secolo XIX. Egli venne valutato essenzialmente come un filosofo del diritto, un teorico generale antiquato rispetto alla impostazione idealistica della filosofia del diritto, non adatto né alla scienza del diritto costituzionale, né a quella del diritto amministrativo, entrambe basate sulla finzione giuridica della personalità statuale di derivazione tedesca. D'altro canto, è indubbio che nella sua vicenda biografica e intellettuale esista una incongruenza: si tratta infatti di un autore che ha avuto molteplici frequentazioni ed allievi "radicali" (si pensi al Cattaneo), ma la sua opera costituzionale più nota è apparentemente una giustificazione della *monarchia nazionale rappresentativa*, che formalmente ha dato luogo al compromesso unitario del 1861. Altresì si incorrerebbe in un grave errore se si tacesse di un elemento sostanziale del suo pensiero, ovvero il fatto che egli, come pochi in Italia, rappresenti in maniera esemplare la figura di un giurista europeo con una visione globale ed aperta alle nascenti scienze politiche. Caratteristica che si evince nettamente nella sua riflessione sulla necessità di dare forma e vita a nuove burocrazie nelle amministrazioni pubbliche, delineare ovvero quella "classe illuminata di gestori" come nucleo sostanziale della macchina statuale.

[7] Altre opere degne di menzione sono: *Dell'insegnamento primitivo delle matematiche* (1822); *Della condotta delle acque* (1822-25); *Che cos'è la mente sana*? (1827); *Della suprema economia dell'umano sapere* (1828); *Vedute fondamentali sull'arte logica* (1832); *Dell'indole e dei fattori dell'incivilimento* (1832). Mentre tra le opere postume ricordiamo: *Ricerche sulla validità dei giudizi del pubblico a discernere il vero dal falso* (1836); *Consultazioni forensi* (1836-37); *Istituzioni di civile filosofia ossia di giurisprudenza teorica* (2 voll., 1839); *Della vita degli stati* (1854); *Diritto naturale politico* (1845); *La scienza delle costituzioni* (1847).

ISSN 2036-7821

2. La concezione filosofica del Romagnosi: l'origine della civiltà e delle leggi.

Formatosi sui classici del giusnaturalismo e dello scientismo del XVI e del XVII secolo, da Grozio a Bodin, egli venne fortemente influenzato dal pensiero sensista di Condillac, Mably e dall' "evoluzionismo" di Bonnet, ma anche dai sistemi filosofici di Kant ed Hegel. Appare oltremodo doveroso, inoltre, menzionare il non marginale influsso che la filosofia di Giambattista Vico ha avuto sulla formazione dello studioso emiliano. Si tratta di una pluralità di suggestioni ed influssi successivi che egli rielabora in un'ottica originalissima nella quale è possibile osservare come l'impegno teorico intrapreso si orienti in modo inequivocabile ai fini di una riforma complessiva dell'organizzazione politica e giuridica dell'Italia post-napoleonica. Per un verso, in lui vive ancora l'entusiasmo per lo spirito illuministico incarnato dalla Rivoluzione dell'89 e da Napoleone: incivilimento, universalismo dei diritti, pedagogia dei codici giuridici, riforme sociali e massoneria sono fari sempre presenti nelle sue dissertazioni; d'altro canto, il sentimento nazionale di cui si fa portatore, pur riconoscendo la gratitudine a quella Francia e al suo illuminato passato, non può non sfociare, con gli scritti ma anche con l'azione politica in una viva critica nei confronti della parabola napoleonica, che raffigura Napoleone come il più grande traditore degli ideali rivoluzionari.

Sin da giovane ricercatore egli ritenne che la riflessione filosofica dovesse rappresentare lo strumento privilegiato di conoscenza e di cambiamento delle società umane. Una visione in cui teoria e dottrine dovevano necessariamente sfociare in arte di governo e d'incivilimento dei popoli[8]. A tal proposito occorre sottolineare come nella descrizione dei percorsi d'incivilimento egli si ponga alla ricerca di un difficile compromesso tra Giusnaturalismo e Romanticismo. Nella Seconda lettera al Vieusseux[9] egli rileva che la filosofia civile dispone di elementi logici e morali universali, i quali si concretizzano in azioni che concorrono agli interessi degli esseri umani: sorgono così precetti, teorie, assiomi che tendono ad accordare l'uomo interiore con l'uomo esteriore, ovvero l'individualità con la socialità. Da ciò il

[8] Il saggio di Romagnosi *Dell'indole e dei fattori dell'incivilimento con esempio del suo risorgimento in Italia*, del 1832 si inserisce nell'ampio spettro di temi che il giurista romagnolo affronta nell'ultimo periodo della vita. Ormai anziano, egli lavora all'elaborazione d'una civile filosofia nella quale un posto rilevante occupano la ricerca dei fattori dell'incivilimento ed i problemi connessi all'origine e allo sviluppo delle società umane. Per Romagnosi, l'incivilimento è «un dato complesso di funzioni degli umani consorzi posti in dati luoghi, sotto dati climi e con dati mezzi, per cui si vanno effettuando le condizioni di una colta e soddisfacente convivenza». Aggiunge «L'incivilimento assomiglia a quella potenza vegetabile atteggiata dall'agricoltura [...] La terra nativa si presenta come una gran selva, con grandi deserti ed acque sbrigliate. Tutti i popoli cosiddetti selvaggi [...] si possono assimigliare ai vegetabili nati, cresciuti e propagati senz'arte. Quei consorzi per lo contrario che escono dalla sfera più o meno uniforme della vita selvaggia, e vivono con dati ordini [...] e con date tradizioni, diconsi più o meno dirozzati. Quando poi convivono in consorzi stabili con le condizioni già annoverate, diconsi più o meno civili [...] Il possesso di queste condizioni forma l'incivilimento».

[9] *Quattro lettere inedite di G.P. Vieusseux. Repertorio dei corrispondenti di Gian Pietro Vieusseux*, op. cit.

ISSN 2036-7821

Romagnosi ne deriva una antropologia anti-dualistica, anti-platonica se vogliamo, che vede nell'essere umano una "*complessiva unità armonica e attiva*", in cui le molteplici forze fisiche e morali concorrono ad una unità di senso che sia orientata, in ultima istanza, alla concretezza del vivere. Egli ambisce a conoscere "*l'uomo di fatto e non l'uomo speculativo*" e per riuscirci afferma che occorre abbandonare l'eccessiva speculazione a favore dello studio e della conoscenza delle tradizioni e delle leggi che regolano da sempre i consorzi umani nella loro lenta e peculiare evoluzione. Si tratta di capire che dalla necessità della natura segue la necessità, per l'essere umano, di fornirsi di giusti e adeguati strumenti alla ricerca del benessere individuale e sociale. Tra gli strumenti privilegiati il Romagnosi individua le leggi e la dottrina giurisprudenziale: le giuste leggi altro non sono che l'espressione di tale necessità e il «*legislatore non è autore ma banditore di queste necessità ed esecutore dei loro comandi*». Si osserva qui una sorta di predominio della natura sui consorzi statali: non disdegna infatti il Romagnosi in più occasioni di comparare la società ad un edificio "ben architettato" che abbia le sue fondamenta proprio nelle leggi naturali. Il fine dell'edificio statale, il fine della vita morale, è l'equilibrio tra le forze contrastanti e centrifughe così come avviene nella vita fisica in cui l'organismo opera per armonizzare le molte forze confliggenti. Compito dei politici, della classe politica, è ad avviso del Romagnosi riflettere e operare sulla base di una simile concordanza tra vita fisica, naturale e vita morale, sociale[10].

In particolare, sullo Stato di natura egli sottolinea una drastica delimitazione della concezione dello stato primitivo. L'incivilimento, infatti, non abbraccia i popoli "selvaggi", tra i quali vi è solo un "vivere accompagnato". Essi di per sé stessi non possono andare "al di là di una certa sfera", pertanto le possibilità dello sviluppo non sono intrinseche, inevitabili poiché sussistono condizioni materiali che limitano, costringono, indirizzano, racchiudono il cammino dei diversi popoli e rendono impossibile un loro autonomo ed indipendente cammino lungo la strada dell'incivilimento. Una visione, questa, che ha suscitato a lungo una certa difficoltà teorica a proposito dell'opportunità o meno di inserire il suo pensiero in una specifica corrente filosofica. Il punto di partenza, che rappresenta una difficoltà gnoseologica in merito ai percorsi di incivilimento è per Romagnosi, così come per il suo allievo Cattaneo, quello relativo alla definizione delle leggi che regolano lo sviluppo della mente umana. Scegliendo un punto di vista progressivo a proposito della storia - che per molti versi prelude al Positivismo - entrambi si accostano alle vicende dei popoli come ad un laboratorio "vivente", convinti che nella storia umana il pensiero si dispieghi come atto sociale. Ciò spiega perché nel quadro documentario e concettuale proposto dal R. la conoscenza dei popoli antichi e dei primitivi

[10] Per approfondimenti sul tema si veda l'ottimo, se pur datato, saggio di E. Catellani, *Gian Domenico Romagnosi,* Premiate officine Grafiche Carlo Ferrari, Venezia 1935.

ISSN 2036-7821

contemporanei non solo viene ad assumere, per la prima volta in Italia, rigore scientifico, ma inaugura pure quel metodo analogico-comparativo che troverà la sua applicazione compiuta, poco dopo, all'interno dei paradigmi teorici dell'evoluzionismo. Romagnosi non crede alla nascita plurima ed indipendente, in luoghi separati e tra genti diverse, dell'incivilimento. Nella sua elaborazione la polemica contro ogni concezione metafisica della storia è perciò costante, un pensiero che lo approssima, ma allo stesso tempo lo distingue, dalle teorie di Giambattista Vico: per Romagnosi l'incivilimento dipende interamente da fattori terreni e materiali: naturali prima, sociali poi[11]; per Giambattista Vico si tratta di comprendere che tali elementi si connettono con un progetto provvidenzialistico, di natura certamente spirituale. Nella sua distinzione dal Vico si ha pertanto l'occasione di pensare al Romagnosi come all'intellettuale impegnato nella ricerca e nella correlazione di molte discipline: filosofo della politica e del diritto, teorico generale, dottrinario dello Stato, penalista, costituzionalista, amministrativista, statistico sociale, economista, scienziato della politica e delle relazioni internazionali; un insieme di spunti teorici che necessitano da parte di coloro che si approcciano ai suoi testi una indispensabile visione generale per contrastare il rischio di parcellizzarne il pensiero. Nella *Genesi del diritto penale*[12] e nelle successive *Cos'è uguaglianza e Cos'è libertà*[13] egli applicò, ad esempio, il metodo analitico allo studio delle penalità contro le astrazioni contrattualistiche e tardo illuministiche, a dimostrazione che il Romagnosi abbia rappresentato da un lato un ponte tra l'Illuminismo del secolo XVIII e il Romanticismo del XIX, dall'altro l'indirizzo del costituzionalismo francese dalla Rivoluzione alla Restaurazione e, infine, una rinnovata esigenza interdisciplinare che sfociasse nell'istituzione delle moderne scienze politiche[14].

[11] Facendo propri i concetti romagnosiani di nativo e dativo, Cattaneo accentua il ruolo giocato dai contatti tra i diversi popoli nel processo di incivilimento. Introduce inoltre con forza il presupposto vichiano dell'identità psichica degli uomini, con- giunto alla fiducia nella consolante dottrina del progresso. (Cattaneo 1839). L'uomo è dunque collocato al centro dei fenomeni sociali, culturali, linguistici. E l'indagine acquista spessore e profondità: riguarda infatti la contraddizione tra la postulata eguaglianza intellettuale e la disparita dello sviluppo. Gli stati sociali che per Romagnosi si limitavano a registrare come dati dell'accidentalità storico-geografica, si fanno per Cattaneo l'oggetto stesso dell'analisi ed insieme lo stimolo ad inda- gare più a fondo, con lo scopo di investigare perché presso alcuni popoli la mente "sembri dormire invincibil sonno", mentre in altri si venga configurando quello "splendido privilegio" che è il pensiero scientifico ed in altri ancora le conquiste di civiltà siano solo un remoto ricordo. Si veda S. Puccini, *Balbi, Romagnosi e Cattaneo. Sulla nascita dell'antropologia italiana del secondo Ottocento,* La Ricerca Folklorica, No. 24, Artisti, icone, simulacri. Per una antropologia dell'arte popolare (Nov., 1991).

[12] *Genesi del diritto penale*, 1791

[13] Opere pubblicate tra il 1791 e il 1793 anche a seguito delle suggestioni provenienti dalla Rivoluzione francese in atto.

[14] "*Simili profili non potevano essere considerati favorevolmente nella seconda parte dell'800, quando nasce la scuola giuspubblicistica italiana di tipo positivistico. Gli stessi contorni metodologici di Romagnosi costituivano elementi che non potevano essere accettati facilmente da giuristi e filosofi del diritto pervasi dall'idealismo nel periodo fra le due guerre, né dai giuristi positivi o dalla nascente scienza sociale e politica comportamentista nel periodo successivo al secondo dopoguerra*". F. Lanchaster, *Romagnosi Costituzionalista*, AIC, Rivista N°: 4/2011, 08/11/2011.

ISSN 2036-7821

3. Società, Stato, Costituzioni.

Il Romagnosi non si sottrae alla riflessione sull'origine delle società umane, come lo spirito dei suoi tempi richiedeva agli intellettuali. Egli si rivolge all'idea di contratto sociale allontanandosene dalle implicazioni più radicali[15]. Per Romagnosi la società, oltre che orizzonte imprescindibile per la natura razionale dell'uomo, si fa diritto e dovere "vivente" poiché essa è indispensabile per il conseguimento di quegli stessi fini razionali che devono guidare le azioni umane. In tal senso le società sono l'esito di una necessità naturale, connaturata appunto all'essere umano, un tutto collettivo in cui volontà e azione mirano alla creazione di una unità di fondo. Per queste ragioni egli trae spunto da Rousseau, laddove condivide le tesi del filosofo ginevrino sulla concezione che vuole le società organismi nei quali si riuniscano forze allo scopo di salvaguardarsi, ma se ne allontana poiché non approva che da quelle forze, se pure necessarie, si debba pervenire ad una alienazione dei diritti individuali della persona[16]. L'idea di società appare così al Romagnosi come una realtà di fatto e non un ente mitologico o sovraindividuale; le sue dinamiche relazionali devono conformarsi all'individuo senza dominarlo né escluderlo, sottraendone infine la sovranità. L'origine della sua concezione dimostra certamente un "carattere individualista" ma non si frantuma nel prisma delle singolarità in quanto l'ordine morale della ragione è sufficiente a garantire la formazione di un corpo sociale unitario. La società, col concorso di tutti i suoi membri deve promuovere il benessere dell'individuo e il suo più proficuo perfezionamento. E' questa la genesi di quella idea di società tipica del Romagnosi, come strumento da perfezionare per il raggiungimento dei fini puramente individuali. Potremmo ritenerci soddisfatti ma è lo stesso Romagnosi a indicare le difficoltà di tale percorso: appare sorgere qui un certo dualismo tra individuo e collettività. L'individuo ha fini propri che possono confliggere con gli strumenti che le società attuano per garantire i fini di tutti gli individui. Una apparente contraddizione che è figlia del tempo del Romagnosi sempre in bilico tra esaltazione dell'individuo e ri-scoperta della dimensione organica delle società umane; si tratta di due indirizzi politico-culturali paralleli che

[15] Si fa qui riferimento alla ideologia del Giacobinismo.

[16] Il contratto sociale non può essere accettato in toto, afferma Romagnosi, poiché «l'unione è limitata allo scopo…l'unione sociale non è un'unione di ammortizzazione, ma è un'unione di commercio e di soccorso, essa importa un ricambio di servizi protetta dalla forza comune…la nazionale sovranità, dunque si deve riguardare come il potere di tutto un popolo diretto alla più felice conservazione degli individui». G.D. Romagnosi, *La Scienza delle Costituzioni*, pag. 346. Il principio individualista dominante nella filosofia del tempo, a cui Romagnosi non poté sottrarsi obbliga il giurista a dimostrare come l'individuo agendo per propri fini ed interessi si uniformi al suo bisogno di socialità. «la legge dell'interesse è così assorbente ed imperiosa per gli uomini, come la legge della gravità è assorbente ed imperiosa per i corpi».

ISSN 2036-7821

possono condurre però a opposti esiti: per un verso si rafforza il diritto dell'individuo nello Stato, ma quest'ultimo in rappresentanza giuridica della società viene consolidato dalla universale e naturale origine di tutti i diritti. Romagnosi rigetta i due principi rousseauiani sintetizzabili nella formula: nell'individuo tutti i diritti, nel corpo sociale tutta la sovranità. Infatti, non tutti i diritti, sostiene, sono nell'individuo perché esistano i diritti specifici della società: l'individuo non ne aliena e lo Stato ha il dovere di garantire i diritti individuali. Solo in questo modo è possibile pervenire ad un equilibrio dinamico che ci possa mette al riparo da esiti liberticidi, nel quale i diritti del singolo e la sovranità dello Stato si alternano e si completano.

Ma cos'è lo Stato per il Romagnosi? *Nell'Assunto primo della scienza del diritto naturale,* egli afferma chiaramente che esso è la realizzazione - secondaria rispetto alla originale e naturale relazionalità sociale tra gli uomini - della necessità di un potere coattivo indispensabile, «illuminante e costringente». Un potere che assomma il governo dei popoli e la loro sovranità, la quale appartiene alla nazione nella sua interezza, laddove il governante ne personifica il valore essendo sottomesso rispetto al corpo collettivo del popolo, poiché non è mai lecito, come tiene a ribadire, che un Principe s'opponga alla volontà popolare, anche nel caso la sua opposizione fosse ragionevole. Appare per questo evidente come la sovranità spetti pienamente al popolo organizzato come Stato-nazione e il governo sia il tutore di tale connubio al fine di esprimere un ente statale che non solo sia tutore della sicurezza dei cittadini e garante dei diritti individuali ma anche, al fine di completare l'opera di incivilimento, promotore di alti fini etici di perfezionamento in ambito economico, morale e politico. Lo Stato viene qui pensato non secondariamente come una diffusa e complessa struttura educativa, che nel suo dispiegarsi su più livelli garantisce un'organizzazione unitaria per la promozione della prosperità sociale. Nella sua idea di Stato egli accoglie pertanto la distinzione fra diritti originari e diritti acquisiti ponendo l'individuo dinanzi alla struttura statale in una modalità autonoma che innesca una obbligazione reciproca: si costituisce un rapporto giuridico tra due soggetti di diritto e non un rapporto di mero fatto tra un soggetto capace solo di diritti ed uno capace solo di obblighi, come era stato concepito dalla scienza del diritto romano[17].

Nell'opera *La Scienza delle Costituzioni*, pubblicata nel fatidico anno 1815, egli afferma che uno Stato civile e felice debba poter contare su una "monarchia nazionale rappresentativa" – denominata anche come "*repubblica nazionale rappresentativa*". Forme di governo, queste, sancite dalle carte costituzionali[18]. Le Costituzioni sono la

[17] Per approfondimenti sul tema si veda C. Forresu, *Individuo, società e Stato nella filosofia del Romagnosi,* Milano 1937.

[18] Si veda sul tema C. De Pascale, *Stato e Costituzione in G.D. Romagnosi*, in A. De Benedictis, *Costruire lo Stato, costruire la storia: politica e moderno tra '800 e '900,* Bologna, 2003, 31.

ISSN 2036-7821

sola garanzia che i cittadini e i popoli dispongono per tutelarsi dal dispotismo: «*Essa è una legge che un popolo impone ai suoi governanti onde tutelare sé stesso contro il loro dispotismo*»[19]. Nel suo ragionare le costituzioni rappresentano una sorta di correzione del potere e delle forme di governo, una correzione alla stregua di un meccanismo utile a perfezionare, come un congegno giuridico, i meccanismi interni del governo. In relazione alla costituzione, per quanto riguarda i governi, si possono prevedere pertanto: un principato dipendente dalla nazione e indipendente da qualsiasi altro corpo statuale; una rappresentanza nazionale eletta dai cittadini che concorra a fare le leggi; un protettorato politico indipendente dal principe che non fa leggi né amministra la giustizia ma assiste la nazione affinché si promulghino le leggi; infine, un senato conservatore per la tutela dello Stato e della costituzione. L'architettura costituzionale da lui delineata si configura come una grande opera di assestamento tra il potere delegato che amministra, il potere che controbilancia le ambizioni del sovrano e la medesima sovranità dei popoli. Per Romagnosi, in ultima analisi, le costituzioni non sono altro che lo strumento più efficace per fare coesistere e ammortizzare i contrasti inevitabili tra il "potere divino" del monarca e la sovranità popolare. Un equilibrio delicatissimo che non è possibile improvvisare essendo frutto di anni di evoluzione, di studio che devono condurre la Scienza delle costituzioni alla creazione di istituti costituzionali in grado di rappresentare la base stessa della sovranità nazionale, abolendo i poteri dispotici dei monarchi e correggendo eventuali dispotismi delle minoranze. Le costituzioni così elaborate saranno il migliore strumento amministrativo possibile in mano ai governanti.

4. Per un nuovo diritto delle nazioni. Dal diritto "nazionale" alla comparazione giuridica.

Come osservato da taluni[20] Romagnosi fu un intellettuale militante e tuttavia non fu mai un intellettuale meramente concentrato sul presente. Le molteplici articolazioni del suo pensiero, non raramente contraddittorie, ci avvertono che la sua militanza è stata invece sempre connessa con una radicale profondità di riflessione, frutto del tempo in cui egli ha agito e di una forte pulsione morale e civile volta a trasformare la realtà. Prova ne è la sua appartenenza alla massoneria che ne sancì lo slancio ideale e la fermezza dell'azione riformatrice. In questa prospettiva Romagnosi ha rappresentato senza alcun dubbio un ponte di collegamento tra il Settecento e l'Ottocento, tra le idee del secolo dei Lumi e quelle del secolo della nazionalità e del positivismo. Per rinvenire un filo unitario nelle molte fasi del suo pensiero che leghino il primo periodo della sua attività (caratterizzata da un lato dalla *Genesi del diritto penale -1791-* e dal *Diritto pubblico universale* -1805), dove vengono rielaborate

[19] G.D. Romagnosi, *La Scienza delle Costituzioni*, opera postuma, Nabu Press, 2012.

[20] Fulco Lanchester e Carlo Curcio: per quest'ultimo si faccia riferimento al "*Il genio politico di G.D. Romagnosi*", in Atti del convegno di studi in onore di Gian Domenico Romagnosi nel bicentenario della nascita (Salsomaggiore-1761-Milano 1835), in "Studi parmensi", X, Milano, Giuffrè,1961.

ISSN 2036-7821

suggestioni settecentesche e il secondo in cui, sulla scia vichiana, si occupa dell'*Indole e dei fattori dell'incivilimento* (1832) è pertanto indispensabile individuare il criterio intellettuale che incide sulle parti del suo pensiero e, quindi, anche sulla sua concezione del diritto, costituendo esso l'elemento invariante rispetto ai problemi che la storia ha comportato nella vicenda personale e scientifica del Romagnosi[21]. Tale criterio non può, a mio avviso, non ravvisarsi nella considerazione che tutte le ricerche filosofiche, per il Romagnosi, comprese quelle dirette alla scrittura giurisprudenziale si compendiano e si risolvono nella Filosofia civile.

In sostanza, Romagnosi parte dall'individuo ed ascende, attraverso lo studio delle leggi che regolano il corso del suo perfezionamento ed incivilimento nella vita associata, sino alla contemplazione dell'uomo collettivo, cioè della società civile in modo da "*indovinarne le leggi*", per poi dedurre da tali leggi dei "*canoni di educazione individuale e sociale, onde illuminare, sospingere e tutelare tanto gli individui che le nazioni*".

La filosofia civile del Romagnosi, che potremmo tradurre in termini contemporanei come filosofia politica in senso generale o come dottrina dello Stato in senso applicativo, raccoglie in sostanza la sapienza dell'umanità sulla base dell'analisi scalare della Dottrina della ragione (ovvero il problema critico della conoscenza); Dottrina dell'umanità (studio filosofico della storia); Dottrina della civiltà (problema del perfezionamento e dell'incivilimento umano);

Nell' *Introduzione allo studio del Diritto pubblico universale* (1805) Romagnosi evidenzia in maniera significativa come il concetto di ordine, connesso a quello delle leggi, potesse essere considerato come il principio fondamentale dell'azione umana per cui, di fronte ai principi astratti di libertà e di eguaglianza, l'ordine presuppone che differenti parti di una macchina[22] cooperino al perseguimento del necessario risultato. Ovvero l'esigenza di ordine rilevabile in natura è trasferita dal Romagnosi nelle discipline morali e politiche, cosicché la conoscenza dell'ordine naturale e di quello sociale e politico risultano fondamentali per il singolo, ma in particolare per chi abbia responsabilità di comando e di scrittura-applicazione delle leggi. L'ordine

[21] Nell'ambito del diritto costituzionale, in quanto area in cui vengono articolati diritti e libertà dei componenti del *dem*os e l'organizzazione istituzionale che le assicura, Romagnosi non poteva avere un ruolo diretto di azione, se non per il breve periodo napoleonico. Egli fu sostanzialmente un filosofo del diritto e della politica e un dottrinario dello Stato. Fu, invece, giurista positivo come magistrato a Trento e in seguito avvocato e consulente. L'opera sul diritto penale è, ad esempio, quella di un operatore del diritto. Per quanto riguarda il diritto costituzionale il suo approccio non poté che essere più generale, perché condizionato dall'ordinamento cangiante ed in ebollizione del periodo rivoluzionario e della restaurazione. Tuttavia, risulta evidente che il diritto costituzionale positivo non possa essere scisso da principi e valori, perché è da questi che l'elemento tecnico giuridico trova l'afflato per una opportuna elaborazione. In sostanza le basi filosofiche del diritto costituzionale costituiscono una precondizione per l'effettuazione della attività del costituzionalista, cosicché la consapevolezza e l'esplicitazione delle stesse risultano indispensabili per l'attività dello stesso giurista positivo. Si veda sul tema in questione il già citato saggio del Lanchester.

[22] Romagnosi predilige sovente un linguaggio con metafore tipiche della filosofia politica del XVII e del XVIII secolo desunte dalle terminologie delle nuove scienze meccaniche.

ISSN 2036-7821

teoretico, ovvero quello che dispone le azioni al fine e quello pratico, che ordina le cognizioni ed i voleri alle azioni, devono interconnettersi mentre la politica, ovvero l'arte di esecuzione, dovrebbe - a suo avviso - essere collegata e sottomessa alle regole del diritto rigoroso.

La questione del rapporto diritto-politica sembrerebbe quindi risolto con una sottomissione del secondo termine al primo e, tuttavia, questo risulterebbe certamente vero solo nelle situazioni socio-politiche codificate. Il centro dell'antropologia politica e giuridica romagnosiana si basa su una gnoseologia in cui soggetto ed oggetto reagiscono secondo il principio dell'azione-reazione per la conoscenza dell'ordine naturale, sociale ed umano. L'esito dell'incontro di soggetto ed oggetto, che nel campo sociale e giuridico costituisce una teoria di relazioni di ordine, conducono le azioni a svolgersi in modo armonico al fine della felicità individuale e collettiva, connettendosi con lo sviluppo dell'incivilimento e, quindi, impostando i principi ed i valori cardine su cui si sviluppano le scelte giuridico-politiche[23]. Il rapporto tra società civile, istituzioni e norme legislative vede così il Romagnosi proporre uno schema generale in cui inserire la realtà effettuale cui adattare gli strumenti volti al perseguimento del fine predetto della felicità individuale e collettiva.

La sua visione di un ordine libero che compendi libertà ed uguaglianza, richiama senza dubbio all'armonia classica del giusto mezzo con il contemperamento dei due livelli altrettanto classici dell'eguaglianza di diritto e dei rapporti di potere di fatto, che nella filosofia politica e nella dottrina dello Stato evidenziano il criterio di legittimità da un lato e della forza dall'altro. Essi risultano concretizzarsi nello stato dei rapporti sociali dei vari ordinamenti e nel grado di incivilimento degli stessi[24].

5. Il valore della comparazione giuridica nel complesso processo di formazione del diritto amministrativo.

[23] E' evidente che una simile concezione, che già nella *Genesi del diritto penale* aveva dato vita alla concezione della *difesa sociale*, tende ad applicare gli stessi metodi delle scienze della natura alla scienze umane. La vita sociale e politica degli stati scaturisce per il Romagnosi dal rapporto tra attività individuale e sociale in una mobilità e varietà dell'oggetto, che deve essere opportunamente studiata sulla base del dato empirico, analizzato secondo la dinamica compotenziale e il criterio del pervenimento allo sviluppo armonico. Sul tema si veda F. Lanchester, op.cit.

[24] Una simile visione appare coerente, ma non certamente originale rispetto all'epoca in cui agisce il Romagnosi. Carl Schmitt, ne' *Die geistesgeschichtlichelage des heutigen Parlamentarismus*, ha acutamente messo in evidenza che dal XVI secolo in tutti gli ambiti della vita spirituale dell'uomo dominano tutti i possibili generi di equilibri: dalla bilancia commerciale nell'economia politica all'equilibrio europeo nella politica estera, dall'equilibrio cosmico di attrazione e repulsione all'equilibrio delle passioni in Malebranche e Shaftesbury, fino ad arrivare all'equilibrio alimentare di J.J.Moser. L'equilibrio ha dietro di sé una concezione etico-spirituale del giusto mezzo e della moderazione che risale all'Etica nicomachea di Aristotele e si connette con il progressivo avvento della borghesia, riversandosi sulla teoria dello Stato e della costituzione con la riproposizione del governo misto.

ISSN 2036-7821

Romagnosi vive nell'epoca cruciale della Rivoluzione francese e della successiva epoca napoleonica, un passaggio storico che per la filosofia del diritto ha significato molteplici novità tra le quali occorre sottolineare l'avvento del diritto amministrativo moderno[25]. Il Romagnosi si inscrive nella corrente giuridica che ritiene il diritto francese esercitare un duplice ruolo: quello di modello cui tendere e quello di rappresentare uno strumento concreto da applicare direttamente in altre realtà sociali e nazionali[26]. Egli comprende che il diritto amministrativo[27] sorge assieme allo Stato moderno quale scienza delle istituzioni, osservando come già la Rivoluzione francese, dalla quale si suole datare l'inizio dello Stato moderno, era stata preceduta da una profonda modificazione degli istituti amministrativi propri dello stato assoluto, da cui, infine, l'oggetto della nuova scienza fu precisamente l'amministrazione dello Stato.

In principio vi era dunque un conflitto di giurisdizione fra il giudice ordinario e il neonato giudice dell'Amministrazione interno al potere esecutivo. Per dirimerlo, si potrebbe dire con non errata enfasi che Gian Domenico Romagnosi ha inventato il

[25] Tra tutte le nuove categorie dogmatiche formalizzate dal pensiero giuridico nel corso del secolo Diciannovesimo, quella di diritto amministrativo è ancora una di quelle più problematiche da definire. Le incertezze che da sempre hanno diviso i giuristi di diritto positivo e gli studiosi di teoria generale nel definire esattamente l'oggetto di questa branca giuridica, si riverberano ampiamente nell'ambito dei modelli storiografici proposti per render conto delle sue origini e delle sue modalità di sviluppo. A chi si dedichi perciò al tentativo di comprendere una dottrina d'inizio Ottocento autodefinentesi appunto come amministrativistica incombe l'obbligo di intraprendere l'approfondimento del significato che si sceglie di attribuire all'espressione stessa di diritto amministrativo, senza naturalmente pretendere con ciò di risolvere un problema su cui la dottrina si è a lungo affaticata, e che pare oggi più aperto che mai. Si veda L. Mannori, *Uno Stato per Romagnosi, La scoperta del diritto amministrativo*, Giuffré Editore, Milano 1987.

[26] L'osservazione sulla valenza esemplare del diritto amministrativo francese ha ricevuto conferme nel Novecento. Esso ha avuto conseguenze di ampia portata. Esse non si manifestano soltanto nell'impianto sistematico, ma anche nel linguaggio scientifico. Se il diritto pubblico dell'Europa continentale ha fatto grandi passi avanti nel darsi un linguaggio uniformemente accettato dagli studiosi, è anche perché, tra Otto e Novecento, gli ordini concettuali – come l'atto amministrativo e la giustizia amministrativa– divennero più o meno gli stessi, malgrado la diversità degli assetti istituzionali. In ciò, vi è una tendenza comune con il diritto privato. A tal riguardo si vedano O. Mayer, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, Strasburg, Trübner, 1886; A. Gambaro – R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Torino 1996.

[27] «Il diritto amministrativo è quel complesso di norme che disciplina i rapporti fra i cittadini e lo Stato, in quanto esso agisce come autorità, nei casi concreti, per il raggiungimento dei suoi scopi». Frutto di un secolo circa di elaborazione dottrinale europea, questa definizione, dettata da Federico Cammeo nel 1911, nelle primissime pagine del suo *Corso*, sintetizza con ormai piena consapevolezza un concetto elementare, che si è venuto lentamente consolidando nella coscienza dei giuristi a partire dalla fine del Settecento: il potere pubblico può essere pensato come soggetto giuridico, ed in quanto tale risulta capace di entrare in un rapporto con gli altri soggetti dell'ordinamento tramite un diritto a lui proprio. «Nell'amministrazione — prosegue Cammeo — gli organi relativi si trovano in rapporto alle norme giuridiche in una condizione analoga a quella in cui si trova un individuo»; con la particolarità che l'individuo risulta dotato di un'autonomia negoziale. Si veda F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1960 (ristampa della prima edizione con note d'aggiornamento di G. MIELE), par. 1.

ISSN 2036-7821

diritto amministrativo[28]. Tuttavia, egli sottolinea l'aspetto oggettivo del fenomeno dell'amministrare affermando che «*l'amministrazione pubblica, nella sua realtà, cioè fatta astrazione delle persone che governano, altro non è che una serie di azioni interessanti tutta una società politica*», non tralasciando di indicare come qualificativo dell'attività amministrativa il suo provenire dall'autorità sovrana ed il suo essere esplicazione di una autorità sovrana. In effetti, mentre ancora l'opera giuridica della fine del '700 è intrisa di postulati metagiuridici, sia pure riferiti a quel concetto di libertà e di individuo che sono pur sempre i nuovi principi dell'ordinamento giuridico moderno, Gian Domenico Romagnosi poté fondare il diritto pubblico moderno sulla base, finalmente, di un diritto pubblico positivo[29].

[28] Come "inventore" del diritto amministrativo, e non solo, egli è ancora avvolto nelle nebbie di errori ed errati luoghi comuni. Trasformando in certezza un accenno ipotetico di Massimo Severo Giannini, che a sua volta lo aveva dedotto da una citazione di Del Vecchio, si afferma costantemente (Mannori, Lombardi, Aldo Sandulli) che Romagnosi avrebbe scritto nel 1814 le "Instituzioni di diritto amministrativo" per convincere le autorità austriache che il diritto amministrativo era una "scienza neutra", che, come tale, poteva continuare ad essere insegnata da lui anche in uno Stato della restaurazione. Insomma, per non essere epurato e conservare, anche dopo il ritorno dell'Austria, la cattedra nelle Scuole di Alta Specializzazione di Milano (una specie di scuola di alta amministrazione *ante litteram* istituita durante il Regno d'Italia). Ora, dopo la meritoria riedizione delle "Instituzioni" del 1814, è possibile dissolvere tale leggenda e apprezzare le motivazioni che spinsero Romagnosi ad inventare il diritto amministrativo. Motivazioni che lo stesso Romagnosi sente il bisogno di esplicitare nelle "Ragioni nell'opera", una introduzione alle "Instituzioni" del 1814 non più riportate nella edizione del "montaggio" denominato "Principi". E così viene introdotto un altro degli aspetti dell'enigma della nascita del diritto Amministrativo. da parte del Romagnosi: l'edizione delle sue opere. Se si fa eccezione per la "Monarchia nazionale rappresentativa" o "Scienza delle costituzioni", edita a cura di Astuti nel 1937, manca un'edizione moderna delle sue opere e, soprattutto, un'edizione critica, atteso che spesso le diverse edizioni hanno fra di loro delle varianti e, in qualche caso, sono state letteralmente manomesse dagli editori. Le sue opere, ed in particolare quelle che direttamente o indirettamente interessano il diritto amministrativo, si susseguono numerose nella prima metà dell'Ottocento. Con l'unità d'Italia si interrompono, eccezion fatta per qualche riproduzione antologica di singoli brani. L'interesse editoriale per Romagnosi riemerge solo nel 1935 in occasione del centenario della sua morte. Francesco Orestano, su incarico della Reale Accademia d'Italia, ne fa una commemorazione a "tutto tondo" in Campidoglio, nella quale, secondo il costume dell'epoca, individua in Romagnosi un precursore dello Stato fascista. Su questa spinta l'Accademia d'Italia promuove una riedizione critica delle sue opere. Di queste ne esce solo una di interesse giuridico, nel 1937, la già ricordata "Scienza delle costituzioni". Poi, ancora una volta, la caduta di una forma di Stato si ripercuote su Romagnosi e sulle sue opere. Nessuno si occupa più dell'edizione critica delle sue opere fino all'edizione meramente anastatica delle "Instituzioni di diritto amministrativo" del 1985. Occorre pertanto ricorrere a edizioni di antiquariato o fare il giro delle biblioteche storiche per confrontare edizioni diverse. A tal proposito si veda F. Merusi, *Gian Domenico Romagnosi fra Diritto e Processo amministrativo*, De Jure, Dir. proc. amm., fasc.4, 2011.

[29] In realtà il Romagnosi era giunto a questo punto determinante attraverso una riconsiderazione sul valore della scienza giuridica di cui vi è traccia sia nella genesi del diritto penale (1791), sia nel discorso di prolusione del 1808 alle lezioni tenute nell'Università di Pavia e completate poi nel *Saggio filosofico-politico sulla istruzione pubblica legale* al capo XIII della parte I («ma questa cognizione non può essere *vera* se non è esattamente *conforme* allo stato ed ai rapporti reali e necessari delle cose *esistenti;* non è *completa* se non deduce tutti i risultati, e non li pone tutti a calcolo; non serve addirittura ai casi pratici, se non avvicina talmente la teoria ai precetti e ai casi speciali, che basti un *ordinario raziocinio* per farne uso»). Ora è proprio sulla base di questo nuovo metodo, che non potrebbe essere rifiutato da nessun giurista contemporaneo, che il Romagnosi ha dettato i suoi principi fondamentali di diritto amministrativo ed ha redatta la clandestina «costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa». Nei primi la trattazione corre su basi precipuamente tecniche, fondandosi sulla legislazione vigente e sulla sua

ISSN 2036-7821

Per sgomberare il campo da eventuali incomprensioni del suo pensiero è necessario dire che l'interesse prevalente del Romagnosi in ambito amministrativo concerne nella ricerca di principi generali con importanti spunti relativi alla buona amministrazione e alla proporzionalità dell'atto amministrativo; occorre inoltre sottolineare come egli sia uno dei primi teorici europei del diritto amministrativo comparato avendo egli intuito la valenza che la comparazione dei vari sistemi giuridici occupa nella formulazione di un più efficace processo amministrativo. Egli ha difatti compreso come l'atto amministrativo, ovvero il modo di svolgimento dell'attività amministrativa, sia ciò nel quale l'interesse pubblico è gradualmente incluso in quella che solo più tardi verrà definita la ponderazione con gli interessi individuali - anche perché la tutela di tali interessi era affidata alla giurisdizione contenziosa. Una tendenza, questa, individuata dal Romagnosi in un'epoca di intensi e rapidi mutamenti che spiega come l'apporto del diritto amministrativo al controllo del potere pubblico sia stato decisivo per l'evoluzione stessa della filosofia politica moderna. Si tratta di un metodo il suo che ha mirato a far coesistere giuridicamente le richieste di protezione dei diritti tradizionali offrendo riconoscimento alle nuove istanze che affioravano nelle società europee.

In assenza d'una formale definizione delle modalità di adempimento delle funzioni amministrative e di esercizio delle potestà - a ciò hanno provveduto i giudici con il concorso della dottrina[30] - va al Romagnosi il merito assoluto di avere compreso

interpretazione secondo la giurisprudenza francese, giungendo a definizioni di ancora attuale valore come quella del potere e della competenza, della natura dei conflitti di attribuzione, degli atti amministrativi, della responsabilità degli impiegati; prospettandosi esattamente il tema della giurisdizione amministrativa con la connessa teoria dei diritti e degli interessi fino a quella affermazione della presunzione di illegittimità degli atti amministrativi con il conseguente sistema di cautele costituenti le «garanzie per la prevenzione dell'abuso del potere» che sta alla base della sua concezione del sistema politico-giuridico della pubblica amministrazione. Concezione né compresa né tanto meno seguita come dimostra la stessa nostra successiva legislazione che l'ha di fatto mantenuta solo nei rapporti tra Stato ed enti minori, per evidenti ragioni di sfiducia nei confronti del principio autonomistico, mentre ha contemporaneamente introdotta (per contrapposte ragioni di autoritarismo statalista) la formula illiberale della presunzione di legittimità degli atti amministrativi nei rapporti tra ente pubblico e cittadino: introducendosi così il profondo equivoco di base di tutta la nostra costruzione posteriore del diritto amministrativo come ordinamento e come scienza col far convivere nell'insieme due principi contradditori tra di loro (l'uno valido per una parte dell'amministrazione e l'altro valido per il cittadino), equivoco che costituisce, tra l'altro, anche la vera ragione della illogica e confusa complicazione dei rimedi contenziosi e giurisdizionali che tuttora non siamo in grado di superare.

Si veda a tal riguardo F. Benvenuti, *Sul diritto amministrativo di Romagnosi*, editrice il Mulino, Bologna. Fascicolo 1, aprile 2015.

[30]"Il loro apporto non è consistito soltanto nell'elaborare e applicare interpretazioni acconce delle disposizioni legislative vigenti. È consistito nel definire i principi generali del diritto amministrativo. Alla luce di quei principi, l'amministrazione è stata indotta a rispettare le sequenze procedurali prestabilite; l'invocazione dell'urgenza è stata assoggettata a riscontri, onde evitare gli abusi, tutt'altro che infrequenti; il vertice del potere esecutivo ha subìto una limitazione del potere di emanare atti politici, interamente sottratti al sindacato giurisdizionale, incorrendo così in un diniego di giustizia; all'immunità dello Stato è subentrata la sua responsabilità verso i privati. Questo risultato, straordinario agli occhi dei contemporanei può spiegarsi solo considerando che il diritto amministrativo colmò una lacuna divenuta inaccettabile per la società, nel senso che pose rimedio all'assenza del

ISSN 2036-7821

prima di altri come la natura giuridica del diritto amministrativo sia la sua sostanziale condivisione della responsabilità pubblica dei poteri statali e governativi. Si dispiega in questo modo un largo ventaglio di significati che il Romagnosi ha attribuito all'esperienza amministrativista, organizzandoli secondo l'ordine ideale che da quello sicuramente più generico ci conduce a quello più specifico e vicino all'esperienza culturale dell'Ottocento. Una tale elencazione allinea per forza di cose su uno stesso piano alcune nozioni che hanno costituito oggetto di un'analisi scientifica attenta da parte dell'autore ad altre che invece vengono usate nel contesto del discorso in modo più o meno irriflesso. Di seguito viene elencata dunque la lista che si può ricavare da una considerazione complessiva dell'opera romagnosiana in ambito di diritto amministrativo: a) amministrazione come attività complessiva dei pubblici poteri (Administratio); b) amministrazione come complesso di tutti gli uffici statali di livello non-costituzionale (Amministrazione in senso lato); c) amministrazione come attività di tutti gli uffici (amministrazione in senso generico); d) amministrazione come complesso dei soli uffici pubblici dipendenti gerarchicamente dal Governo, ad esclusione quindi di tutti gli uffici giudiziari (Amministrazione in senso stretto); e) amministrazione come attività svolta dagli uffici *sub* d) (amministrazione in senso formale); f) amministrazione come attività costituita da una «serie di azioni» (amministrazione in senso sostanziale). E' qui possibile osservare che il primo valore è certamente quello inerente alla divisione dei poteri che il sorgere dello Stato moderno di diritto porta con sé; tutti gli altri invece sembrano ricoprire quei significati che ancora oggi conferiamo al diritto amministrativo in quanto struttura organica. Non ci si sbaglia neppure se riteniamo che per Romagnosi ha più ampio valore il senso oggettivo dell'amministrazione quale attività dello Stato, formale, generica e relazionale fra i vari "corpi" statali[31].

6. Amministrazione e Atto amministrativo nella comparazione tra sistema giuridico francese e italiano.

La messa a punto dei criteri individuati discende direttamente dalla nuova definizione di pubblica amministrazione che il Romagnosi fa derivare da una profonda e dettagliata comparazione fra la giurisprudenza dei codici napoleonici e quella in vigore nei sistemi giuridici di derivazione francese[32] in vigore in Italia. L'oggetto della originaria comparazione messa in atto dal Romagnosi è esattamente

diritto nei rapporti tra lo Stato e i suoi sudditi". G. della Cananea, *Il Nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa*, Editoriale scientifica Napoli, 2019, 144 ss..

[31] Per una esaustiva riflessione sui vari connotati romagnosiani in merito al diritto amministrativo si faccia riferimento al citato L. Mannori, *Uno Stato per Romagnosi, La scoperta del diritto amministrativo.*

[32] Si veda, F.P.Benoit, *Le fondaments de la justice administraive,* in Melanges Waline, Paris 1974. Per ulteriori approfondimenti v. R. Scarciglia, *Diritto Amministrativo Comparato,* Giappichelli, Torino, 2021, 595; M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale,* Il Mulino, Bologna, 2019, 230; G. Napolitano, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Il Mulino, Bologna, 2020, 300.

ISSN 2036-7821

l'analisi del termine "amministrazione". Se con questo termine si intende, infatti, tutta l'attività pubblica che non ha come proprio fine la chiusura dell'ordinamento, ma che si colloca anzi al suo interno, al pari dell'attività di un qualsiasi altro soggetto, allora il principio della separazione dei poteri potrà avere il solo significato di vietare all'autorità giudiziaria di giudicare l'attività dello Stato-amministratore. Non si tratta affatto, cioè, di inibire al giudice l'applicazione di un certo tipo di diritto, ma di impedirgli invece di valutare la legalità dei comportamenti amministrativi concreti. Giustizia ed amministrazione non sono più disposte su di uno stesso piano ideale, come funzioni equivalenti consistenti ma diventano due attività funzionalmente distinte, l'una consistente nel dare significato al diritto, l'altra nel perseguire scopi di ordine empirico per mezzo del diritto[33].

In generale possiamo osservare come sostituendo, infatti, il fine privato (cioè particolare) tipico dell'amministrazione di un qualunque soggetto dell'ordinamento, con un fine pubblico - rappresentato da un interesse potenzialmente comune a tutti quanti i membri di una certa comunità politica - si ottiene appunto la nuova nozione di amministrazione *pubblica,* attraverso la quale lo Stato viene ad assumere tacitamente, rispetto al diritto, la posizione di un qualsiasi altro «amministratore». Era questo lo spirito originario dei codici giuridici nati dopo gli eventi rivoluzionari, a cavallo tra Settecento e Ottocento, uno spirito che poneva la genericità del termine «amministrazione» come predicabile di una qualunque attività organizzata e condotta da un privato, assegnando così allo Stato la sua nuova dislocazione all'interno dell'ordinamento[34].

Nel suo rivolgersi all'esperienza d'oltralpe egli evidenzia come l'amministrazione pubblica è quella serie di azioni interessanti una società politica, eseguite per autorità sovrana, o propria o delegata, sopra le materie appartenenti ed interessanti tutto il corpo politico, o la sovranità medesima[35]. Il nucleo del suo discorso è rappresentato qui dall'elemento comune che obbiettivamente esiste tra amministrazione pubblica e privata: cioè dal fatto che ambedue accettano di presentarsi come una «serie di azioni». L'attività amministrativa rispetto ad ogni altro modo di essere dello Stato non è solo una pronuncia giurisdizionale, né un atto normativo generale ma «azioni», ovvero comportamenti posti in essere da un soggetto per soddisfare ad un interesse *proprio.* Lo Stato produttore o sanzionatore di norme è una figura per definizione impersonale, collocata oltre i limiti dell'ordinamento di cui è alternativamente l'artefice o il garante, una figura che non *agisce,* ma che si limita a

[33] Perciò l'Amministrazione si troverebbe ad essere assoggettata al sindacato giudiziario, al pari di qualsiasi altro soggetto, se non vi fossero appunto, a vietarlo, le norme sulla separazione dei poteri, dettate dalla consapevolezza che giudicare dell'attività amministrativa è ancora amministrare.

[34] Mentre l'indeterminatezza del contenuto materiale dell'«amministrare» non pregiudica affatto la sua facoltà di giovarsi di uno statuto speciale, diverso da quello utilizzato da un amministratore privato

[35] Sul tema si veda V.M. Verpaux, *La notion revolutionnaire de juridction*, in Droits, n-9, 1989.

ISSN 2036-7821

stabilire e a far rispettare le regole del gioco sulla base delle quali altri agiscono. Lo Stato-amministratore, invece, tutto proteso alla realizzazione di un interesse di parte in concorrenza con altri soggetti, viene a prendere posto decisamente entro 1'ordinamento giuridico stesso, ed esige perciò di essere pensato come "persona" al pari di un qualsiasi centro d'imputazione di pretese ed obblighi di diritto privato: «*è pur vero* - scrive a questo proposito Romagnosi - *che l'amministrare importa una serie di azioni ordinate ad utilità, e perciò involge il concetto d'una persona operante ed esecutrice di quelle azioni ordinate ad utilità*». Si viene a consolidare così una nuova configurazione funzionale dell'attività pubblica, in cui certi organi statali si collocano sullo stesso piano logico dei soggetti privati, al centro di una trama di rapporti giuridici che essi liberamente creano, modificano o estinguono con la loro «azione». Nasce, in ultima analisi, quel concetto della personalità di diritto pubblico caratteristico dell'era contemporanea, che non ha più niente a che vedere con la vecchia personalità del principe-legislatore, cara a tutta la dottrina statalistica e volontarista d'antico regime[36].

La radicale novità portata dalla riflessione del R. è che il diritto amministrativo è sostanzialmente definizione astratta di principi che vengono calati nelle realtà giurisprudenziali in relazione agli ambiti di applicazione e per mezzo di una serie potenzialmente ininterrotta di azioni. Ciò pone Romagnosi su un piano completamente diverso dagli autori a lui contemporanei grazie ad un criterio di ricerca originalissimo che ha valore non solo come capacità di immaginare autonomamente un sistema di principi, ma anche come capacità di delinearli in maniera tale da essere accettabili nel tempo, fino a oggi. Un modello epistemologico che funziona come guida per la formazione delle istituzioni amministrative e che si fonda su specifici criteri: ovvero la scelta di cosa può essere diritto amministrativo secondo principi tratti dall'ambiente, dai contesti di riferimento e in riferimento ad altri differenti contesti. L'amministrazione pubblica considerata ovvero nella sua realtà, cioè fatta astrazione dalle persone che governano, «altro non è che quella serie di azioni interessanti tutta una società politica, eseguite per autorità sovrana o propria o delegata sopra le materie appartenenti ed interessanti tutto il corpo politico o la sovranità medesima»[37].

[36] La funzione legislativa, ora che lo Stato si è ormai impadronito del monopolio della produzione di tutto il diritto, può tranquillamente venire presentata in termini di assoluta impersonalità, come il momento della trasformazione dinamica dell'ordinamento (anche se ancora a lungo, nel corso dell'Ottocento, si continuerà a parlare in modo retorico di una un rapporto tra legislatore e suddito, per indicare fittiziamente la semplice soggezione del cittadino rispetto al diritto oggettivo): mentre risulta ora essenziale imputare ad un soggetto quell'attività di cura degli interessi pubblici concreti che la dogmatica tradizionale risolveva ancora in forme para-giurisdizionali. La personalità pubblica si avvia così a coincidere senza residui con quella dell'Amministrazione.

[37] Si veda F. Benvenuti, op. cit.

ISSN 2036-7821

Si presenta qui l'idea che la cosa pubblica prende forma dall'astrazione dei fini mentre lo strumento sono le azioni: tutta l'amministrazione è concepita per questo come azione, il bene pubblico come astrazione, l'attività dell'amministrazione come azione mentre l'amministrazione consta di una serie di azioni che consistano nel far procedere la cosa pubblica secondo le leggi esistenti in un determinato momento in un determinato ambito giuridico[38].

Avendo definito l'ambito di pertinenza si può affermare che la riflessione del giurista emiliano ruota attorno alla esplicitazione dell'atto amministrativo: questo è la sostanza dell'amministrazione, ossia l'atto come momento terminale dell'amministrazione; attività propria e altrui, emanazione legittima della sovranità. Mentre l'esercizio del potere è quello impersonato dal governo in un certo momento, l'atto amministrativo costa di tre passaggi: verso il sovrano, verso gli amministrati, verso ogni altro funzionario. La prima è la relazione della legittimità, la seconda di merito, la terza è quella della competenza. L'atto amministrativo ci appare senza dubbio come un'ordinanza, una decisione dell'autorità amministrativa, o un atto, un fatto di un amministratore che si riferisce alle sue funzioni. E' questa l'origine della teoria moderna del diritto amministrativo. La nuova nozione di atto amministrativo, come atto per così dire, intra-ordinamentale, richiama pertanto ad un rinnovato e più generale significato dell'amministrazione nel quale il soggetto si iscrive entro uno spazio giuridicamente definibile[39]. Da questi corollari che riguardano il tema del riparto amministrativo si ricava immediatamente un'applicazione che costituisce in qualche modo il punto di partenza della giurisprudenza amministrativa francese, che Romagnosi si affretta pertanto a recepire. Visto che la soggettività dell'Amministrazione diventa un fatto impeditivo della cognizione del giudice ordinario solo finché essa è «attiva», quando invece lo Stato non ponga in essere alcuna «attività» ma si presenti soltanto come titolare di diritti patrimoniali, la competenza giudiziaria resta assolutamente ferma. Ciò consente di codificare una regola fondamentale: «se fuori del caso di dover interpretare un atto amministrativo e conoscere della di lui validità si disputasse semplicemente se la *proprietà* d'un dato bene appartenga al demanio dello Stato, ovvero ad un privato, se tali *rendite o*

[38] "Discorso molto avanzato. Romagnosi anticipa, ma non sarà compreso per tutto l'Ottocento. Egli viveva in un sistema politico dove la realtà amministrativa non c'era; altrimenti ne sarebbe stato catturato, come i francesi, che la realtà amministrativa l'avevano. Romagnosi è una macchina di pensiero, ma anche il segno di una realtà che manca e occorre preparare". F. Benvenuti, op.cit. pag. 6.

[39] Romagnosi si mostra apparentemente polemico nei confronti del sistema di riparto praticato in Francia: per esempio, laddove dichiara che nel suo Stato ideale «niuna controversia circa i diritti di mio e tuo, niun contratto comunque legato ad un atto amministrativo, potrà essere sottratto alla cognizione» dei giudici ordinari; o anche quando sembra voler riservare all'autorità giudiziaria la competenza sulla responsabilità contrattuale dello Stato; o infine quando scrive conclusivamente che «il semplice fatto d'un amministratore che agì per propria autorità o per ordine speciale del governo non potrà giammai formare un titolo d'incompetenza per i tribunali civili a decidere una questione di mio e tuo».

ISSN 2036-7821

prestazioni siano o no dovute alla nazione, o sia al pubblico demanio», la causa resterà senz'altro nell'ambito di competenza del giudice ordinario. Sul piano giurisprudenziale tale conclusione è rilevante non solo per tutto il contenzioso di carattere tributario (che viene lasciato in linea di principio al giudice ordinario ogni volta che la contestazione non coinvolga in qualche modo gli atti impositivi compiuti dalla pubblica Amministrazione), ma soprattutto in rapporto alle controversie sui beni nazionali. A proposito dei quali l'eventualità di una deroga alla competenza giudiziaria non si potrà neppure porre finché l'Amministrazione non abbia compiuto alcun «atto» di disposizione o di destinazione nei loro confronti, il che comporta in sostanza il riassorbimento nel foro ordinario di tutto quel contenzioso percentualmente molto rilevante all'epoca che riguarda i rapporti tra lo Stato (subentrato nei diritti degli enti ecclesiastici soppressi) e tutti i terzi che su di essi vantavano pretese di qualsiasi natura[40].

Dall'esperienza rivoluzionaria Romagnosi, nel suo porsi dinanzi alle difficoltà del confronto e dell'assunzione delle nozioni di diritto amministrativo provenienti dalla Francia post-rivoluzionaria e napoleonica, indica straordinariamente quel percorso verso la riforma generale dell'amministrazione in relazione alla sovranità politica che muta aspetto. Per queste ragioni oggi gli studiosi sono consapevoli che il problema dell'amministrazione è un problema funzionale: ovvero esso implica la necessità di far discendere il valore dell'atto amministrativo dalla conformità alla legge e fare discendere il valore dell'atto dalla rispondenza con i fini stessi dell'amministrazione. In una frase: non ledere i diritti dei cittadini nei loro specifici e complessi ambiti di vita.

7. Romagnosi e la comparazione giuridica. Attualità del suo pensiero.

Romagnosi ha rivolto un'attenzione costante alla diversità delle forme giuridiche di organizzazione della società nel tentativo di consolidare lo Stato di diritto moderno. Così come Emerico Amari, egli – sul percorso già inaugurato dal Vico - ha dato vita a un filone di studi attento alla dimensione storica e comparativa dei fenomeni giuridici. Avvalendosi dello statuto epistemologico della comparazione giuridica, nel

[40] Dall'ampia indeterminatezza che la figura dell'atto tende ad assumere nella primissima dottrina e giurisprudenza francese sul riparto, la storiografia ha in genere desunto che nel corso del periodo direttoriale e napoleonico al *nomen* di «*acte administratif*» non corrisponde alcuna tipologia sostanziale autonoma: qualunque atto può essere amministrativo, basta che a porlo in essere sia un organo dell'Amministrazione. Questo pendolarismo storico-dottrinale tra una nozione ampia e una nozione stretta di diritto amministrativo ovvero tra una pubblica amministrazione concepita ora come *piussance,* ora come *service,* che trova sul terreno del riparto il proprio campo privilegiato di manifestazione, ci induce a considerare con maggior cautela il pensiero dei primi amministrativisti, tra i quali il Romagnosi, che nel sottoporre ad una drastica limitazione il sindacato del giudice ordinario, può darsi che abbiano seguito anch'essi una loro nozione di «diritto pubblico», diversa da quella che il liberalismo ottocentesco identificherà nel criterio della pura *piussance,* ma non per questo meno sostanziale di quella. A tal proposito si veda il citato L. Mannori, *Uno Stato per Romagnosi.*

ISSN 2036-7821

perfezionarlo, ribadisce l'inscindibile legame che intercorre tra giurisprudenza e filosofia civile, in forza del quale lo studio sul diritto e sulle costituzioni è un momento, certamente un aspetto indissolubile, di una più ampia riflessione sulla cultura e sulla storia dei popoli e delle società. Tale riflessione rappresenta la fonte dalla quale è possibile attingere per dare vita a un forte e duraturo impegno etico e civile[41]. In ragione di ciò occorre un approccio che tenga conto del suo tentativo di "ri-generare" le scienze giuridiche, come egli ha delineato ad esempio ne *La Scienza della legislazione e Scienza delle costituzioni*. Sarà possibile così riformulare un giudizio critico – errato - che a lungo lo ha ritenuto un giurista "*francesizzante*", indigesto ossia alla tradizione formalista del diritto, esattamente per la sua capacità di aprirsi alle scienze politiche e sociali. Una specificità questa, invece, che rende i suoi studi e le sue intuizioni attuali proprio per la capacità di attingere dalle varie discipline umane e per il metodo comparativo inserito nel diritto, al fine di collegarlo in modo del tutto originale alle scienze economiche[42]. Pertanto, molte delle sue intuizioni sono certamente valide ancora oggi: a cominciare dalla distinzione tra amministrazione pubblica e pura legislazione di ragione pubblica, nella stessa maniera con la quale viene distinta la norma di agire dall'azione, il precetto dall'esecuzione, il comando

[41] Se si scorrono velocemente le pagine della *Scienza nuova* o del *De uno*, infatti, non si può fare a meno di notare che Vico non parla mai di diritto comparato o di metodo comparativo come scienza a sé. Non si trova, in quelle pagine, un'analisi del diritto e delle istituzioni di diverse epoche e luoghi che prescinda dalla più generale finalità della sua principale «discoverta», e cioè descrivere «*una storia ideale eterna, sopra la quale corron in tempo le storie di tutte le nazioni ne' loro sorgimenti, progressi, stati, decadenze e fini*». Da qui, pertanto, il fatto che per Vico la comparazione non è e non può essere nulla di più o di diverso – e questo era il principale insegnamento passato ai suoi diretti epigoni – dallo studio stesso della storia delle istituzioni umane, nate in tutti i tempi e in tutti i luoghi sulla base di un disegno provvidenziale e secondo «ordini che ella [provvidenza] v'ha posto universali ed eterni». Quanto questa provvidenza, però, sin da subito non venga intesa secondo una ortodossa concezione soprastorica, è dimostrato dall'assunto fondamentale della gnoseologia della Scienza nuova, per cui «questo mondo civile egli certamente è stato fatto dagli uomini, onde se ne possono, perché se ne debbono, ritrovare i princìpi dentro le modificazioni della nostra medesima mente umana». Umanità radicale della storia quindi e, in essa, ricerca di «motivi comuni di vero» per il tramite dello studio delle istituzioni umane e del diritto, del «diritto eterno che corre in tempo» come manifestazione di princìpi certo universali ed eterni, ma che pur sempre escono dalla mente dell'uomo quale «fabbro del mondo delle nazioni. L'unità del diritto umano consegue anzi tutto e immediatamente dall'unità dello spirito ossia dell'essere; e così si spiegano le somiglianze originarie o *native*»: tanto è presente ciò a Vico, ritiene infatti l'Autore, quanto egli mostra di non considerare «nel diritto le somiglianze acquisite o *dative*, le quali intanto s'avverano, in quanto appunto l'identità di natura rende possibili e fruttuose tra gli uomini le comunicazioni delle idee e dei costumi». Sebbene alcuni allievi e continuatori dell'opera vichiana (Cataldo Jannelli e gli stessi Romagnosi e Amari) abbiano cercato di emendare questo aspetto della riflessione del filosofo napoletano, Del Vecchio finisce col ritenere che sulla ricchezza di spunti giuridici di essa prevalga metodologicamente l'assunto della storia ideale eterna, che rende il diritto subalterno al dispiegamento (in termini idealistici) dello Spirito nella storia.

A tal proposito si veda G. Del Vecchio, *Sull'idea di una scienza del Diritto universale comparato*, Fratelli Bocca editori, Torino 1909.

[42] Si veda A. Massera, *Il diritto amministrativo e l'opera di Gian Domenico Romagnosi, a 250 anni dalla sua nascita*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, 1029 ss. e 1043.

ISSN 2036-7821

dall'ubbidienza[43]. Ne risulta che l'amministrazione pubblica, senza alcuna astrazione e considerata nella sua concreta esistenza, consiste nell'azione del governo, ossia dei pubblici funzionari tanto in relazione ai loro superiori ed eguali, quanto in relazione ai loro amministrati, *onde far procedere la cosa pubblica giusta le norme legalmente stabilite*. L'idea è quella di un interesse pubblico considerato rispetto alla nazione, piuttosto che di *ragion pubblica*[44] e la consapevolezza che il potere amministrativo è necessariamente tutto tipicizzato da norme e che il suo esercizio si traduce in atti tipici che nulla hanno a che fare con il diritto privato[45].

8. Il futuro antico del metodo comparativo di Gian Domenico Romagnosi.

Dopo avere analizzato l'evoluzione intellettuale e i principali concetti romagnosiani, al termine di questo breve ma il più possibile esaustivo percorso di approfondimento si pone una domanda – già nota alla storiografia.

Perché e in che termini il Romagnosi, dopo la metà dell'Ottocento ha subìto un netto oblio accademico? Non gli si è neppure voluto riconoscere, infatti, l'invenzione di una disciplina connessa all'Amministrazione quale quella del diritto pubblico dell'economia[46]. Pur nella difficoltà di tracciare risposte esaurienti, non si sbaglia se si

[43] A tal proposito si veda, M. Mazzamuto, *Gian Domenico Romagnosi, inventore del diritto amministrativo?* In *Rivista Diritto e Società*, 2016, 705-736.

[44] Secondo Romagnosi gli atti amministrativi erano disciplinati da norme che identificavano un interesse pubblico e prescrivevano ai funzionari di raggiungere il fine identificato dalla norma. Ma la maniera per raggiungere quel fine non poteva sempre essere predeterminata dalla legge, il potere attribuito dalla legge, che Romagnosi chiama in termini generali "competenza", ha una sua autonomia intrinsecamente necessaria in una Amministrazione che lo stesso Romagnosi definisce "attiva", la quale però ha una regola per raggiungere il fine previsto dalla norma: "far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà". Qui la prevalenza della cosa pubblica sulla privata non colpisce il fine o l'effetto, ma il semplice "mezzo" (la sottolineatura è dell'Autore delle "Instituzioni"), versetto che era già stato anticipato, ancorché in termini più generali, nella "Introduzione allo studio del diritto pubblico universale" del 1805.

[45] I presupposti per arrivare a questa conclusione non erano puramente teorici, bensì suggeriti da dati istituzionali fenomenici: da una decisione del Consiglio di Stato italico che aveva dovuto trovare un criterio per distinguere quando il demanio pubblico, cioè la pubblica amministrazione, doveva usare il diritto dei privati e quando invece doveva usare il diritto pubblico nella particolare forma conseguente alla configurazione costituzionale dello Stato napoleonico; nonché una classificazione adottata da un repertorio di giurisprudenza per descrivere le caratteristiche degli atti adottati dall'amministrazione statale.

[46] Si pensi all'odierno e complesso dibattito sull'acqua pubblica. Scrive infatti Romagnosi nel primo volume del "*Trattato della ragion civile delle acque nella rurale economia*", Prato 1836., che la logica in base alla quale va ricostruita la disciplina pubblica o privata di un bene è di tipo funzionale. Una teoria funzionale così sintetizzata dall'Autore stesso: "*... a fine di evitare ogni equivoco, disegnare si debbono i beni col nome o di semplicemente demaniali [cioè nel linguaggio francesizzante dell'epoca sottoposti al comune diritto di proprietà], o di strettamente pubblici. I primi sono assoggettati alle regole ordinarie del civile diritto. I secondi sono assoggettati ai regolamenti di pubblica amministrazione e diretti dai rapporti della cosa pubblica. Parlando poi in particolare del soggetto delle acque, e più strettamente di ciò che riguarda la loro condotta, dire dovremo, che la destinazione e l'uso di una massa o corrente di acqua si è quella che la contraddistingue legalmente. E però quella dovrà dirsi acqua pubblica, la quale per la sua destinazione e pel suo uso è riservata o consacrata a tutti i membri che compongono un dato pubblico. Acque private per lo contrario dovranno dirsi tutte quelle le quali non rivestono questa destinazione e questo uso.... Tutto fin qui detto risulta in via di vero diritto*

ISSN 2036-7821

afferma che una parte del silenzio-incomprensione calato sul R. sia la diretta conseguenza del suo interesse – e della sua conseguente analisi giuridica - circa la "storicità" e la "flessibilità" del diritto pensato come manifestazione giuridico-filosofica dell'Europa del suo tempo. Un approccio che non poteva risultare gradito ai "puristi" del diritto e che oggi possiamo definire senza dubbio un comparatista e che oggi per fortuna ha riacquistato valore e sostanza.

Al fine di dare una risposta soddisfacente è utile ricordare che per il Romagnosi occorre, allorquando ci si appresti allo studio del diritto compiere tre operazioni: la proposizione, l'analisi, la ricomposizione. Una triade che equivale all'osservazione dettagliata, allo studio partecipato e al confronto comparato in grado di condurre dall'induzione fenomenica alla ricostruzione di istituti di carattere giuridico generale. Un metodo che oggi possiamo definire certamente appartenente alla scienza comparatistica, prova ne è la complessa operazione di ricostruzione che il Romagnosi fa del diritto amministrativo, facendolo derivare da un fitto dialogo con la giurisprudenza, non con quella ordinaria, ma con quella del contenzioso amministrativo, in particolare attraverso la comparazione fra il Consiglio di Stato italiano e quello francese. Sulla scorta dell'approccio comparativista egli descrive un diritto amministrativo che deve servire ad individuare l'oggetto del "contenzioso amministrativo": ovvero una volta riscoperto così il diritto civico del cittadino, scompare l'asserita diversità dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo[47].

Recentemente - fortunatamente - l'attenzione degli studiosi nei confronti del Romagnosi si è dunque ridestata e nuove importanti ricerche sono intervenute ad approfondire il suo pensiero e la sua originale dimensione di eclettico giurista. Ciò che appare assolutamente degno di interesse è il suo rappresentare un ponte di collegamento tra periodi e tra settori di ricerca diversi, il suo avvalersi di metodi comparativi a cominciare dal concepire la conoscenza umana e quella scientifica come modelli di cerchi concentrici da studiare e sviluppare in modo organico. In campo prettamente giuridico grazie alla sua opera perveniamo ad una concezione del diritto quale ordine che necessita dell'autorità pubblica opportunamente organizzata e diretta, affinché il diritto stesso venga difeso sulla base di principi e di valori corrispondenti al grado di incivilimento umano. Il diritto costituzionale ad esempio - in quanto armonico, disciplinato ed ordinato complesso architettonico, capace di equilibrare opposti antagonismi - si collega in un'ottica comparativa ad una struttura della base sociale correlata con lo sviluppo umano di cui l'opinione pubblica, coltivata e implementata, rappresenta il vertice di un progresso civile che ancora oggi appare indispensabile alle nostre società. In questa prospettiva il

naturale e filosofico. Vano per altro sarebbe nella pratica di certi paesi di proclamare queste idee se la legislazione positiva dei medesimi non corrispondesse coi principi di ragione".

[47] Così il giudice ordinario torna ad essere il giudice del diritto privato, eventualmente utilizzato anche dalla pubblica amministrazione, riportando all'unità la legittimità degli atti della pubblica amministrazione.

ISSN 2036-7821

programma di Romagnosi richiedeva che il potere politico fosse moderato dal diritto, temperando i poteri col loro reciproco contrasto e contenendoli in una data sfera. Una visione che in Romagnosi coincide con la certezza che il diritto è comparazione e con la chiara convinzione che l'osservazione interdisciplinare sia un momento imprescindibile, connotante la stessa evoluzione delle scienze sociali, dall'economia alla sociologia, dall'antropologia sociale all'etnologia. La figura del giurista ci viene restituita come quell'intellettuale in grado di alzare lo sguardo su un panorama più completo[48] per aprirsi ad un mondo in continua evoluzione. La complessità restituita dal metodo comparativo si fa strumento e sguardo confacente alla complessità stessa dell'universo giuridico: un metodo quello utilizzato dal Romagnosi funzionale alla pratica di uno studio in grado di penetrare nei molteplici e straordinari significati che il diritto ci schiude[49].

Romagnosi è tra i primi in Italia, e in Europa, ad andare oltre dogmatismo e formalismo giuridico, significando il mestiere del giurista comparativista non per mezzo di un determinato ambito di ricerca ma grazie ad un preciso processo cognitivo: il comparare[50]. Romagnosi certifica le sue competenze costituzionali, penali, amministrative grazie alla possibilità di conoscere in un certo modo. Il modo della comparazione. E se la comparazione è un processo cognitivo e i comparatisti si caratterizzano per l'uso di tale processo, il nostro fu tale poiché non circoscrisse mai la sua riflessione teorica in perimetri ben delineati. Anzi, egli accolse favorevolmente gli spunti, le riflessioni, le criticità creative provenienti da altri ambiti, teorici o geografici che fossero, nella convinzione che gli istituti giuridici siano qualcosa di non dato una volta per tutte ma che cambino e si evolvano nel seno delle società umane[51]. Romagnosi assunse per questa ragione nella rappresentazione e considerazione dei fatti umani in cui rientra "il giuridico", un atteggiamento senza pregiudizi valutativi, si potrebbe dire da scienziato naturalista se pure nella difficile lotta con la propria notevole soggettività, alla ricerca di quel metodo gnoseologico inaugurato, forse, dall'affermazione di Baruch Spinoza: "*Non ridere, non lugere, neque detestan, sed intelligere*". In questo modo ogni formazione giuridica assume il posto

[48] Si veda M. Sbriccoli, *Storia del Diritto penale, Scritti editi e inediti*, Giuffrè editore, Milano 2009.

[49] M. Brutti, A. Somma, *Diritto: Storia e comparazione, Nuovi propositi per un binomio antico*, *Global perspectives on legal history*, Max Planck Institute, 2018.

[50] Il nome "comparatista", in sé considerato, non certifica il possesso di una competenza su un certo oggetto, bensì la padronanza di un metodo di lavoro.

[51] Il comparatista combatte gli steccati disciplinari. Il comparatista padroneggia, tra gli altri, le competenze del lavoro interdisciplinare. Il comparatista cerca l'innovazione. Studiando genesi e circolazione di istituti e modelli giuridici, la comparazione fa del mutamento e dell'innovazione degli oggetti privilegiati di indagine. La comparazione studia le tecniche dell'innovazione giuridica. Il comparatista studia la creatività del giurista. Il comparatista usa una tecnica per raggiungere degli obiettivi conoscitivi. La comparazione mette a nudo le dinamiche di potere ed evidenzia i valori sottesi alle diverse opzioni possibili.

Si veda G. Repetto, *Il metodo comparativo in Vico e il diritto costituzionale europeo,* Rivista critica del Diritto Privato, Jovene editore, Napoli giugno 2009.

ISSN 2036-7821

che le compete per il suo contenuto d'idea, qualunque sia il popolo e il tempo in cui si è presentata di fatto, permettendo alla scienza del diritto universale comparato di ricostruire nei gradi del suo divenire fenomenico quell'idea del diritto che si ritrova una e intera nella pura ragione[52].

Infine, e oltre le contraddizioni pur presenti nel suo pensiero, è possibile concludere evidenziando il senso generale del lascito intellettuale del Romagnosi. Per primo, l'etica dell'impegno dello studioso ad illuminare sé stesso, gli altri studiosi e la comunità intera al fine di raggiungere lo scopo di rappresentare giuridicamente e in modo comparativo la dignità dell'uomo sociale, la sua relazionalità politica costantemente rivolta al perseguimento di un bene superiore[53]. Successivamente ma non secondariamente, la sua fulgida e creativa passione per la storia comparata, sia in senso diacronico che sincronico, per le scienze politiche, per la scienza in generale e, come osservato, per le scienze giuridiche comparate. Si tratta per il R. di ambiti da studiare, discutere, approfondire con la consapevole esigenza di mettere in correlazione, attraverso il metodo comparativo, fasi apparentemente diverse, distanti, anche discordanti dell'evoluzione culturale degli esseri umani.

Un'operazione intellettuale, questa, che assume i caratteri della straordinarietà e che si tramutò in una originalissima prassi di ricerca resa possibile, come la sua stessa esperienza esistenziale dimostra, grazie alla perseverante esigenza etica di comprendere sempre e trasformare per il meglio il mondo umano.

[52] Se la scienza del diritto universale comparato verte nella sfera dell'esperienza, traendo alimento dai dati della fenomenologia giuridica come tale, ha nondimeno tutta una serie di premesse filosofiche, senza delle quali necessariamente cadrebbe. Essa, che è e vuol essere scienza empirica, e per altro il limite di approssimazione della scienza alla Filosofia del diritto, e trova in questa i suoi principi e il suo compimento; come la Filosofia del diritto può e deve alla sua volta trarre profitto, per l'applicazione e il riscontro fecondo dei suoi criteri da ciò che vien posto in luce da quella scienza.

[53] Si tratta di una indicazione di attualità sorprendente anche nella valutazione dei rapporti tra libertà economica e difesa dell'ordine giuridico nella nostra epoca di riconsiderazione dello Stato e delle sue istituzioni.

ISSN 2036-7821