

MASSIMO SEVERO GIANNINI

*Massimo Severo Giannini*

# DIRITTO AMMINISTRATIVO

VOLUME PRIMO



790,00

2 Vols



MILANO · DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE · 1970

## CAPITOLO I

### LE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE: PROFILI STORICI E SOCIOLOGICI

#### 1. *Significato culturale di « amministrazione ».*

Nelle opere di storiografi contemporanei leggiamo, p. es., che le dinastie del Medio Impero faraonico curarono in modo particolare l'« organizzazione amministrativa » del paese, e abbiamo memorie di « funzionari » le quali ci danno importanti documentazioni del notevole « livello amministrativo » che era stato raggiunto; oppure che una delle ragioni per cui l'Impero persiano achemenide ebbe vita non effimera fu l'adozione di una compiuta « organizzazione amministrativa territoriale-militare » essendo ad ogni circoscrizione preposto un satrapo, da cui dipendevano numerosi « uffici ». Si legge che l'Impero bizantino, pur così carico di ombre, ebbe però l'accortezza di conservare l'« eccellente organizzazione amministrativa » dei Romani, e di perfezionarla, tanto che ad esso risalirebbe l'adozione della struttura organizzatoria del « ministero ». Uno dei meriti che più spesso viene attribuito a grandi reggitori di popoli è di aver avuto delle « capacità amministrative » non comuni, e di aver « riformato l'amministrazione »: lo si è detto a proposito di Carlo Magno e di Ottone I, fin giù a Maria Teresa d'Austria e a Napoleone I; a costoro viene riferita la paternità di un qualche « istituto amministrativo », taluno ancor oggi esistente.

Se però si consultano le fonti antiche e medioevali, ci si avvede che enunciati come quelli di amministrazione, organizzazione amministrativa, struttura amministrativa, e simili, non sono usati; essi appaiono alla fine del XVIII secolo, per poi diffondersi nel secolo passato e dilagare nel presente. Siamo dunque in presenza di una

vicenda di *applicazione di ordini nozionali del presente a civiltà del passato*.

È valida tale applicazione? È un problema molto discusso tra storiografi e sociologi, che non può ovviamente essere affrontato in questa sede. Dobbiamo però prendere atto che nella cultura contemporanea è ormai in uso una nozione *non giuridicamente precisa*, di amministrazione, nel significato di *organizzazione durativa adibita a rendere servizi*.

Gli etnologi e gli antropologi hanno raccolto abbondanti materiali circa i vari tipi di aggregati umani primitivi e sottosviluppati: l'analisi sociologica di essi rivela che non appena gli aggregati umani superano la soglia dell'assolutamente primitivo, si danno una organizzazione, sia pur minima. Di solito avviene questo: che il capo o l'assemblea (a seconda di chi ha il potere deliberativo supremo) creano delle cariche permanenti, che in termini moderni si potrebbero chiamare l'addetto all'annona, l'addetto alle armi, l'addetto alle coltivazioni, il sacerdote-giudice, e così via. Anche non conoscendo il diritto amministrativo, è sufficiente l'intuito giuridico per comprendere che tali organizzazioni non sempre sono giuridicamente rilevanti; per il sociologo, lo storiografo, l'antropologo, ecc. invece sono organizzazioni che possono dirsi amministrative, e che possono avere anche grande interesse.

Il discorso che precede vuol essere una presa di posizione nei confronti della tesi, che dominò lo scorso secolo, secondo cui esisterebbe una nozione giuridica di amministrazione pubblica di valore assoluto e universale. Un argomento a favore della concezione si era creduto di dedurre dal fatto che già nel linguaggio romano del periodo repubblicano si trovano vocaboli come *administrare*, *minister*, ecc. Oggi però ci si sta convincendo che questi vocaboli non avevano significati giuridici, ed appartenevano al linguaggio atecnico; anzi subirono molte variazioni di accezioni nel corso del tempo. *Ministrare* nel latino classico significava « servire ad un'incombenza » (*ministrare coenam*), e più tardi significò, per traslato, anche « porgere, fornire »; *minister* era il subalterno addetto alla incombenza, e *ministerium* l'incombenza minore; per traslato si ebbero poi accezioni nobilitative di tali vocaboli (p. es. i magistrati come *ministri legum*). *Administrare*, *administrator*, *administer*, *ministra*, *administratio* esprimevano invece una funzione più elevata che si potrebbe rendere con la perifrasi di « svolgere un'attività specializzata come ausiliare o come deliberatore secondario ». Ma in seguito il significato tende ad evolversi nel senso di « curare un'attività specializzata », « avere il maneggio di ». Così il proconsole aiuta il console

nell'e  
guerr  
giuris

cato  
signif  
ficato  
tante  
sbriga  
valor  
ingles

mento  
nella  
guagg  
ritto  
minis

reflui  
è cor  
voluz  
ranno  
walt  
stato

la ser

zioni  
signifi  
le di  
prima

2.

signif  
tico  
manu  
condu

indica  
mono

nell'*administrare provinciam*, ma *administrare bellum* significa condurre la guerra, *administratio navis* è il governo della nave, ecc., finché troviamo nei giuristi *administrare negotia*, equivalente a curare gli affari.

È in epoca imperiale che *administrare* comincia ad avere un significato più tecnico, e che *ministerium* comincia a significare carica, funzione; significato che si consolida in periodo bizantino. Si rilevi che l'antico significato di ministro era ancor in uso sino al secolo scorso per indicare l'aiutante di fiducia del grande proprietario terriero avente l'incombenza del disbrigo delle pratiche esecutive di gestione del patrimonio terriero. Lo stesso valore che aveva il vecchio vocabolo tedesco « maier »; mentre il vocabolo inglese « manage », già in tempi passati aveva assunto accezione più ampia.

*Administratio* si ritrova nell'alto evo medio, con un significato tecnicamente già più preciso, e appare il « ministerialis » carolingio. Più tardi, nella canonistica e nel diritto comune questi vocaboli s'insediano nel linguaggio giuridico in modo fermo, ma vengono impiegati soprattutto nel diritto privato, a qualificare certe attività: ordinaria amministrazione, amministrazione del buon padre di famiglia, amministrazione giudiziaria, ecc.

Il senso moderno, pubblicistico, di amministrazione, che poi finisce col refluire nel secolo scorso anche in diritto privato, è dei legisti del '700, ed è con la rinnovazione del vocabolario politico-giuridico operato dalla Rivoluzione francese che esso si diffonde nel mondo; i tedeschi lo sostituiranno poi con « Verwaltung », che etimologicamente differente (deriva da walt = potere, cfr. il latino *valere*), si era poi effettivamente nell'uso accostato al termine latino.

Questa brevissima esposizione dimostra cosa del resto già nota: che la semantica è utile e pericolosa insieme, potendo dare risultati fallaci.

Nei §§ che seguono si mostrerà invece la *storicità giuridica* delle nozioni di amministrazione, in ogni campo delle scienze giuridiche. Ciò non significa che il giurista debba respingere il significato che si è detto culturale di amministrazione. Significa solo che deve procedere ad analisi precise prima di pronunciarsi sulla rilevanza giuridica.

## 2. Amministrazione attività, amministrazione organizzazione.

Nell'evo medio *administratio* cominciò a consolidarsi in un significato giuridico, ed indicava un'attività, che secondo il più antico modulo linguistico era l'attività dell'amministrare, così come manutenzione è l'attività del mantenere, conduzione l'attività del condurre.

È noto che, per una vicenda linguistica generale, ai vocaboli indicativi di attività si sono aggiunti assai spesso significati, che esprimono il risultato dell'attività, o la sede ove si svolge, o il modo di

svolgimento, e simili. Così abrogazione è sia l'attività di abrogare, sia il risultato dell'essere abrogato, costruzione è insieme il costruire e il costruito, circoscrizione è il circoscrivere e il luogo di spazio identificato.

Così è di «amministrazione», che oggi ha due significati nettamente distinti: l'uno indica *una sorta di attività*, l'altro *un soggetto* (usiamo il termine in senso atecnico) che svolge quella attività. Noi diciamo: regola di buona amministrazione, attività, funzione amministrativa; ma diciamo anche amministrazione dei trasporti, delle poste, dell'istruzione, amministrazione comunitaria, organo amministrativo, tribunale amministrativo. Vi sono locuzioni bisense, come amministrazione di controllo, amministrazione giudiziaria, amministrazione militare, che confermano quanto si è detto. Si comprende come siano facili le anfibologie.

Per evitare al massimo queste, useremo *amministrazione* nel senso di « sede dell'attività », mentre per indicare l'amministrazione nel senso di « attività » useremo la locuzione *attività di amministrazione o amministrativa*. Questo in conformità dell'uso invalso in tempi più recenti; fino allo scorso secolo infatti prevaleva l'accezione amministrazione-attività.

Per l'amministrazione « sede dell'attività », da parte della scienza politica e della scienza dell'amministrazione (§ 18), era stato suggerito di utilizzare la terminologia di *amministrazione-apparato*, o anche di *apparato amministrativo*, da altri quello di *amministrazione-organizzazione*, od *organizzazione amministrativa*.

Sempre nel campo delle determinazioni terminologiche, si avverta che « organizzazione » non coincide con amministrazione (è stato invece sostenuto che ogni organizzazione è amministrativa). I giuristi conoscono organizzazioni non amministrative: negli Stati moderni vi sono un'organizzazione *costituzionale* e un'organizzazione *giudiziaria*; nei partiti politici vi è un'organizzazione cui non si addece la qualifica di amministrazione; esistono poi organizzazioni che i sociologi chiamano « diffuse », come quelle proprie dei ceti culturali dell'età contemporanea, degli imprenditori industriali non uniti in associazioni, e simili.

lo de  
persta  
ma ar  
comm  
zioni  
I  
te le o  
che so  
me cu  
In  
la locu  
vità e  
nologic

3. Fa

I  
amminis  
proprian  
le collet  
« C  
suoi sign  
sociologi  
stinguonc  
medesim  
tuito un  
po organ  
*ministrati*

In o  
mata da  
tura socie  
molte volt  
sia sempr  
quella mo  
elementi i

Inversamente l'organizzazione amministrativa non è propria solo degli Stati e degli enti pubblici; l'hanno enti internazionali e superstatali, chiese particolarmente evolute come la Chiesa cattolica, ma anche imprenditori privati, piccoli e grandi. Vi sono società commerciali che hanno organizzazioni superstatali, ed organizzazioni di enti sindacali anch'esse superstatali.

Lo stesso discorso si può fare per l'attività amministrativa; tutte le organizzazioni amministrative la svolgono, ma la svolgono anche soggetti singoli: essa ha particolare importanza per soggetti come curatori, tutori, sindacatori, e simili.

In scienza dell'amministrazione è stato proposto di riunire nella locuzione « fatto amministrativo » le evenienze attinenti ad attività e ad organizzazioni amministrative. Come accorgimento terminologico può passare; come nozione scientifica è quantomeno oscura.

### 3. *Fatti amministrativi delle collettività.*

I fatti amministrativi che interessano la scienza del diritto amministrativo sono i fatti amministrativi delle collettività, e più propriamente quelli attinenti ad organizzazioni amministrative delle collettività.

« Collettività » è una nozione base, che si assume in uno dei suoi significati sociologici, quello di gruppo « permanente ». In sede sociologica, sempre per quanto interessa la nostra disciplina, si distinguono i gruppi *diffusi* dai gruppi *organizzati*; gli esercenti una medesima professione formano un gruppo diffuso; se per essi è istituito un « ordine professionale », o un sindacato, si forma un gruppo organizzato. *Tutti i gruppi organizzati danno luogo a fatti amministrativi.*

In ogni epoca della storia la società degli uomini è stata formata da gruppi, i quali perciò costituiscono l'unità base della struttura sociologica e giuridica; l'elemento identificatore del gruppo è molte volte variato nel tempo (con ciò respingiamo l'opinione che vi sia sempre un elemento identificatore costante). Dall'età antica a quella moderna assistiamo ad un continuo accrescimento degli elementi identificatori dei gruppi, tanto che oggi ne abbiamo mol-

tissimi: geografici, culturali, economici, religiosi, professionali, ideologici, e così via.

Nelle età più antiche i gruppi erano semplici, e si identificavano essenzialmente per il territorio e per la stirpe: esempio tipico ne è la tribù. Con l'introduzione dell'agricoltura, dell'allevamento del bestiame e della lavorazione dei metalli, si assiste ad una vicenda che si riscontra in identici termini sia nella storia degli odierni popoli civili sia nell'acculturazione di odierni popoli primitivi: al luogo della struttura di gruppi semplici subentra una struttura in cui vi è un gruppo che si dice generale, comprensivo nel proprio interno di più gruppi, aperti o chiusi, diffusi o organizzati, aventi diversi elementi identificatori. Da questo momento la storia è la storia dei gruppi generali: *polis*, *regnum*, *respublica*, sono le forme antiche, che le età successive sviluppano in tanti altri modi.

Oggi abbiamo dei gruppi generali, o società generali, come pur si dice, che chiamiamo *Stati*; gli Stati comprendono in sé gruppi di vario tipo: territoriali (comuni, regioni), professionali (ordini, sindacati), religiosi (ma le Chiese sono organizzazioni superstatali), politici (partiti politici), ideologici, culturali, economici. Vi sono gruppi superstatali (religiosi, sportivi, culturali), e gli Stati tendono ad associarsi in ordinamenti internazionali e superstatali, i quali però quasi mai danno luogo a gruppi in senso proprio.

*Amministrazioni pubbliche* per antonomasia sono oggi quelle degli Stati; però possono dirsi amministrazioni pubbliche in senso anche giuridico quelle di qualsiasi organizzazione di gruppo, in quanto il gruppo è pluralità e unità insieme, se il gruppo costituisce « ordinamento giuridico ».

Questi riferimenti sociologici sono necessari per cominciare ad intendere che cosa siano le amministrazioni pubbliche degli Stati moderni: dobbiamo subito fissare il punto che le nozioni e i concetti relativi alle amministrazioni pubbliche degli Stati non sono nozioni o concetti universali, validi in ogni tempo e in ogni luogo; sono invece *nozioni storiche*, nate dalla realtà dei gruppi, per rispondere a bisogni e ad istanze degli uomini componenti i gruppi, inserite quindi nel vivo delle contese fra gruppi e pertanto con una propria teoricità e una propria realtà insieme.

I  
conten  
mento:  
minist  
spettiv  
ti ci si  
la cost  
D  
za circ  
za dell  
con qu  
tempi r  
no assu  
ma ogg  
possa d  
gli ultim  
esposizione  
i tre fili  
realtà s  
è un m  
più pene

#### 4. Le mor

Dell  
delle civi  
nomi, di j  
di compit  
città grec  
gior num  
Per quest  
tico, e ar  
Se il  
re quanto  
antico pe

La teoricità e la realtà delle amministrazioni pubbliche dell'età contemporanea vengono fuori da un lunghissimo, tormentato e tormentoso itinerario di esperienze degli uomini civili; oggi di tali amministrazioni molti vedono solo i difetti, perché l'assenza di prospettiva storica ne nasconde i pregi, e solo in strette cerchie di esperti ci si rende conto dello studio e della applicazione che ha richiesto la costruzione del meccanismo burocratico moderno.

Degli itinerari storici che le concernono abbiamo una conoscenza circoscritta ed episodica per il periodo più antico; una conoscenza delle grandi linee per il periodo della formazione degli Stati, con qualche approfondimento in alcuni settori. Ciò perché solo in tempi recenti le ricerche di storia dell'amministrazione pubblica hanno assunto maggior metodicità; esse ci riservano molte sorprese, ma oggi siamo ancora lontani dall'aver cognizioni in misura che possa dirsi soddisfacente. Conosciamo invece meglio le vicende degli ultimi due secoli, ed esse costituiscono la parte principale della esposizione a cui ci accingiamo. Questa sarà svolta seguendo insieme i tre fili conduttori della vicenda, almeno per come ci interessa: realtà sociologica, elaborati della scienza, realtà giuridica: non è un metodo consueto, ma ci permette di procedere in modo più penetrante.

#### 4. *Le amministrazioni pubbliche negli ordinamenti generali del mondo antico.*

Delle amministrazioni del mondo antico, per la maggior parte delle civiltà che in esso ebbero vita, noi non possediamo che dei nomi, di preposti, diremmo oggi, ad uffici, con delle vaghe indicazioni di compiti. Qualche notizia in più si comincia ad avere per alcune città greche, specie per quelle più studiate, come Sparta. Il maggior numero di notizie lo abbiamo sempre per il mondo romano. Per questo lo possiamo assumere come rappresentativo dell'evo antico, e anche storicamente tale fu.

Se il mondo romano è quello che ci offre maggiori notizie, pure quanto povere sono esse! Ma che i Romani avessero sin dal più antico periodo repubblicano un'eccellente organizzazione ammini-

strativa, lo induciamo da un dato certo: l'eccellente organizzazione militare. I sociologi son tutti d'accordo su questo: che non v'è buona organizzazione militare senza corrispondente organizzazione amministrativa. Ora dell'organizzazione militare romana gli storici rilevano non tanto i successi bellici — sui quali influiscono troppi altri fattori —, quanto la capacità di sostenere lunghe campagne in ogni stagione dell'anno, la rapidità dell'organizzazione (e della riorganizzazione dopo le disfatte), l'alto livello tecnico dei reparti del genio militare, e così via. Tutti fatti amministrativi che postulano una salda amministrazione civile sottostante. Nel periodo imperiale l'organizzazione amministrativa dei Romani raggiunse dei risultati che solo nel XVIII secolo si riuscì di nuovo ad ottenere: così per i servizi marittimi, i servizi postali, gli ospedali, le terme, i teatri, l'annona, l'istruzione.

Come si spiega allora la povertà di fonti circa una così imponente organizzazione? La spiegazione che dava lo scorso secolo, che i Romani avessero un diritto amministrativo incognito (cioè di cui non si erano accorti), è inaccettabile, perché a tacer d'altro, tracce documentali pur dovrebbero essercene. La spiegazione deve essere cercata negli elementi di struttura degli ordinamenti giuridici dei Romani, tra i quali rilevanti ai nostri fini sembra siano i seguenti:

a) in primo luogo la presenza del lavoro servile. Una parte, che dovette essere cospicua, dell'odierno impiego pubblico, era disimpegnata da schiavi, sia pubblici, sia privati (schiavi delle persone titolari degli uffici). Dei *servi aerari* abbiamo ripetuta notizia dalle fonti. Dalla tarda Repubblica abbiamo anche notizia di liberti addetti agli uffici pubblici;

b) servi e liberti erano al servizio non della Repubblica o dell'Impero, ma dei singoli uffici: ossia il senato, i consoli, i questori, e poi l'*imperator* avevano ciascuno un'organizzazione propria, con funzioni serventi;

c) una speciale normazione per regolare i rapporti tra potere pubblico e privati non era necessaria, poiché per un lato la normazione comune era sufficientemente elastica per poter regolare molte sorta di rapporti, e per altra parte rapporti che oggi non si

sapre  
erano  
S  
quale  
do tu  
genera  
e i su  
rato o  
to tutt  
cioè d  
C  
senta o  
vi è, s  
uffici c  
ganizza  
te l'org  
soggett  
officia  
anche s  
ritti po  
rator:  
zione d  
servi.  
Si  
nistratic  
zione de  
pria, l'e  
officia s  
amminis  
mondo c  
importar  
di Cicero  
nistratio

Notiz  
ganizzazio  
mente rep

saprebbero concepire se non regolati da norme giuridiche, allora erano regolati da norme sociali o religiose.

Si deve dunque ritenere che un'organizzazione amministrativa, quale la vediamo noi nel mondo moderno, allora non esisteva, essendo tutt'uno con l'organizzazione costituzionale. Tra la collettività generale — i patrizi, e poi il *populus romanus*, nel nostro caso — e i suoi capi, non v'è l'intermediazione o il diaframma di un apparato organizzativo generale, essendo l'organizzazione dell'ordinamento tutta e solamente un'organizzazione di uffici supremi deliberativi, cioè di uffici costituzionali.

Questa struttura, che è chiara nel periodo repubblicano, presenta qualche complicazione nel periodo imperiale, perché in esso vi è, si dice correntemente, una burocrazia imperiale che ha molti uffici ormai stabiliti. In realtà ciò che è cambiato non è il tipo di organizzazione amministrativa, ma la costituzione, e conseguentemente l'organizzazione costituzionale; nell'ordinamento repubblicano i soggetti dell'ordinamento generale sono *cives*, e gli *officia* sono *officia* di *cives*; quello imperiale è un ordinamento di *subditi*, i quali, anche se ufficialmente si chiamano *cives*, non hanno in realtà più diritti politici. Per cui da un lato vi sono i sudditi, dall'altro l'*imperator*: l'organizzazione amministrativa resta pur sempre organizzazione dell'*imperator*, presso cui prestano servizio *liberi*, *liberti* e *servi*.

Si può dunque dire che tre sono i tratti caratteristici dell'amministrazione degli ordinamenti generali del mondo antico: l'indistinzione dell'organizzazione costituzionale, l'assenza di normazione propria, l'essere organizzazione e attività amministrativa da riferire ad *officia* singolarmente presi. In termini moderni, si direbbe che lo amministrare non si distingue dal governare; e del resto, per il mondo occidentale (identica è la situazione nei mondi asiatici), i più importanti testi che si possiedono (p. es. i *De officiis* e i *De legibus* di Cicerone) sono insieme precetti di buon governo e di buona amministrazione.

Notizie sull'organizzazione dei pubblici poteri, e quindi anche sull'organizzazione amministrativa delle collettività del mondo antico, sono facilmente reperibili sia nelle trattazioni di storia generale che in quelle di sto-

ria giuridica, e non è il caso di fare citazioni. In particolare quanto al modo con cui viene presentata l'organizzazione amministrativa dei Romani, va precisato che esso è solo un'esplicitazione in un ordine concettuale moderno di rilievi che sono impliciti nella trattatistica romanistica moderna.

Dobbiamo qui richiamare quanto si è esposto nella nota al § 1: sino ancora ai primi decenni di questo secolo, vi è stato nella scienza romanistica un filone che avrebbe voluto ricostruire l'esperienza giuridica pubblicistica romana secondo i moduli delle scienze del diritto costituzionale e del diritto amministrativo, assunti come universali. Or non è che i Romani « non conoscessero » il concetto di Stato o quello di organizzazione amministrativa; è che non potevano averli in quanto la realtà giuridica dei diversi loro ordinamenti che si seguirono nel tempo non aveva nulla di corrispondente allo Stato o all'organizzazione amministrativa statale. Sul problema si tornerà ancora nella nota al § 6. Comunque la posizione esatta è quella del F. DE MARTINO, nella *Storia della costituzione romana*, Napoli (5 voll., nelle varie ed. dal 1958). Molto felice e fertile appare la tesi ricostruttiva avanzata da R. ORESTANO, *Il problema delle « persone giuridiche » in diritto romano*, Torino 1968, che i Romani utilizzassero un diasistema, fondato su situazioni unificate con imputazione di relazioni giuridiche, molto più semplice e duttile dei sistemi o parasistemi dei diritti attuali, fondati sulle nozioni di persona giuridica, di organo, ecc. (secondo quanto si esporrà ai §§ 18 ss.

È da ricordare lo studio, sia pur diversamente angolato rispetto alla problematica esposta nel testo, di A. DELL'ORO, *I libri « de officio » nella giurisprudenza romana*, Milano 1960.

È da avvertire sin da ora — v. *infra* § 6 — che l'ordine concettuale generale che qui si usa deriva in larga parte da M. WEBER, principalmente da *Wirtschaft und Gesellschaft* (nella trad. it.: *Economia e società*, Milano 1968, ed. Comunità).

##### 5. *Le amministrazioni pubbliche negli ordinamenti generali dell'evo medio europeo.*

L'esperienza giuridica delle organizzazioni amministrative del periodo intermedio è molto ricca e variata.

Per es. è oggi diffusa l'opinione che sia importante l'Impero bizantino, in cui l'apparato amministrativo tende a separarsi dallo *officium* costituzionale, si articola in più ripartizioni, che si ordinano ciascuna al vertice con un suo capo, ossia sorgono settori di apparati che almeno tecnicamente corrispondono agli odierni ministeri. La esperienza bizantina peraltro va perduta, almeno secondo l'opinione più diffusa tra gli storici.

Molto più rappresentativa l'esperienza dell'età feudale, in quan-

to costituisce un caso, forse unico, di strutture in cui l'amministrazione pubblica coincide con un'amministrazione privata. Il feudatario ha, sulla terra, un *dominio* a contenuto patrimoniale, i cui caratteri giuridici variano a seconda dei tempi e dei luoghi; il dominio è mezzo finanziario per raccogliere uomini e mezzi per il sostentamento del feudatario e della collettività territoriale, per la difesa militare, per assolvere gli obblighi militari di somministrare uomini e mezzi al feudatario superiore. Il feudatario ha poteri civili e militari, normativi ed esecutivi, ma in sostanza amministra come un proprietario privato, sia pur controllato. Un siffatto ordine giuridico si spiega ove si tenga presente che in quel periodo l'Europa era attaccata da ogni parte (Normanni, Arabi, Saraceni, Ungari, Tartari), onde il fine pubblico supremo era la difesa militare.

L'esperienza feudale fu comunque breve, e storicamente venne a mescolarsi con un'altra ben più importante esperienza, che fu quella dei comuni. Il comune riprende, come costituzione, quella dei Romani del periodo repubblicano: un ordinamento giuridico di cittadini, che scelgono i capi della collettività. Vi è però una differenza importante, costituita dall'ormai diffusa applicazione dell'istituto della personalità giuridica.

L'idea di attribuire la soggettività giuridica ad un'entità astratta appare nella tarda esperienza romana; con i perfezionamenti che riceve nell'evo medio, soprattutto per opera dei canonisti, entra nel circolo degli strumenti giuridici di uso comune. La persona giuridica permetteva la continuità di gestione di patrimoni, di conciliare la povertà dei frati con la ricchezza dei conventi, di limitare la responsabilità degli associati a quanto apportato alla associazione facendo loro fruire i benefici dell'associazione, insomma si rivelò una invenzione utile quanto altra mai, per l'infinità di applicazioni possibili.

Con questo nuovo strumento, l'esperienza dei paesi europei si avvia in due direzioni: o attribuisce la personalità giuridica all'*officium*, ovvero entifica la collettività, nel senso che raffigura un ente nell'ordinamento costituito dalla collettività. La prima strada è quella che segue l'Inghilterra, la seconda quella che seguono i comuni nei paesi ove esistono. Talora si seguono sistemi compositi,

con attribuzione di personalità agli *officia* e alle collettività territoriali locali, e nell'insieme ne escono dei risultati molto complessi e interessanti.

In questo modo l'organizzazione amministrativa diviene organizzazione di persone giuridiche, dapprima come organizzazione amministrativa di enti, non diversi da quelli che, allora e oggi, sarebbero degli enti privati. Non tarda però a manifestarsi un processo di differenziazione tra enti privati comuni ed enti della sfera pubblica (ricorriamo a questa locuzione, perché di enti pubblici nel senso attuale non si può ancora parlare).

Le ragioni profonde della differenziazione sono due: le finanze e la guerra. Gli enti della sfera pubblica hanno bisogno, come ogni ente, di proventi; in parte essi li traggono dai propri patrimoni, che allora erano, oltre che vasti, rilevanti ai fini finanziari; in parte devono trarli da tributi dei membri della collettività. Quando la collettività è comunale, di uomini liberi, costoro pagano ma vogliono sapere come si spende; in più comuni troviamo infatti il rendiconto periodico degli uffici costituzionali; per cui si rende pubblico il costo dell'organizzazione.

Quando la collettività ha le dimensioni di un regno, contribuenti sono o signori territoriali o libere città, e allora costoro prima o poi patteggiano il tributo con la corona, facendosi riconoscere o attribuire libertà o diritti. Il più noto di questi patti è la Magna Charta dell'Inghilterra (1215), per i singolari sviluppi storici di cui fu origine; di essi è però piena l'epoca, anche se talvolta si presentano nella forma di concessione (*octroi*) unilaterale delle corone.

Quanto alla guerra va riconosciuto che, purtroppo, essa è stata, fino allo scorso secolo, la più importante determinante di progresso dell'organizzazione amministrativa. Le tecnologie dell'arte della guerra portavano costi sempre maggiori e quindi esigevano organizzazioni civili sempre più complesse ed efficienti.

Alcuni servizi amministrativi si svilupparono per esigenze di preparazione alla guerra, e tale tendenza è stata sempre crescente, talora fino a trasformare il carattere di certi paesi. Aggiungiamo che le organizzazioni amministrative civili attinsero sempre largamente alla tecnica delle organizzazioni militari.

O  
ni am  
stinte  
zione d  
parire i  
ciali in  
appaio  
me que  
D  
dei cor  
alla ba

6. F  
pu

Si  
no alle  
bliche,  
nistrati  
zativi c  
ambito  
sta al  
diverse  
in un  
comple  
acquisi  
*tributa*  
in mod  
tecipaz  
generic  
tuisce  
che è l

N  
proprio  
stituzio  
rialmer

Oltre che a differenziarsi da quelle dei privati, le organizzazioni amministrative tendono a stabilizzarsi, e ad assumere funzioni distinte da quelle degli organi costituzionali; significativa è l'adozione della denominazione di « procuratore », che comincia a comparire in questo periodo, e che indica uffici amministrativi aventi speciali incombenze i quali agiscono per conto dell'ente. Del resto appaiono anche altre denominazioni di uffici, ancor oggi in uso, come quelle di soprintendente, intendente, conservatore.

Delle due esperienze, la più interessante fu certamente quella dei comuni; alcune organizzazioni amministrative comunali stanno alla base di istituti dello Stato moderno.

6. *Formazione degli Stati e dei tipi strutturali di amministrazioni pubbliche.*

Sia che appartengano agli *officia* entificati, sia che appartengano alle collettività entificate, le organizzazioni amministrative pubbliche, anche se in fatto già differenziate da organizzazioni amministrative private, giuridicamente restano sempre apparati organizzativi di un ente, adibiti a render servizi: siamo cioè sempre nello ambito della nozione puramente culturale di amministrazione esposta al § 1. Prima o poi a seconda dei paesi, e anche per cause diverse, si avvera però questa vicenda (che sociologicamente consiste in un salto qualitativo): che l'organizzazione amministrativa come complesso, sia per le dimensioni che per i caratteri nel frattempo acquisiti (permanenza, professionalità, perizia tecnica), diviene *attributaria di parte del potere politico*. È inutile dire che ciò si avvera in modi molto diversi da paese a paese: ovunque però la partecipazione al potere politico — sia pur da intendere in maniera generica e senza implicazioni di precise formule giuridiche — costituisce *fatto caratterizzante di un nuovo tipo di collettività generali, che è lo Stato*, e che è il tipo storicamente ancor oggi vigente.

Nello Stato l'organizzazione amministrativa è *organizzazione propria* che si frappone tra la collettività generale e gli organi costituzionali: frapporsi significa, in termini generali, esistere materialmente con una propria individualità, e saranno poi le vicende

della storia a renderla or uno *strumentum regni*, or un *palladium libertatis*, or un diaframma tra collettività e organi di governo, or una individua forza politica.

Non si può indicare in modo preciso quando nasce la forma Stato: si ha ovunque un trapasso graduale dalle forme precedenti, spesso insensibile: certamente le guerre della fine del sec. XV spinsero Spagna, Francia e Inghilterra a costituirsi in Stati; in Italia si passò attraverso una forma di transizione che fu costituita dai principati, ma nel sec. XVII tutti gli ordinamenti dei paesi italiani erano degli Stati, ivi compresa la Repubblica di Venezia. La vicenda genetica si svolge quindi lungo un arco che va dalla fine del XV secolo sino al XVII.

L'organizzazione amministrativa propria costituisce dunque un elemento tipico degli Stati; a cui si accompagna un altro elemento che è la grandezza superiore alla misura umana. Gli ordinamenti cittadini erano tutti nella misura umana: essi, per un concorso di cause ancor discusse dagli storiografi, chiusero la loro esperienza con un fallimento.

Oltre a questi due tratti, non ve ne sono altri che siano comuni a tutti gli Stati. Come è un errore chiamare Stati gli ordinamenti generali di periodi storici non moderni, così è un errore credere che l'esperienza Stato esprima ovunque i medesimi valori sociologici, economici e culturali (c.d. regola dell'eterogeneità delle esperienze statali).

Questo spiega perché alla presenza di una organizzazione amministrativa propria non corrisponde un unico tipo di disciplina giuridica dell'organizzazione stessa: sotto l'aspetto giuridico (e anche sociologico) esistono più modi di regolazione delle organizzazioni amministrative dello Stato, ossia, brevemente, più *tipi strutturali* di amministrazioni statali.

I tipi strutturali si distinguono innanzitutto in ragione di elementi dell'organizzazione costituzionale. Ai nostri fini una distinzione importante è quella tra *Stati-ente* e *Stati-complesso coordinato di enti*. Nello Stato ente vi è una sola persona giuridica costituzionalmente rilevante, che è lo Stato per eccellenza, onde l'organizzazione amministrativa è organizzazione dell'ente. Nello Stato com-

plesso  
organi  
condo  
quanti  
dello S  
A  
Stato  
Stati d  
ad aut  
cipalm  
compo  
P  
to dell  
nistrati  
norme  
da nor

Vi  
« Stato  
mare S  
fa un  
ridica l  
atecnica  
concetto  
sociale  
origine  
1876) e  
rale, M  
a porre  
liana fr  
po' tro  
Ne  
stato u  
una ch  
ad indi  
lizzano  
cenda,  
zione c  
La  
collettiv  
zione a  
nota al

2. M. S

plesso coordinato di enti è attribuita la personalità giuridica a più organi costituzionalmente rilevanti, l'attività dei quali è ordinata secondo un disegno unitario, e vi sono tante distinte organizzazioni quanti sono gli enti, nel loro complesso costituenti l'organizzazione dello Stato.

Archetipo dello Stato ente è, storicamente, la Francia; dello Stato complesso coordinato di enti l'Inghilterra. Altri esempi di Stati di questo secondo gruppo sono oggi gli Stati federali e gli Stati ad autonomia regionale. La distinzione in questione ha rilievo principalmente per ciò che concerne i rapporti organizzativi tra le varie componenti del pubblico potere.

Più importante è un'altra distinzione, che si fonda sul contenuto delle norme che disciplinano l'amministrazione (e l'attività amministrativa pubblica); *esistono amministrazioni pubbliche rette da norme di diritto comune* (privato), e *amministrazioni pubbliche rette da norme di diritto pubblico*.

Vi è una diffusa tendenza astratteggiante a generalizzare il vocabolo « Stato », rendendolo equivalente ad ordinamento generale, e quindi a chiamare Stati anche gli ordinamenti generali anteriori al XV sec. Con ciò si fa un uso analogico di un termine indicativo di una realtà sociologico-giuridica ben individuata, che come tutti gli usi analogici, è innocuo in sede atecnica, può esser nocivo in sede tecnica. Altri autori invece seguono un concetto di Stato più ampio di quello qui accolto, ritenendo tale ogni « ente sociale » dotato di territorio-governo-popolo. Anche se questa concezione trae origine da P. LABAND (*Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Tübingen*<sup>1</sup>, 1876) e prosegue sino a S. ROMANO (*Principi di diritto costituzionale generale, Milano* 1945) e oltre, pure a noi par da respingere, poiché viene a porre sullo stesso piano la tribù degli Aranda (che fu una tribù australiana fra le più organizzate) e gli Stati Uniti d'America: il che ci pare un po' troppo richiedere al diritto.

Neppure è accettabile la concezione della Scuola pura, che vede nello stato un sistema di norme avente validità spazio-temporale, poiché anche una chiesa può esser tale, anche un'associazione internazionale; chè se poi ad individuare lo Stato tra i vari sistemi normativi spazio-temporali si utilizzano altri dati, si introducono elementi che fatalmente storicizzano la vicenda, ed allora è più semplice storicizzare direttamente, secondo la concezione che qui si è esposta.

La corrente di pensiero che identifica lo Stato, tra gli ordinamenti e le collettività generali, per la presenza di taluni tratti attinenti all'organizzazione amministrativa, risale, come è noto, a Max WEBER, nell'*op. cit.* in nota al § 4. Weber individuava questo tratto nella formazione della buro-

2. M. S. GIANNINI - I

crazia di mestiere. Gli fu successivamente obiettato che questa poteva essere una conseguenza; la discussione ha rilevanza soprattutto sociologica. La formula esposta nel testo sembra, almeno dal punto di vista giuridico, più precisa. Resterebbe da sviluppare il significato di compartecipazione al potere: ma si entrerebbe in una tematica che è di pertinenza costituzionalistica — per l'aspetto giuridico — e sociologica — con più precisione di sociologia del potere —. Una tematica particolarmente ricca e suggestiva, su cui sempre M. Weber ha lasciato delle analisi non ancora superate (pp. 207, vol. I, e 245 ss., vol. II).

Il pensiero ottocentesco, preoccupato soprattutto della difesa delle libertà del cittadino contro il potere del governante, non fu sensibile alle tematiche dell'organizzazione, che invece emergono nel nostro secolo con tremenda incombenza. Del resto nella tematica dello Stato ciascuno ha sentito i problemi del proprio tempo. Significativo l'approccio di coloro che iniziarono la teorizzazione dello Stato: Machiavelli (a cui si deve una delle moderne accezioni del vocabolo: O. CONDORELLI, *AG* 1923 (LXXXIX e XC), 223 e 77; V. E. ORLANDO, *Il nome di Stato*, ora in *Diritto pubblico generale*, Milano 1940, 185), e Bodin, nell'analizzare l'uno il potere-forza, l'altro la sovranità, sentirono il problema dello Stato in quanto governo, e del resto era questo, allora, il problema di massima rilevanza, dovendosi affermare lo Stato contro i particolarismi locali e settoriali dell'epoca.

Neppure è esatto vedere nel comune l'archetipo in piccolo dello Stato moderno. In sede giuridica non sempre lo Stato è un ente; in sede sociologica il comune è sempre un gruppo — e quindi un ordinamento — urbano; il « contado », la « villa », non conta (cfr. WEBER, *op. cit.*, II, 530). Giuridicamente gli Stati dell'Europa continentale hanno strutture complesse: talora hanno personalità la corona, i feudatari locali, le città (di qui il variare del gioco politico nei tempi e nei luoghi, con alleanze corona-città contro i feudatari, feudatari-città contro la corona, e corona-feudatari contro le città: ciascuno può riscontrare il susseguirsi di siffatte vicende nella storia interna degli Stati europei protagonisti).

Quanto all'eterogeneità delle esperienze che si esprimono nello Stato almeno sino al XX sec., è difficile comprendere come si siano potuti mettere insieme, p. es., la monarchia militare spagnola e la borghese Repubblica delle province unite (Olanda), del XVII sec.; come non vedere che il principio democratico in certi Stati persiste, sia pur in forme storiche proprie (p. es. Inghilterra), in altri è addirittura bandito (p. es. Francia). Quantunque la storia costituzionale di questi paesi sia estranea al tema, pure non può esser ignorata, e si vedrà che ha importanza per certe parti del diritto amministrativo.

La distinzione tra Stato ente e Stato complesso coordinato di enti è una distinzione di schemi, non di realtà storiche. Sociologicamente può anche avere importanza secondaria, specie in tempi più recenti, quando lo Stato complesso coordinato di enti può divenire una semplice varietà tecnica di strutture organizzative (v. § 47 ss.).

Sui tipi di Stato, da un punto di vista non molto diverso v. E. BUSSI, *Evoluzione storica dei tipi di Stato*, Cagliari<sup>3</sup> 1970.

7.

pubb.  
un gr  
la do  
rale.  
signifim'è r  
« pub  
qui ir  
sogget  
norma  
namer  
second  
norme  
porti,  
zione  
to ad  
teresse  
tivo —  
come è  
co in sIn  
necessa  
siano e  
lativi a  
pubblicLa  
bliche,  
a norm  
(più br  
storianIl  
ministra

### 7. *Tipo strutturale a normazione comune.*

La seconda distinzione tra tipi strutturali di amministrazioni pubbliche sarebbe abbastanza semplice, ma è stata complicata da un gruppo di giuristi, specie dello scorso secolo, i quali scambiarono la dogmatica dello Stato borghese ottocentesco con la teoria generale. Essi diffusero l'opinione che dire « amministrazione pubblica » significhi dire automaticamente materia di diritto pubblico.

A questa conclusione concorreva anche l'anfibologia che, com'è noto, inerisce, nei linguaggi giuridici dell'Europa, alla voce « pubblico ». Dei vari significati del vocabolo, ve ne sono due che qui interessano: quello soggettivo e quello normativo. Nel senso soggettivo « pubblico » significa pertinente alla collettività; nel senso normativo significa pertinente alla parte della normazione dell'ordinamento che è qualificata pubblica per certi suoi caratteri. Nel secondo senso un'entità giuridica è « pubblica » nella misura in cui norme dell'ordinamento qualificano taluni soggetti, fatti, atti, rapporti, ecc. come pubblici, ed altri come privati, al fine della produzione di taluni effetti giuridici. Ad es. il « mandato » che è conferito ad un membro della collettività affinché tratti alcunché di interesse della collettività può essere — secondo il significato normativo — di diritto privato o di diritto pubblico, a seconda del modo come è regolato dalle norme dell'ordinamento, ma è sempre pubblico in senso soggettivo.

In teoria generale del diritto pubblico è invece da dire che non necessariamente tutte le norme che disciplinano fatti amministrativi, siano essi relativi all'amministrazione organizzazione, siano essi relativi all'amministrazione attività, sono necessariamente di diritto pubblico. Vedremo che anche da noi, oggi, è così.

La distinzione tra i due tipi strutturali di amministrazioni pubbliche, quello retto da norme di diritto comune (più brevemente, a normazione comune), e quello retto da norme di diritto pubblico (più brevemente: a normazione pubblica), è teoricamente valida e storicamente esistita ed esistente.

Il tipo a normazione comune è contraddistinto dal fatto che l'amministrazione pubblica (organizzazione e attività) non possiede una

normazione propria, e per la parte che si potrebbe dire di vertice è retta dalla normazione di diritto costituzionale, mentre per l'altra parte è retta dal diritto che è comune ad operatori privati e pubblici. Questa parte è soprattutto quella concernente l'attività, ma comprende anche un settore, notevolmente ampio, dell'organizzazione.

Il diritto, o branca di normazione positiva, che diciamo « comune » non può essere che il diritto privato: la locuzione « diritto comune » è usata in un'accezione convenzionale, che non ha a che fare con il diritto comune della storia del diritto. In realtà dovrebbe dirsi, per evitare equivoci, tipi strutturali a normazione unitaria di diritto privato.

L'unitarietà della normazione tollera settori di normazione speciale, ossia può esser strutturata anche secondo il modulo diritto generale-diritto speciale. Come nel campo privatistico normazioni speciali furono quelle dei diritti statutari (delle persone) e del diritto commerciale, così nel settore pubblicistico vi fu il diritto del Fisco. Lo *jus fisci* non era l'odierno diritto fiscale o tributario, ma era il diritto (privato) che regolava i rapporti tra il Fisco e gli altri soggetti, ed il Fisco era lo Stato (o la corona) nel suo aspetto patrimoniale. Il Fisco si occupava quindi dei tributi (ma non di tutti), degli atti di disposizione e di amministrazione dei beni mobili e immobili dello Stato, di alcune spese quali quelle concernenti ciò che oggi diremmo i servizi di cassa, economato e provveditorato.

Erano i diritti positivi che disciplinavano il Fisco e la relativa attività, e ve ne furono alcuni che non lo prevedero affatto. Comunque la « fiscalistica » fu, sino all'800, una disciplina di un certo rilievo, soprattutto per la sua parte che oggi diremmo processuale, che concerneva i terribili *privilegia fisci*, contro i quali si levarono a battaglia tutti i giuristi dell'illuminismo, e che ancor oggi invero non sono tramontati.

Nella struttura a normazione comune gli istituti dell'agire amministrativo, in linea di principio, non si diversificano da quelli dell'agire del privato. Il consiglio di amministrazione dell'opera pia applica le norme proprie dei consigli d'amministrazione delle associazioni o delle fondazioni, la proprietà dell'ente pubblico è regolata dalle stesse norme della proprietà del privato, con qualche *privilegium*:

p. es  
del j  
garb  
uno  
taric  
essen  
uffic  
te as  
ciò c  
(ogg  
nost  
sete,

neg  
sarà  
ne,

si u  
di a  
può  
di r

pres  
fatti  
è r  
l'ad  
tem  
zior  
drei  
con  
st'e  
mer  
ritt  
fus  
ges

ma  
di  
diff

p. es. è imprescrittibile; l'obbligazione dell'ente pubblico è come quella del privato, magari con qualche privilegio, p. es. si paga quando garba al principe; la concessione è un contratto; l'impiegato pubblico uno *stipendiarius* della corona, il funzionario superiore un mandatario talora con rappresentanza (procuratore); come mandatario può essere anche un gestore di patrimoni, con obbligo di rendiconto. Altri uffici pubblici sono conferiti mediante appalto, talora perfino mediante asta pubblica; si considera del tutto normale che la corona gestisca ciò che oggi diremmo imprese: gli edifici di taluni « reali arsenali » (oggi diremmo però fabbriche, cantieri, opifici) ancora esistono nelle nostre città, e v'erano delle « reali manifatture » di porcellane, di sete, di cristalli, talune delle quali famose nella storia dell'arte.

Qualche volta al negozio di diritto privato viene sostituito un negozio « forzato »: la vendita forzata corrisponde a quella che poi sarà l'espropriazione, la locazione forzata corrisponde alla requisizione, alla precettazione, all'imposizione di prestazioni di lavoro.

Questi negozi forzati sono disposti talora dal giudice, ma talora si usa l'antico istituto romano dello *jussus*, in vari e spesso curiosi modi adattato o esteso: si reputa che il *princeps* ha lo *jus jubendi*, quindi può emettere dichiarazioni unilaterali produttive di effetti bilaterali di natura reale o obbligatoria.

La locuzione « tipo strutturale a normazione comune » non può esser presa alla lettera, perché sarebbe sbagliata: in questo tipo strutturale infatti vi è sempre un settore, più o meno ampio, in cui l'amministrazione è regolata da normazione di diritto pubblico (costituzionale). Coloro che l'adottarono, come S. Romano e Zanobini, vollero, in sostanza, dire che nel tempo e nello spazio sono esistite, esistono e possono esistere amministrazioni pubbliche che *nella loro attività* usano le stesse norme dei privati. Vedremo, nella parte concernente l'organizzazione, che in un diritto positivo come quello nostro, ispirato al tipo strutturale a normazione pubblica, quest'evenienza va acquistando dimensioni talmente consistenti da divenire elemento caratterizzante. È da aggiungere che tra i privatisti la locuzione « diritto comune » suscita qualche perplessità, a cagione della possibilità di confusioni con lo *jus commune* storico. V. tuttavia F. Wiacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1952.

Storicamente gli ordinamenti degli Stati, agli inizi furono tutti a normazione comune. Poi alcuni si svilupparono verso l'altro tipo strutturale, di cui si dirà al § seg. Il primo è rimasto in Inghilterra, e da questa è stato diffuso in tutti i paesi di diritto inglese. Ancor oggi, in tutto questo grup-

po di Stati, l'attività amministrativa è, per la sua massima parte, regolata dal diritto comune, che in Inghilterra è la *common law*. Lo strumento importante dell'attività amministrativa è la convenzione, nel senso di accordo tra autorità e privati circa l'esercizio di un potere dell'autorità. Accanto all'area regolata dal diritto comune vi è l'area regolata direttamente dal diritto costituzionale. È l'area che riguarda l'organizzazione dei poteri dello Stato, le relazioni con gli enti minori, ossia, genericamente, ciò che concerne i rapporti organizzativi (§§ 89 ss.). Vi sono però anche rapporti intersoggettivi regolati da norme di diritto costituzionale, principalmente quelli attinenti alla pubblica sicurezza e alla difesa. Per circostanze storiche collaterali, come p. es. la formula organizzatoria dei pubblici poteri e la presenza di un autentico controllo giudiziario, il tipo strutturale ha funzionato assai bene.

Quest'interpretazione generale dell'amministrazione inglese risale al classico A. V. DICEY, *Law of the Constitution*, London 1885 (v. però più recentemente W. I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, Cambridge<sup>2</sup> 1938). Sugli eventi costituzionali dalla « gloriosa rivoluzione del 1688 » a cui gli inglesi fanno risalire l'instaurazione dello Stato moderno, v'è una letteratura grandissima (ma si veda soprattutto H. LASKI, *Parliamentary Government in England*, London 1938). Il concetto di Dicey è che non c'è un *separate body of law* che regoli l'amministrazione, e che vige il principio che egli propose di denominare del *rule of law*, per cui vi è una « eguale soggezione » del cittadino e dell'agente pubblico alla legge ordinaria amministrata dai giudici: vi sono però appositi provvedimenti giudiziari (*mandamus, certiorari, habeas corpus*, ecc.) contro atti dell'amministrazione.

Oggi anche gli inglesi e gli americani parlano di un proprio « diritto amministrativo ». Vi era stato chi aveva tentato di costruire tale « diritto » alla stregua del *droit administratif* dell'Europa continentale; il più noto è F. J. GOODNOW, *Les principes du droit administratif des Etats-Unis* (trad. Jèze), Paris 1907. L'indirizzo non ebbe seguito; successivamente — in questo secolo — la legislazione positiva introdusse un certo numero — diremmo con nostri concetti — di procedimenti regolati e di procedimenti contenziosi dinanzi a speciali commissioni amministrative. Di qui un rafforzamento del « diritto amministrativo », inteso però come diritto speciale delle procedure giudiziarie e quasi giudiziarie nei confronti delle amministrazioni pubbliche. Fra gli scritti: D. L. WHITE, *Introduction to the study of public administration*, New York<sup>2</sup> 1939 (tr. it. 1959); J. HART, *An Introduction to the administrative Law*, New York 1940; J. C. ADAMS, *Il diritto amministrativo americano*, Bologna 1957. V. anche G. TREVES, *La giustizia amministrativa americana*, in *Studi Lessona*, Bologna 1963. La posizione più esatta è quella della Scuola di Londra, che intende tale diritto come un settore del diritto costituzionale, e come concernente il controllo giudiziario dell'amministrazione. Chiarissimo in tale senso H. W. R. WADE, *Diritto amministrativo inglese* (tr. it., Milano 1969).

8. *Tipo strutturale a normazione pubblica: forme del sec. XVIII.*

Il tipo strutturale a normazione pubblica si identifica, semplicemente, per il fatto che *l'amministrazione pubblica è regolata da una normazione propria*, appartenente al diritto pubblico. Stante quello che si è detto a proposito del tipo precedente, è superfluo avvertire che anche questa proposizione non va presa alla lettera, in quanto nel tipo strutturale a normazione pubblica esiste sempre una parte, grande o piccola, della normazione concernente l'amministrazione pubblica che è normazione di diritto privato, e anzi vedremo che ciò può dar luogo in diritto positivo a taluni non semplici problemi. La sostanza di questo tipo strutturale è che l'amministrazione pubblica, usando, nella propria azione e nella propria organizzazione, una normazione di natura pubblicistica, viene ad avere un *carattere fortemente autoritativo*: sono infatti pubblicistiche le norme che regolano le manifestazioni più importanti.

Questo tipo strutturale si forma lentamente: è un processo praticamente bisecolare.

Inizialmente, nello Stato assoluto del primo periodo, nei paesi dell'Europa continentale, si applica il diritto comune, in quanto non derogato dal « diritto creato dal principe ». È una forma ancor fluida, in quanto il diritto del principe può anche essere solo un diritto speciale rispetto al diritto comune. Però in Francia, Spagna e Austria comincia ad avere un contenuto pubblicistico. Dal punto di vista del diritto costituzionale, in questi Stati si ha un fatto di massimizzazione del principio giuridico, proprio degli ordinamenti carismatici, *quod principi placuit legis habet vigorem*. Il principio vale per tutto l'ordinamento giuridico, e per ogni settore di esso. Gli atti del principe non sono identificati se non per forme esterne, e sarebbe arbitrario distinguerli in atti normativi, amministrativi, ecc. (come si fece dai teorici dello scorso secolo), stante che in questi ordinamenti vige la regola dell'indistinzione dei poteri. Il principe, quando emana norme a contenuto pubblicistico, crea nuovi tipi di organi, di procedimenti, di provvedimenti; taluni vocaboli ancor restano nel linguaggio moderno: alcuni, come brevetto (piccolo breve), patente, ordinanza, con si-

gnificati in parte diversi da quelli di allora, altri come editto, rescritto, concessione, ecc., con il significato moderno.

Questa forma evolve, in alcuni degli Stati germanici e in alcuni degli Stati italiani (la Toscana, il Regno di Napoli), nello Stato « a diritto di polizia » (*Polizeirecht*), ove « polizia » si definisce per il suo significato, allora comune, oggi solo tecnico, di attività volta all'ordinata convivenza della collettività. L'ordinata convivenza è considerata come legata indissolubilmente alla promozione del benessere, onde l'attività di polizia diviene ovunque attività di benessere: il *Polizeistaat* è anche *Wohlfahrtsstaat*.

Nella sua sostanza, la normazione di questi Stati, il *Polizeirecht*, è la codificazione delle regole dell'assolutismo illuminato, o meglio è un tentativo in tal senso, perché i difetti e le limitazioni dell'assolutismo sono suoi difetti e sue limitazioni: p. es., gli enti ospedalieri sono istituzioni di beneficenza ai malati poveri non istituzioni per l'assistenza ai malati; i problemi dell'agricoltura sono ordinamento del catasto e opere pubbliche per regolare le acque, ma i contadini restano come erano; l'istruzione si deve diffondere ma la libertà d'insegnamento è da reprimere, e così via.

Lo Stato a *Polizeirecht* è molto complesso, specialmente nel suo contenuto giuridico (più semplice in quello sociologico). Indubbiamente una parte dell'attività amministrativa seguita ad esser regolata dal diritto comune (ed infatti ovunque rimane il Fisco, con tutti i suoi poteri); come pure vale il principio *quod principi placuit*, sia pure non massimizzato, com'è nello Stato assoluto puro che lo aveva preceduto.

La corona peraltro ha sempre dei poteri propri, che esercita insindacabilmente: talora il giudice non ha neppure giurisdizione sugli atti che ne costituiscono l'esercizio. Invece nelle materie regolate dal diritto di polizia la legislazione comincia ad ammettere la situazione soggettiva dell'interesse protetto, e questo costituisce un notevole passo avanti rispetto al periodo precedente, nel quale non si conoscevano che le situazioni di soggezione.

È indiscutibile che il non riconoscimento di diritti politici ai membri della collettività e l'esserci quindi uno Stato di sudditi e non di cittadini, affidava la realtà dell'azione dell'amministrazione

alla bu  
ogni m  
terra er  
È  
fervidis  
che ogg  
dine all  
verno, c  
slazione  
lizia in  
del diri  
austriac  
wissensc  
stica. L  
antica,  
tesoreria  
di enti e  
gole div  
dei fon  
per l'esp  
dell'amr  
che oggi  
litica ec  
scienze  
Ad  
della pe  
cuparsi  
temi fur  
la sanità  
il come  
tere e le  
divisa in

Per  
presente c  
è vero ch  
nel secol  
limitate, c

alla buona volontà e alla capacità del sovrano. Oltretutto mancava ogni meccanismo di controllo pubblico, come quello che in Inghilterra era dato dal parlamento e dalle elezioni.

È noto che l'età dell'illuminismo nacque sotto il segno di una fervidissima ripresa speculativa: nuovi indirizzi si ebbero in quelle che oggi chiamiamo scienza politica, economia e sociologia. In ordine all'esperienza statale fiorì la trattatistica sull'arte del buon governo, e vi fu chi, come il Filangieri, tentò una « scienza della legislazione ». Anche l'attività amministrativa, nei paesi a diritto di polizia in particolare, vide sorgere, come disciplina nuova, la scienza del diritto di polizia, i cui cultori furono essenzialmente tedeschi e austriaci; accanto ad essa sorse, sempre negli stessi paesi, la *Polizei-wissenschaft* (scienza della polizia), e prese nuovo vigore la cameralistica. La distinzione tra le due discipline non è affatto netta. La più antica, la cameralistica, prende il nome dalle *camerae*, organi di tesoreria e amministrazione dei patrimoni pubblici. Data la moltitudine di enti e di fondi patrimoniali del Sacro Romano Impero, vigevano regole diverse e complicate per le percezioni dei proventi e l'erogazione dei fondi; la cameralistica nacque perciò come una precettistica per l'esposizione di queste regole, ma divenne col tempo una scienza dell'amministrazione finanziaria, onde finì con l'occuparsi di materie che oggi noi studiamo in più discipline: la scienza delle finanze, la politica economica e finanziaria, la scienza dell'amministrazione e le scienze aziendalistiche.

Ad un certo punto la cameralistica si confonde con la scienza della polizia, la quale aveva ambizioni più vaste, perché volle occuparsi dell'intera cosa pubblica in quanto volta al benessere: i suoi temi furono quindi, oltre il pauperismo, la beneficenza, l'istruzione, la sanità ma anche il « come incrementare le industrie e i commerci », il come premunirsi « contro le carestie », il come « far fiorire le lettere e le arti ». La materia di questa ormai antica disciplina è oggi divisa in una quantità di discipline diverse.

Per valutare l'attività amministrativa di questo periodo occorre aver presente che essa si trova per la prima volta di fronte a problemi di massa; è vero che le dimensioni sono di gran lunga inferiori a quelle che si avranno nel secolo successivo, ma è vero pure che le risorse della tecnica erano limitate, essendosi in fase pre rivoluzione industriale. Questo spiega l'incre-

mento quantitativo che subiscono tutte le amministrazioni pubbliche, sia come organizzazione, sia soprattutto come attività.

Il principio *quod principi placuit legis habet vigorem* nell'ordinamento imperiale romano esprimeva una norma sulla produzione normativa, inserita in altre norme omogenee. Negli ordinamenti dell'assolutismo è norma sui poteri dell'organo costituzionale essenziale, che è la corona; onde non è possibile alcun raffronto tra le due realtà. Peraltro ancor non esiste un'analisi dogmaticamente soddisfacente dello Stato assoluto, soprattutto con riguardo alla costituzione materiale sua propria, con i suoi tropi (come quello del bene comune) e le sue norme organizzative (p. es. tutto per il popolo, nulla dal popolo).

Lo Stato a diritto di polizia era stato da noi denominato, in altre occasioni, tipo ad *actum principis*, volendosi significare che in esso vi è un settore regolato da norme ed un settore riservato agli *acta principis*; la denominazione si presta però ad equivoci, poiché anche negli altri tipi strutturali ricorrono *acta principis*, sia pur con diverso valore, e sembra preferibile usare la denominazione qui prescelta, anche perché storicamente si circoscrive agli Stati che abbiamo indicato.

«Polizia» vale qui come la classica *politia*, equivalente ad ordinamento della cosa pubblica. Stato di polizia aveva quindi all'origine un significato buono; poi ha assunto un significato odioso, per una ragione storico politica ben chiara: la polemica liberale dell' '800, cui faceva supporto un'ideologia astratteggiante e astorica, non seppe vedere che cosa esso rappresentava di progresso rispetto allo stato assoluto puro, e ne sentì e anzi subì solo l'aspetto deteriore, di non riconoscimento dei diritti dell'uomo e quindi di oppressione e aggressione delle libertà; donde la degradazione della nozione di polizia a quella odierna, e l'introduzione del «poliziesco», ancor oggi in uso. Si giunse fino a cancellare il ricordo del diritto di polizia e del *Wohlfartsstaat*. Su queste vicende v. MIGLIO, citato oltre.

Una delle matrici importanti del diritto di polizia, nei paesi germanici, fu anche il bisogno di affermare l'autorità dello Stato e di unificare discipline normative nei confronti dei «diritti» tradizionali di ordini professionali (*stände*), associazioni di «borghesi», municipi, piccoli potentati locali civili ed ecclesiastici, che con i loro diritti (in effetto privilegi) creavano incredibili intralci. Il «diritto municipale» fu un'altra delle discipline precettistiche che fiorirono nel secolo, per illustrare e spiegare le innumerevoli *chartae* e *bullae* su cui si fondavano i diritti delle città e dei borghi.

Sul diritto di polizia manca un'opera moderna, che ne rilegga la trama. Peraltro lo stato di polizia e in genere la situazione dei paesi tedeschi hanno formato oggetto di ricerche da parte di molti studiosi germanici. In Italia da parte di E. BUSSI, in molti scritti, tra cui si ricordano *I principi di governo nello Stato di polizia*, RTDP 1954, 812; *Stato, sudditi e sovrano nei giuristi tedeschi del XVIII sec.*, in *Annali Cagliari*, XXXVIII (1956); *Pensieri intorno alla libertà di un giurista tedesco del '700* (Henning), in *Scritti in memoria di Mochi Onory*, 1958, 399. In generale sulla storia costituzionale tedesca, F. HARTUNG, *Deutsche Verfassungsgeschichte von fünfzehnten Jahrhundert bis zum Gegenwart*, Stuttgart<sup>6</sup>, 1954.

Delle *camerae* un esemplare molto ammodernato ancor esistente è la Camera apostolica dell'organizzazione della Curia romana della Chiesa cattolica. Sulla scienza della polizia e sulla cameralistica vi è l'antica raccolta di R. von MOHL, *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, Erlangen 1855. Oggi si tende ad ampliare la vicenda della cameralistica, e vi si comprendono gli scrittori del '600, il maggiore dei quali fu V. L. von SECKENDORFF (*Teutscher Fürstenstaat*, 1656).

Effettivamente è difficile distinguere tra giuristi, cameralisti, e teorici della scienza della polizia, sia allora che oggi. Gli scrittori più significativi sono quelli del gruppo dei consiglieri giuseppini (di Maria Teresa e Giuseppe II: Hörnigk, Schröder; il più celebre è J. H. G. von JUSTI, *Grundsätze der Polizeiwissenschaft*, Göttingen 1756). Come movimento di pensiero, fu uno dei più importanti dell'Europa settecentesca, e negli scritti del Bussi e dello Schiera (v. oltre) sono illustrate molte delle personalità che vi parteciparono. L'ultima, fra le maggiori, fu J. von SONNENFELS (*Grundsätze der Polizei, Handlung und Finanzwissenschaft*, Wien 1765), la cui opera, per ampiezza e chiarezza, si impose, a Vienna, sino ai tempi della Restaurazione.

Su tutta la vicenda di pensiero esistono recenti apporti ricostruttivi, come quello di G. F. MIGLIO, *Le origini della scienza dell'amministrazione*, in *La scienza dell'amministrazione*, Atti del I convegno di studi del Centro studi amministrativi di Como, Milano 1957, il quale considera determinante l'influsso di Ch. Wolff; da ultimo lo studio di P. SCHIERA, *Il Cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Milano 1968 (Arch. FISÄ), il quale reputa che la cameralistica sia abbastanza ben individuabile rispetto alle altre discipline contemporanee, e sia da considerare come una scienza interdisciplinare volta allo studio della nuova esperienza dello Stato moderno in via di formazione.

Sulla formazione dell'amministrazione francese, v. P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris 1968.

#### 9. *Segue: lo Stato a diritto amministrativo.*

Facendo il punto della vicenda giuridica, alla fine del '700 la situazione è questa: l'amministrazione pubblica è apparato o del potere esecutivo (Inghilterra, Stati Uniti d'America), o della corona (nel senso oggettivo di ufficio del principe e non personale di regnante). L'attività dell'amministrazione è regolata o da un diritto comune (struttura statale inglese), o da un diritto pubblico generico (struttura statale dell'assolutismo puro), o da un ramo speciale del diritto pubblico (struttura statale dell'assolutismo illuminato). In tutte e tre le strutture, in modi diversi, or parziali or esclusivi or almeno dominanti, vi sono *atti autoritativi* dei pubblici poteri, i quali producono effetti giuridici che incidono nella vita dei soggetti, poiché li privano di liber-

tà o di beni, o ne restringono potestà, diritti e facoltà. Altra differenza sta nel fatto che i giudici in certi Stati conoscono di questi atti, non ne conoscono, o ne conoscono in parte.

La rivoluzione francese (integrata dalle rivoluzioni liberali successive) eliminò dalla scena le strutture dell'assolutismo pieno e dell'assolutismo illuminato, e introdusse una nuova struttura, che fu detta quasi subito « a diritto amministrativo »: questa è la sostanza dell'evento, che fu importante perché introdusse un nuovo tipo di Stato, il quale ha subito in seguito grandi cambiamenti costituzionali, ma ha conservato il tipo strutturale allora acquisito, sempre più perfezionandolo.

Lo Stato a diritto amministrativo è il risultato di una sintesi, che fu compiuta, tra appassionati e talor drammatici contrasti, da un gruppo abbastanza cospicuo di uomini, di ogni parte d'Europa, in particolare francesi e italiani, che si occupavano di diritto, ma erano insieme filosofi, politici, economisti ed educatori: nell'Italia del sud si chiamavano *legisti*, nome che l'autorità di Salvemini ha diffuso e generalizzato. Uomini tutti fortemente impegnati, che furono formatori di pubblica opinione ed elaboratori di nuove idee costruttive.

Lo Stato a diritto amministrativo assume:

— da quello inglese il principio costituzionale di divisione dei poteri, nella forma che allora era più diffusa (separazione necessaria e controllo reciproco di organizzazione); l'organizzazione amministrativa fa parte del potere esecutivo (v. oltre § 11);

— dalla stessa fonte assume l'idea del non arbitrio del potere pubblico, che elabora come principio del primato della funzione normativa, e ne deriva il principio di legalità dell'azione amministrativa (v. § 20 ss.);

— dal pensiero politico giuridico comune, enuclea il principio costituzionale dell'assolutezza della giurisdizione, da cui deriva il riconoscimento di situazioni giuridiche soggettive tutelabili dinanzi al giudice; e ne fa applicazione alle libertà e ai diritti fondamentali, creando la categoria dei diritti soggettivi a contenuto pubblico (v. § 159 ss.);

— dalla struttura statale dell'assolutismo illuminato assume l'idea della normazione pubblicistica speciale per regolare l'attività

dell'amministrazione pubblica, trasformando i poteri assoluti della corona in poteri dello Stato regolati dalla legge.

Viene così a costituirsi un nuovo « ramo » speciale del diritto pubblico, che è appunto il diritto amministrativo, come ramo ordinato in un sistema tendenzialmente compiuto, con suoi principi di materia e di settore, e suoi principi generali, al vertice coincidenti con i principi costituzionali.

Il diritto amministrativo deriva quindi dal confluire delle tre maggiori esperienze politico giuridiche europee dell'epoca (inglese, francese, austriaca) e dà vita ad un'esperienza nuova, fondata sul concetto dell'autorità dello Stato, a cui adatta quanto delle esperienze matrici conserva: il funzionario della corona diviene così funzionario dello Stato, l'organo della corona organo dello Stato, la gerarchia degli « ufficiali » pubblici gerarchia degli uffici, l'atto del principe provvedimento amministrativo, la forza dell'atto diviene imperatività del provvedimento, la coercibilità dell'osservanza dell'atto del principe dà vita all'autotutela, e così via.

Ci si è chiesti perché la Francia rivoluzionaria non si modellò sull'esempio inglese, da cui già aveva tratto tanti elementi (divisione dei poteri, governo responsabile, bicameralismo, ecc.) ed « inventò » un diritto amministrativo. È un problema storico ancor discusso. La spiegazione più diffusa è che esso nacque dalla reazione termidoriana e da Napoleone, e non dalle costituzioni rivoluzionarie anteriori. Distrutti tutti i privilegi di enti locali, di classi e di ordini professionali, i forti fenomeni disgregativi del periodo tra il 1789 e il 1797 e le necessità della guerra avrebbero spinto a ricostituire una forte amministrazione statale centrale e locale, organo primario della quale furono i prefetti. Geneticamente il diritto amministrativo sarebbe l'aspetto giuridico della vicenda illustrata dagli storici, della borghesia che preso il potere lo difende usando leggi autoritarie contro le insidie delle classi spodestate e contro i fermenti delle classi subalterne.

Chiedersi perché non fu adottato il tipo strutturale inglese, vagheggiato allora, dopo, e ancor oggi, da tanti illustri ingegni, è una domanda retorica. In Europa continentale mancavano tutte le premesse sociologico giuridiche perché si potesse affermare un siste-

ma come quello inglese, che aveva dietro a sé quattro secoli di lotte furibonde, e da un secolo aveva raggiunto quell'equilibrio che lo ha accompagnato sino ad oggi.

Le opinioni sull'origine del diritto amministrativo sono varie. La più diffusa, e ne è incomprendibile il perché, è che esso sia un portato dello « Stato di diritto »; è palesemente falsa, perché anche gli Stati del gruppo angloamericano sono Stati di diritto, e non hanno diritto amministrativo. Eguale giudizio vale per coloro che la collegano all'adozione del principio della divisione dei poteri.

Avvertasi che spesso, a proposito dello Stato di diritto, si assiste ad una inversione di argomenti: la nozione fu introdotta per spiegare la posizione giuridica dei membri della collettività generale nei confronti dello Stato: essa si riferiva a due soli degli elementi della costituzione statale, volendosi dire che i membri della collettività sono *cives* e non già dei *subditi*, come invece era nel *Polizeistaat*, e che correlativamente lo Stato deve agire sulla base della legge. Avvenne invece che essa fu poi utilizzata per definire altri elementi dello Stato, come l'esserci una costituzione che garantisse le libertà e i diritti fondamentali, e poi ancora, con O. Mayer, seguito da W. Jellinek, F. Fleiner, e altri, l'esserci un ordinato diritto amministrativo; per R. von GNEIST (*Der Rechtsstaat*, Berlin 1879), oppure per F. D'ALESSIO, *Dalla dichiarazione dei diritti dell'uomo al moderno Stato di diritto*, Roma 1915, e poi in *Scritti Romano*, Padova 1940, I, 493, e per R. THOMA, *JöR*, 1910, (IV), 196, l'esservi un sistema di giustizia amministrativa; oppure (P. BODDA, *Lo Stato di diritto*, Milano 1935), l'esserci il riconoscimento dei « diritti pubblici soggettivi », ecc. Senonché tutti questi tratti sono effettivamente posseduti dagli Stati dell'Europa continentale, ma non da quelli del gruppo angloamericano, sicché non servono ai fini della determinazione della nozione. Si aggiunga che l'identificazione dello Stato di diritto con lo Stato avente un diritto amministrativo servì molto bene a contrabbandare la tesi che anche gli Stati fascisti fossero Stati di diritto.

Lo stesso discorso vale per la tesi, molto diffusa in Germania, della successione dei grandi tipi di Stato: giurisdizionalista (*Justizstaat*), di polizia, di diritto, sociale (per la letteratura e per una più convincente prospettiva, A. M. SANDULLI, *Verso lo Stato sociale*, in *Stndi centenario Corte dei Conti*, Milano 1963).

Siffatte categorizzazioni non servono a nulla, perché l'esperienza degli Stati non è mai riducibile a formule semplici. Si avverta infine e comunque, che la locuzione ha valore solo nomenclatorio.

Tra le tesi più recenti sul significato del diritto amministrativo, merita menzione quella di E. GARCIA DE ENTERRIA, *Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario*, *RTDP* 1960, 317, il quale vede nel diritto amministrativo una normazione *estamental* analoga a quella che nell'èvo medio possedevano alcune classi o ordini professionali. Tesi suggestiva, a cui va però obiettato che le amministrazioni pubbliche non agiscono come un gruppo corporativo. V. in proposito V. OTTAVIANO, *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, *RTDP* 1964, 912.

10.

nati  
veniv  
l'am  
Guyeè del  
1800  
le is  
di d  
1817  
strat  
zion  
alloi  
appa  
e de  
domcant  
post  
cam  
sette  
blic  
que  
nap  
in e  
furo  
che  
filos  
tarc  
tun,

sors

10. *La scienza del diritto amministrativo e la scienza dell'amministrazione nel sec. XVIII.*

Il diritto amministrativo, nella Francia e nei paesi da essa dominati o influenzati, subito suscitò l'attenzione dei giuristi. Nel 1800 veniva emanata una legge (28 piovoso VIII) sull'organizzazione dell'amministrazione statale; nel 1810 il *Repertoire de jurisprudence* Guyot introduceva, ad opera del Merlin, la voce *Acte administratif*.

La prima elaborazione di diritto amministrativo che si possiede è del Romagnosi, uno dei maggiori giuristi-politici europei del primo 1800 (*Principi fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Milano 1814). Nel 1819 si istituiva a Parigi la cattedra di *droit public et administratif*, per il De Gérando, ma già nel 1817 Macarel aveva pubblicato la prima opera di giustizia amministrativa (*Eléments de jurisprudence administrative*). La Restaurazione sopprime la cattedra di Parigi, ma nel 1828 la restituì; da allora si diffusero cattedre, trattati e corsi; fra il 1830 e il 1844 apparvero le opere, sempre in più volumi, dei due autori ora citati e del Cormenin, le quali diedero alla scienza francese una posizione dominante fra i paesi dell'Europa continentale non germanica.

Romagnosi, nella sua grandissima produzione, ritenne che accanto alla scienza giuridica del diritto amministrativo si dovesse far posto ad una « scienza dell'amministrazione ». In effetti essa era la cameralistica, la scienza della polizia e tutto il complesso delle scienze settecentesche applicato alla nuova realtà dell'amministrazione pubblica. Però i paesi che più coltivarono questa scienza, e ancora quelle del precedente secolo, furono i paesi germanici; in periodo napoleonico e ancora dopo il fallimento dei moti liberali del 1848, in essi si ebbe una straordinaria fioritura di studiosi, oggi obliati, che furono tutti sollecitati dai problemi delle riforme sociali e politiche che gli ambienti culturali reclamavano, sotto lo stimolo dei politici-filosofi del liberalismo. Il maggior esponente di questi scrittori venne tardi, e fu Lorenz von Stein, al quale si deve un'enorme *Verwaltungslehre* in 10 volumi, cominciata a pubblicare nel 1865.

Invece la scienza del diritto amministrativo nei paesi germanici sorse solo verso la metà del secolo, come riflesso della scienza fran-

cese (von Mohl). Il perdurare dei moduli scientifici settecenteschi e il tardivo svilupparsi della *speculazione giuridica* si spiegano considerando il carattere profondamente conservatore delle classi dominanti in tali paesi nella prima metà del secolo, e quindi il ritardo dell'introduzione dello stesso diritto amministrativo.

Da rilevare che il diritto amministrativo, in Francia e nei paesi della sfera d'influenza francese, subì una recessione con la Restaurazione e anzi si ebbe un interessante fenomeno: si tentò di costruire un diritto amministrativo e una scienza del diritto amministrativo in chiave autoritativa. L'indirizzo in Francia fallì subito, perché già sotto la Restaurazione la borghesia aveva ripreso voce, e i fatti del 1830, con la formazione del Belgio, mostrarono quali fossero i suoi canoni giuridici. In Italia similmente non riuscì, perché la scienza non condivise l'indirizzo autoritario dei governi preferendo spesso le vie dell'astrazione: esempio notevole di questo fu il napoletano G. Manna, il cui *Diritto amministrativo* è del 1840.

Romagnosi insegnò « scienza delle costituzioni » a Pavia; indi fu chiamato, nel 1809, a Milano, ad incarichi di consulente governativo, ed ebbe altresì la cattedra di « alta legislazione » in una Scuola speciale. Nel 1817 il governo austriaco soppresse la scuola e la cattedra. Su Romagnosi giurista occorrerebbero indagini più appropriate. Cfr. comunque, tra le opere recenti, E. SESTAN, *Introduzione*, in *Opere di G. D. Romagnosi*, C. Cattaneo, G. Ferrara, Napoli s.d. ma 1957; *Atti del convegno di studi in onore di G. D. Romagnosi*, in *Studi Parmensi* 1961.

Sulla formazione del diritto amministrativo e della relativa scienza, v., per la parte informativa (mentre per la ricostruzione delle vicende storiche vale quanto qui spiegato) M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, *Studi Sassaresi* XVIII, 1940. V. anche B. DENNEWITZ, *Die Systeme des Verwaltungsrechtes*, Hamburg 1948 (il quale, pur avendo consapevolezza della storicità del diritto amministrativo, ritiene di poter chiamare diritti amministrativi anche i « sistemi » anteriori al sec. XIX).

Per la scienza dell'amministrazione, v. anche il § 19.

L'opera di L. von Stein è oggi rivalutata, per effetto delle nuove realtà, ed egli è, p. es. dal Miglio, considerato un precursore. Ai suoi tempi fu vilipeso, come confuso espositore di discipline eterogenee, dai seguaci del c.d. metodo giuridico. Il von Mohl di cui qui si parla è quello stesso che ha scritto della cameralistica, cit. nella nota al § 8; il suo pensiero fu contraddittorio, perché egli fu insieme fautore della scienza della polizia e introduttore della scienza del diritto amministrativo in Germania.

CAPITOLO II  
AMMINISTRAZIONE E DIRITTO AMMINISTRATIVO  
NEI SECOLI XIX E XX

11. *L'amministrazione statale nella teoria della tripartizione dei poteri.*

Dagli inizi dello scorso secolo, quando nacque, sino alla metà circa di questo secolo, il diritto amministrativo, si può dire metaforicamente, è vissuto sotto le ali della teoria della divisione dei poteri, nella formulazione specifica della teoria della tripartizione dei poteri, quale fu presentata da Montesquieu, e sviluppata già nel sec. XVIII dai politologi successivi.

Diamo per presupposta la conoscenza di questa teoria, limitandoci ad alcuni rilievi che riguardano l'amministrazione pubblica.

Sia Montesquieu sia gli autori contemporanei e successivi, ivi compresi i cameralisti e i teorici della *Polizeiwissenschaft* si occuparono diffusamente di talune attività amministrative pubbliche, ma nessuno di costoro ebbe consapevolezza dell'amministrazione come organizzazione. Del resto i tempi non erano maturi per la speculazione scientifica concernente la materia degli apparati organizzativi, che avrà inizio solo in questo secolo.

Però non sarebbe neppure esatto censurare questi autori — come è avvenuto in tempi a noi più vicini —, per aver proceduto ad una analisi incompleta della realtà: se non fu registrata la presenza della organizzazione amministrativa, è che questa presenza non appariva. Nello Stato assoluto, in tutte le sue varietà, l'amministrazione pubblica era l'apparato della corona; ma anche nello Stato inglese, che formò oggetto precipuo dell'analisi dei nuovi teorici, essa si presentava come apparato del congiunto corona-governo. E siccome tale congiunto, nella teoria che si andava proponendo e sviluppando, era

il « potere esecutivo », ne derivò che anche negli Stati che si formarono sulla base delle nuove teorie, l'amministrazione pubblica restò inserita nel potere esecutivo. Così avvenne nel modello « repubblica presidenziale » che adottarono gli Stati Uniti d'America nella loro costituzione del 1787, così avvenne nei modelli preparlamentari, monarchico costituzionale e parlamentare, che adottarono i diversi paesi europei, nelle tumultuose vicende di fine del '700 e della prima metà dell' '800.

Ancora: ai giorni nostri c'è chi ha ritenuto che nell'inquadrare l'amministrazione statale nel potere esecutivo si sia sottovalutato il ruolo che le pubbliche amministrazioni ovunque svolgevano e ancor più avrebbero svolto nel sec. XVIII. Ma anche questa critica è, dal punto di vista giuridico, fuori fuoco: la teoria della tripartizione dei poteri era, voleva essere, ed in effetto è stata, una teoria non solo politica, ma anche giuridica. In essa il « potere esecutivo » si concepiva come un potere necessariamente indipendente dagli altri poteri, ed il fatto che esso si articolasse in taluni organi costituzionali (vari a seconda del tipo di costituzione) e negli organi che componevano l'amministrazione statale, veniva a dare a quest'ultima *una posizione giuridica di diritto costituzionale*, che certamente non esisteva negli Stati del periodo precedente, o meglio, negli Stati che non avevano una costituzione ispirata alla regola della divisione dei poteri.

Non si possono pertanto imputare alla teoria intendimenti che certamente non aveva. La critica che ad essa si può fare è solo quella che attiene alla sua validità scientifica, sul piano politico e su quello giuridico. E sarà fatta in questo secolo (v. oltre, § 17).

## 12. *L'amministrazione pubblica nello Stato borghese.*

Diverso è invece il valore di detta critica sul piano politico sociologico. Certamente infatti le amministrazioni pubbliche, dello Stato e degli enti pubblici, divengono, con i primi decenni del secolo XVIII, un fattore di progresso civile di importanza determinante, il cui ruolo supera quello di articolazioni del potere esecutivo che è loro assegnato dai giuristi. Sociologicamente si riscontra una piena corrispondenza tra livello di civiltà di un paese e livello di efficienza

della di lui amministrazione pubblica. Rilievo, questo, che vale sia per gli Stati a normazione comune sia per gli Stati a diritto amministrativo.

Questo perché, malgrado le differenze di struttura costituzionale e amministrativa i due tipi di Stati sono sociologicamente eguali; possono anche presentare sensibili differenze di struttura sociale, ma sono sempre degli Stati borghesi.

Per Stato borghese, o liberale, o monoclasse, od omogeneo (nomi che variano a seconda delle teorie) si intende quel tipo politico di Stato che si ebbe nel secolo XVIII, il quale riconosce il principio di eguaglianza ma attribuisce i diritti politici solo a quei cittadini che pagano imposte dirette oltre un certo livello, e, più tardi, che hanno un titolo di studio di un certo livello; la base politica dello Stato liberale è quindi e comunque censitaria. Il concetto è che può partecipare alla cosa pubblica solo chi è libero, e per essere liberi occorre non dipendere da altri per la propria vita. Oggi è chiaro il sofisma di questa concezione, che pure fu un principio di costituzione materiale.

I due opposti principi che reggevano lo Stato liberale, di eguaglianza giuridico formale e di disuguaglianza politica, ebbero però sviluppo diseguale; nei paesi a diritto amministrativo predominò il secondo, e la normazione amministrativa fu prevalentemente autoritativa. Peraltro la tendenza trovava un limite logico nei principi del sistema costituzionale in cui operava: stanti i principi costituzionali del nuovo tipo di Stato, la normazione amministrativa autoritativa doveva esser tale da non superare il limite di rottura del sistema. In particolare il principio dell'assolutezza della giurisdizione e di riconoscimento delle libertà e dei diritti fondamentali non potevano operare che in senso antiautoritario. La normazione del diritto amministrativo aveva quindi, potrebbe dirsi con metafora, due poli, l'uno volto a presidiare l'autorità, l'altro a presidiare la libertà. A seconda delle forze operanti nella storia, essa ha oscillato or verso l'uno or verso l'altro polo.

In Francia, e in altri Stati continentali, il polo autoritario prevalse nel periodo della Restaurazione, la quale conservò del diritto amministrativo l'accentramento, l'uniformità delle strutture, la sem-

plificazione delle procedure. Con l'affermarsi dello Stato propriamente liberale si ebbe un'oscillazione verso il polo opposto: prima o poi si introdussero nella normazione amministrativa due importanti innovazioni: il potere municipale e il contenzioso sulle controversie amministrative. In ordine alla seconda, si deve ricordare che uno dei primi provvedimenti della II Repubblica francese fu la restituzione al Consiglio di Stato di funzioni giurisdizionali dirette (delegate, si diceva nell'ordine concettuale dell'epoca). Come è sempre storicamente successo in tali casi, l'introduzione di efficienti tutele giurisdizionali ha stabilizzato la normazione amministrativa in senso più favorevole alla libertà; in particolare ha permesso di *costruire un sistema del diritto amministrativo*. Né in Francia né altrove i legislatori ebbero mai la forza di codificare i principi del diritto amministrativo (non ne avevano neppure la convenienza politica); fu quindi la giurisprudenza che intervenne (e non poteva non farlo, se voleva assolvere il suo compito). Per questo il diritto amministrativo è stato un *diritto precipuamente giudiziale*, nell'elaborazione dei suoi principi, e tale è in buona parte ancor oggi.

Si può anzi osservare che la cronistoria del diritto amministrativo vede ovunque una cesura tra il prima e il dopo il raggiungimento della « soglia di consistenza » da parte della giurisdizione amministrativa. Prima la normazione è fortemente disorganica, e la scienza è nella fase divulgativa, secondo l'idea di M. Hauriou, o meglio, forse, descrittiva. Dopo, la normazione comincia ad organizzarsi, e la scienza ad acquistare consapevolezza. Del periodo di prima pochi sono i nomi e i fatti che siano degni di esser ricordati. Il periodo di dopo inizia in Francia, se lo si vuol puntualizzare, intorno al 1870.

Nel frattempo si è però avverato un fatto importante: che l'elaborazione della pandettistica ha raggiunto il diritto amministrativo, e i giuristi tedeschi aprono quell'indirizzo che con il nome ontologicamente impreciso ma storicamente definito di « metodo giuridico », doveva dar luogo alla costruzione di un sistema di ordini concettuali destinato a durare quasi un secolo.

Il carattere censitario dello Stato liberale è sempre stato noto, ma perfino autori come Kelsen e S. Romano non ne hanno avvertito l'importanza: in altre parole quasi tutti i giuristi che hanno scritto prima che si intro-

duce  
corti  
dem  
ritti  
pass  
dual  
due

stizi  
men  
ché  
il qu  
réte  
caso  
stess  
trad  
fase

13.

giur  
la c  
men  
zial  
che  
app  
cor  
iniz  
ger

sec  
Sci  
l'ar  
ess  
inv  
pu

tar  
do

ducesse e si adottasse la nozione di costituzione materiale, non si sono accorti che lo Stato censitario ha una logica poco affine a quella dello Stato democratico, ossia dello Stato in cui tutti i cittadini hanno realmente i diritti politici. Se ne vedrà meglio oltre, nel testo, al § 15. Se è vero che il passaggio dallo Stato censitario a quello democratico è quasi ovunque graduale, è tuttavia pur vero che la differenza, sociologica e giuridica, tra i due Stati è profonda, anche per la normazione amministrativa.

L'apertura del diritto amministrativo verso il municipalismo e la giustizia amministrativa avvenne anche gradualmente. Da rilevare che specialmente la seconda era rimasta un'enunciazione, nel periodo napoleonico, poiché giudice delle controversie amministrative era, formalmente, l'Imperatore, il quale decideva su avviso del Consiglio di Stato: il che si chiamava *justice retenue*. I giuristi francesi sotto'ineano che non solo non si registrò mai un caso di decisione difforme dall'avviso del Consiglio di Stato, ma che questo stesso inventò un regolamento interno in cui accolse il principio del contraddittorio. Anche sotto il Secondo Impero si tornò alla *justice retenue*, e la fase moderna del Consiglio di Stato francese ha inizio nel 1872.

### 13. *La scienza del diritto amministrativo nello Stato borghese.*

La nuova realtà che si andava costruendo e la richiesta dei giudici di avere principi giuridici e non descrizioni morfologiche pose la dottrina dinanzi ad uno dei suoi problemi periodici di rinnovamento. Si ebbero due indirizzi, l'uno prevalentemente giurisprudenziale, che fu il francese, l'altro prevalentemente teorico e dogmatico, che fu il tedesco. Ambedue mossero da una metodologia comune: applicare al diritto pubblico, in particolare amministrativo, l'ordine concettuale elaborato dalla scienza del diritto privato; in Francia iniziò il Batbie, anche se doveva essere il Laferrière, con le sue opere generali e particolari, a dominare la scena per molti decenni.

La scienza giuridica tedesca era venuta alla ribalta, nello scorso secolo, dapprima con la Scuola storica, poi con la Pandettistica. La Scuola storica ebbe importanza minore per il diritto pubblico, e per l'amministrativo quasi nulla, poiché in Germania, come si è visto, esso era fino a metà secolo minuscola cosa. La Pandettistica ebbe invece importanza decisiva: fece acquisire alle scienze del diritto pubblico la scientificità della propria esperienza (Piovani).

La caratteristica della dottrina tedesca fu nettamente autoritaria, ciò che corrispondeva all'epoca storica (si era nel quarantennio dominato dalla figura di Bismarck) e al modo stesso in cui lo Stato

borghese aveva preso piede in Germania (con una evoluzione lenta e pacifica). All'origine del carattere autoritario della giuspubblicistica tedesca è la costruzione della nozione di Stato come persona giuridica primaria, titolare della sovranità. Di qui la costruzione dei fenomeni giuridici più disparati come problemi afferenti allo Stato ente: basti pensare alla teoria dei diritti pubblici subbiettivi intesi come riflesso del diritto obiettivo o alla dottrina della proprietà pubblica intesa come proprietà individuale dello Stato ente.

Oggetto di studio dei giuristi tedeschi fu inizialmente il « diritto pubblico », nel quale solo poi si distinsero diritto costituzionale e amministrativo, senza peraltro mai separarsi. Principalmente ad opera di studiosi come Laband, G. Jellinek senior e Otto Mayer venne fuori una grandiosa costruzione teorica, che ancor oggi viene da molti accettata. Tale costruzione fu concepita con un carattere nettamente universalizzante.

In realtà essa fu il prodotto di precise istanze storiche, nel senso che i suoi autori furono, in politica, dei liberali, i quali vollero convincere l'opinione del proprio paese che esisteva una « costruzione scientifica » del diritto pubblico, e che la si doveva adottare se si voleva dare alla Germania, anche nel campo giuridico, quel primato che sembrava stesse ovunque conquistando. Ciò era altresì l'applicazione alla scienza giuridica di quell'atteggiamento culturale che caratterizzò la grande esplosione di pensiero dei paesi germanici nello scorso secolo.

La valutazione odierna della costruzione teorica che interessò il diritto pubblico, e l'amministrativo in particolare, rientra nella valutazione della pandettistica in generale: elaborando delle teorie che presentavano un « diritto » senza tempo e senza spazio, valido ovunque e sempre, essa costruì un diritto astorico, cioè una creatura impossibile perché il diritto è nella storia. Essa però ha formulato in modo sottile un cospicuo numero di concetti giuridici, che per essere stati impiegati dagli uomini lungo l'arco di una tradizione plurimillenaria, in paesi che per ragioni storiche si trovarono a contribuire più di altri alla formazione di un comune patrimonio di pensiero, si presentano come concetti entro certi limiti costanti degli ordinamenti giuridici,

e quindi formano la teoria generale del diritto, che ha anch'essa una sua storicità e non è una entità trascendente.

Per rendere conto del punto di astrazione storica che contrassegnò l'indirizzo, basti considerare il modo con cui esso concepì il diritto amministrativo. Non tanto in O. Mayer, che fu istintivamente vigilato, quanto nei seguaci, si ritenne che tutti gli ordinamenti generali fossero degli Stati, e che a tutti si potesse applicare la divisione delle funzioni, per cui sempre e ovunque le amministrazioni pubbliche fossero da ritenere apparati del potere esecutivo, con la conseguenza che un diritto amministrativo sarebbe sempre esistito, anche se la scienza non era stata capace di enuclearne la presenza (c.d. diritto amministrativo incognito). Vennero così fuori gli atti amministrativi dei consoli e degli imperatori romani, i *publicani* e le corporazioni del periodo intermedio come « esercenti privati di pubblici servizi »; ci si chiese se i rescritti degli imperatori romani o di Luigi XIV potessero dirsi « atti formalmente amministrativi ma sostanzialmente legislativi », se i comuni medioevali avessero « autonomia » o « autarchia », si discusse seriamente a chi spettasse la sovranità nella *polis* o nei regni barbarici, e via di seguito. Quando si fece presente che Inghilterra e Stati Uniti non avevano diritto amministrativo, vi fu chi non ebbe dubbi nel rispondere che questi erano paesi giuridicamente in via di sviluppo.

A parte le punte grottesche, l'indirizzo ebbe nel suo interno fervidissima vita, e dominò per oltre mezzo secolo, ponendo ai margini qualche personalità contrastante; seguì a dominare anche dopo, ma in tono minore. Lo Stato democratico, lo Stato a regime misto, lo Stato fascista, ossia ogni forma che successe allo Stato liberale censitario, poté applicarlo a se stesso, per bocca dei giuristi dell'epoca.

L'indirizzo influenzò profondamente i giuspubblicisti italiani di fine secolo, la cui situazione era simile a quella dei tedeschi. È vero che la scienza italiana sentì profondamente anche l'indirizzo francese, ed anzi ebbe in Cammeo e in Forti dei tipici giuristi giurisprudenzialisti; però dominante fu, anche in costoro, l'apporto pandettistico. In particolare si ricorda che V.E. Orlando, nelle sue prolusioni del 1885-89, annunciò come programma della nuova scuola

la « ricostruzione giuridica del diritto pubblico », e poi introdusse la locuzione « metodo giuridico » per indicare il metodo della pandettistica, il quale doveva « espungere ogni considerazione politica sociologica ed economica » dalla scienza del diritto.

Quanto alla Francia, vanno ricordati: A. P. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris 1868, in 7 volumi, e già prima in *Introduction générale au droit public et administratif*, Paris 1861, adottò decisamente le partizioni civilistiche per il diritto amministrativo. Il *Traité de la juridiction administrative*, di E. LAFERRIÈRE, è del 1887; nel 1893 si ebbe la prima edizione dei *Précis de droit administratif*, di M. HAURIQU che, come Cammeo, unì all'attitudine di teorizzatore quella di attentissimo commentatore della giurisprudenza. Questo autore è però già fuori dell'indirizzo pandettistico, e ne vedremo meglio oltre.

In Germania l'iniziatore dell'indirizzo pandettistico è ritenuto F. F. MAYER (*Grundsätze des Verwaltungsrecht*, Tübingen 1862). Gli scrittori poi furono moltissimi, e i più significativi furono P. LABAND (*Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, Tübingen 1876), G. JELLINEK sr. (*Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1900; ma egli si ricorda soprattutto per importanti opere monografiche), OTTO MAYER (*Deutsches Verwaltungsrecht*, Berlin 1886). Tutte opere più volte riedite e ristampate.

Dei giuristi italiani anteriori all'Orlando vanno ricordati F. PERSICO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Napoli 1866, e F. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino 1879. Le prolusioni di V. E. ORLANDO sono ripubblicate in *Diritto pubblico generale; scritti vari*, Milano 1940; egli scrisse poi dei *Principi di diritto amministrativo*, Firenze 1891; infine promosse la pubblicazione del *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, che è una raccolta di monografie, il cui primo volume apparve nel 1897 e seguì ad apparire lungo oltre un ventennio. Su Orlando vi è ora un buon saggio di A. GALATELLO ADAMO, *RaDP* 1964, 885.

Le opere più significative della nostra letteratura sono state, per questo periodo, S. ROMANO, *Principi*; RANELLETTI, *Principi*; CAMMEO, *Corso*.

*Pandettistica e scienza del diritto pubblico.* - Per avere esatta nozione dei limiti della pandettistica si vedano principalmente le ricerche che ORNSTANO da qualche tempo va conducendo su alcuni istituti chiave, come l'azione (voce in *EdD*), le fonti (*I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino 1967), la persona giuridica.

A rigore avremmo dovuto mettere la valutazione della pandettistica come discorso di apertura, e se la poniamo qui, è proprio perché a questo punto ne riesce più facile la comprensione. Anche chi ritiene che ancor oggi la costruzione teorica dei giuristi pandettisti sia accettabile non si avvede che in effetto sono accettati i materiali da costruzione più che la costruzione come tale. Come si vedrà ai §§ 16 e 17 la polemica contro l'indirizzo ebbe inizio 50 anni fa con la scuola di Vienna e i giuristi del realismo.

Seppure molto spesso si sia parlato di « nuovo metodo » a proposito della pandettistica, ciò sembra inesatto perché la metodo'ogia della pandetti-

stica è la metodologia degli indirizzi ispirati al logicismo giuridico, ed un altro caso importante lo si era avuto con i commentatori e i glossatori. Quel che caratterizzò l'indirizzo fu invece proprio la pretesa universalizzante. Per darne la misura, si considerino i casi di Orlando e di S. Romano, giuristi i quali vissero l'esperienza di tutti i tipi di Stato che si seguirono da quello liberale censitario ad oggi, e seguirono ad applicare la stessa costruzione, come se poche cose fossero cambiate; si rilevi che Orlando fu anche uomo politico impegnatissimo, e S. Romano, in vari suoi scritti mostrò di essere sagace interprete dei nuovi fatti sociali; anzi con la sua teoria degli ordinamenti giuridici (v. § 17) fu il massimo teorizzatore delle esperienze giuridiche di gruppi non statali: aporie di difficile spiegazione. Se ne può rilevare ancor un'altra: la massima parte dei giuristi italiani del primo periodo del secolo si professavano seguaci delle teorie filosofiche di Croce o di Gentile; tuttavia lo storicismo rimase per essi epidermico, e solo le generazioni successive dovevano apprenderne la lezione; cfr. A. NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico*, Padova 1962.

Sulle diverse implicazioni della impostazione prevalente in Francia (sovranità della nazione) e di quella prevalente nell'area germanica (sovranità dello Stato-persona), si veda la prefazione di H. Barthélémy alla traduzione francese del *Deutsches Verwaltungsrecht* di O. MAYER (Paris 1903, tomo I). Sugli aspetti riguardanti i diritti soggettivi, si vedano le acute pagine di R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetti: linee di una vicenda concettuale*, Jus 1960, 148 ss.

*Distinzione del diritto amministrativo da altri rami del diritto.* — Questo tema fu discusso abbastanza vivamente sino a qualche decennio fa; esso nacque dall'atteggiamento che assunsero alcuni dei primi giuristi tedeschi, in cui si assumeva che esistesse un diritto pubblico (interno) nel seno del quale diritto costituzionale e diritto amministrativo fossero realtà inautonome (opinione che aveva una precisa ragion d'essere, mirando a por riparo all'elusione amministrativa dei precetti costituzionali). Lo spirito di geometria del formalismo giuridico, concependo i rami del diritto come aree da delimitare con esatti confini, si impadronì del tema e lo tramutò in un impegnativo problema, che sembrò acquetarsi sulla nota allegoria di S. Romano, in cui il diritto costituzionale è il tronco da cui si dipartono i vari rami (privato, processuale, penale, amministrativo), a loro volta suddivisi in rami minori.

Il dibattito ha però confuso un problema storico con un problema teorico. Un ordinamento statale moderno non può non avere normazioni di diritto costituzionale, privato, penale, processuale, mentre può non avere normazione di diritto amministrativo (caso dei paesi anglosassoni: v. § 7): si può dire dunque che il diritto amministrativo non costituisce normazione necessaria di un ordinamento statale: mancando, vi è solo un « diritto pubblico » generale (in ordinamenti non statali del resto ciò accade assai spesso: p. es. nell'ordinamento internazionale).

Se però il diritto amministrativo c'è, esso, come ogni altro settore di normazione (o ramo o branca del diritto che dir si voglia) non è un terreno cintato al di là dei cui termini inizia un altro settore; questa concezione non è

da condividere, perché i vari « diritti » non costituiscono un fatto topografico, ma un fatto sistematico. Che vi sia un certo (ramo del) diritto, significa che un ordinamento positivo contiene un non inconsistente novero di principi, gerarchicamente ordinati, la cui attitudine ad operare qualificazioni giuridiche è riferibile ad un vasto numero di ipotesi normative; nel nostro caso, in tanto vi è diritto amministrativo in quanto esistono molti principi che, come si dice correntemente, reggono tutta la legislazione amministrativa: ogni atto normativo che sia emanato nella materia amministrativa va automaticamente ad inserirsi nel « sistema » delle qualificazioni poste dai principi che reggono il settore.

Se un « diritto » si raffigura in questo modo, si comprende che esso non ha confini o rapporti con altri « diritti » se non in un senso figurato e improprio: ogni ipotesi normativa (o fattispecie astratta, giusta altra dizione) è riferibile a più principi, che possono appartenere a « sistemi » di normazione diversi, i quali possono anche far parte di settori di normazione diversi. In certe materie ciò è immediatamente percepibile: i contratti ad evidenza pubblica realizzano fattispecie che cadono sotto principi di diritto amministrativo e di diritto privato; nella materia della pubblica sicurezza è impossibile dire dove inizi l'ambito di pertinenza costituzionale e dove quello di pertinenza amministrativa; in quella delle contravvenzioni avviene lo stesso per la normazione amministrativa e penale.

Un'altra causa di fraintendimento è che sovente si confonde tra ramo di normazione e disciplina scientifica; chi dice « diritto privato », o « amministrativo » spesso pensa alla scienza del diritto privato o amministrativo anziché alla normazione che costituisce il diritto privato o amministrativo. Ciò crea equivoci perché le discipline scientifiche sono delimitate per convenzioni accademiche o per tradizioni, per lo più didattiche, che possono anche variare nel tempo. Gli autori che più si sono impegnati in questi poco importanti problemi, usano distinguere tra autonomia oggettiva (di un « diritto » inteso come settore di normazione oggettiva), autonomia scientifica (di una disciplina, in quanto esista un sistema di principi di un « diritto », che possa essere scientificamente teorizzato), e autonomia didattica (di una materia scientificamente conoscibile, che è pura questione di ordinamento degli studi, ogni scienza prestandosi ad un numero praticamente infinito di divisioni e di suddivisioni ai fini didattici).

Tutte queste considerazioni servono non solo a spiegare perché non riteniamo di doverci occupare di temi che si rinvengono frequentemente nella manualistica, come quelli dei rapporti e dei confini, ma anche di altri temi, che hanno invece dignità scientifica, quali quelli della partizione diritto pubblico-diritto privato, e dell'applicabilità della normazione di diritto privato all'attività di autorità pubbliche. Si comprende come siffatti argomenti abbiano spesso sofferto dell'impostazione geometrica dei « diritti », qui respinta, onde siano venuti fuori degli inaccettabili pseudo problemi.

14.

spubl  
mandi so  
quest  
quell  
il pri  
pubb  
assur  
stasse« pot  
Seco  
che  
che g  
tivo,  
solo  
preva  
bera,  
ment  
impo  
della  
ca, cposit  
tere  
inter  
vo, e  
che  
prese  
simil

« in

#### 14. *La teoria formale-sostanziale.*

Esponiamo le linee generali della costruzione teorica dei giuripubblicisti pandettisti; particolari su singole questioni si vedranno man mano che queste si presenteranno.

Lo Stato moderno si fonda su un gruppo di principi, come quelli di sovranità, di rappresentatività, di autonomia locale, ecc.. Di tutti questi principi la teoria che esponiamo ne assume uno come cardine: quello della divisione dei poteri, a cui aggiunse, in via integrativa, il principio di legalità, o *rule of law*, o di non arbitrio del potere pubblico. Invero uno qualsiasi dei principi avrebbe potuto essere assunto come cardine; ma si ritenne che quello prescelto si prestasse più di altri all'unità della costruzione.

La teoria assume, come premessa definitoria, che può dirsi « potere » ogni complesso di organi, che eserciti una attività definita. Secondo la teoria i « poteri » non possono essere che tre: il potere che delibera le norme, quello che ne esegue il disposto e quello che giudica le controversie applicando le norme, ossia i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario. Perché i poteri debbano essere o siano solo tre, formò anche argomento di dibattito, ma le spiegazioni prevalenti furono a base logico-antropomorfica: perché l'uomo delibera, esegue, ed occorre che qualcuno ne giudichi il comportamento, quando necessario. Inoltre — ed anche questo è un tratto importante — il complesso dei « poteri » è tutto angolato sulla base della norma giuridica: chi delibera la norma giuridica, chi la applica, chi giudica dell'applicazione.

Tutto questo discorso trova delle grosse difficoltà di diritto positivo: si poteva constatare che in ogni paese il parlamento, potere legislativo, non fa solo leggi, bensì dispone inchieste, discute interpellanze e amministra se stesso; che il governo, potere esecutivo, emana atti normativi (p. es. regolamenti), e decide controversie; che la magistratura, potere giudiziario, controlla attività delle imprese, dei tutori e che in sede penale esistono l'indulto, la grazia, e simili.

Sicché la nozione di « potere » si scisse: accanto alla nozione « in senso soggettivo », viene introdotta una nozione di « potere in

senso oggettivo » che poi fu chiamata *funzione*. Ogni potere esercita una funzione in via principale; in via secondaria può esercitarne altre, le quali sono sue solo *formalmente*, mentre *sostanzialmente* sarebbero di un altro « potere ». Così le leggi del parlamento sono atti sostanzialmente e formalmente legislativi; però il parlamento emette anche atti formalmente legislativi ma sostanzialmente amministrativi (leggi di approvazione del bilancio) o giurisdizionali (decisioni di controversie sulle elezioni dei propri membri, su reati dei propri membri).

Il potere esecutivo esercita, nell'emissione degli atti amministrativi, funzione sostanzialmente e formalmente amministrativa; ma adotta atti formalmente amministrativi e sostanzialmente legislativi (decreti legge, regolamenti) o giurisdizionali (decisioni del ministro-giudice, ove esiste). Il potere giudiziario nell'adottare sentenze emette atti formalmente e sostanzialmente giurisdizionali; ma le sentenze normative (ove esistono) sono sostanzialmente legislative, e le pronunce di volontaria giurisdizione, di grazia, condono, ecc., sostanzialmente amministrative.

Una costruzione così ingegnata doveva dar luogo ad infinite discussioni applicative, ed aveva anche un pregio politico non trascurabile: di permettere di violare il principio della divisione dei poteri, assumendosi che tanto rimaneva salvo quello della divisione delle funzioni. E se qualche politico protestava, era facile rispondere che il principio della divisione dei poteri era inapplicabile nella sua formulazione rigida.

In questo disegno l'amministrazione pubblica dello Stato non era neppur menzionata; essa era la *puissance exécutive* come aveva detto Montesquieu (e prima di lui Locke); essa « risponde all'idea del potere esecutivo » dicono i nostri trattatisti, con espressione sufficientemente sibillina; essa è quindi, diremmo oggi, un apparato esecutivo, che la corona e il governo, ossia il potere esecutivo, impiega per eseguire le leggi del parlamento. E l'amministrazione pubblica non dello Stato, si potrà chiedere? p. es. quella dei comuni? Ebbene essa è « sostanzialmente » amministrazione dello Stato, affidata da questo ad enti pubblici diversi.

Cacciata dalla porta, l'amministrazione rientra però dalla fi-

nestr  
to leg  
esiste  
amm  
che s

da qu  
siden  
giuris  
e l'at  
me:  
nell'e  
emet  
funzi

mem  
rosa  
perfe  
un i  
hann  
do ac

tà, a  
no i  
amm  
sifica  
zia,  
li, g  
ecc.)  
dece  
tevol  
non

15.

crisi,

nestra, nella specie di amministrazione-attività. Mentre esistono l'atto legislativo e l'atto giurisdizionale, non avrebbe significato dire che esiste l'« atto esecutivo »; sicché l'atto del potere esecutivo è l'atto amministrativo. Esso è anzi un « atto tipico » fra gli atti dello Stato, che si giustappone all'atto legislativo e all'atto giurisdizionale.

Atti amministrativi sono emessi anche dal potere legislativo e da quello giudiziario (p. es., rispettivamente, l'atto di elezione del presidente dell'assemblea parlamentare, e l'atto dell'attività di volontaria giurisdizione), onde si distingue l'atto amministrativo in senso largo e l'atto amministrativo in senso stretto o formale e sostanziale insieme: quest'ultimo è l'atto amministrativo « del potere esecutivo nell'esercizio della funzione esecutiva » (mentre il potere esecutivo emette atti solo formalmente amministrativi quando esercita altre funzioni).

Questa, nelle sue linee essenziali, la teoria: nella sua rigorosa membratura e nelle sue armoniche partizioni indubbiamente poderosa ed elegante. Essa diede allo Stato, inteso come ente, anzi il più perfetto degli enti, una posizione di tale rilievo, che successivamente un indirizzo della politologia ne trasse una delle idee mito che hanno dominato la prima metà di questo secolo, influenzando in modo assolutamente negativo la teoria e la pratica.

Pur nella sua coerenza, la concezione presentava molte oscurità, anche nella sua logica interna. Le oscurità maggiori si addensavano intorno a due punti: la nozione di potere esecutivo-funzione amministrativa, e le attività dell'organizzazione statale non ben classificabili in una delle tre funzioni per i loro caratteri positivi (la grazia, l'indulto, la materia penitenziaria, le amministrazioni giudiziali, gli organi giurisdizionali incardinati nel potere esecutivo, ecc. ecc.). Di qui le molte rettificazioni e precisazioni, dei giuristi dei decenni successivi, che dovevano portare in definitiva ad una notevole confusione delle lingue: per quanto qui ci interessa, esse non presentano rilievo tale da richiedere ulteriori spiegazioni.

#### 15. *L'avvento dello Stato pluriclasse.*

Verso la fine dello scorso secolo lo Stato censitario entra in crisi, perché come conseguenza di avvenimenti politici e sociologici

*dos acontecimientos*

che qui si presuppongono noti, i diritti politici dovettero essere riconosciuti a strati sempre più ampi di cittadini. Quando si giunse ad un suffragio elettorale sufficientemente esteso, si trovarono a partecipare al potere politico altre classi oltre quella censitaria, e quando il suffragio, almeno maschile, divenne universale, il tipo sociologico di Stato cambiò. Si ebbe lo Stato « formalmente democratico », in cui tutte le classi sociali ebbero una partecipazione al potere; da uno Stato monoclasse si passò ad uno Stato pluriclasse, per esprimerci in termini sociologici. Il cambiamento avvenne per gradi, onde non fu del tutto consapevole alla scienza giuridica dell'epoca; anche per un'altra ragione più di sostanza: che le costituzioni formali restarono quasi ovunque immutate; in Inghilterra, in Francia, negli Stati Uniti d'America, in Italia, seguirono ad aver vigore le norme costituzionali preesistenti.

La costituzione materiale subì peraltro una profonda modificazione, poiché lo Stato, nella sua organizzazione e nella sua attività, era ora mosso dagli interessi di tutti i gruppi componenti la comunità e non più dagli interessi dei gruppi subalterni di pressione privi di potere, come era in precedenza.

Vi fu chi parlò di crisi dello Stato e propose assurdi ritorni al passato. La via che si imboccò fu peraltro, all'inizio, quella della « soluzione amministrativa ». Si trattò di questo: nello Stato censitario si era ovunque avuta una risultanza molto significativa (che del resto seguì in parte ad avverarsi anche poi): l'elusione amministrativa dei precetti costituzionali. Da noi, p. es., lo Statuto Albertino riconosceva la libertà di stampa, ma una legge ne doveva reprimere gli abusi (art. 28): la legge amministrativa, qualificando abusi gli usi di certe categorie finiva col restringere in tal modo la libertà di stampa che di questa rimaneva ben poco. Una siffatta vicenda si ebbe quasi sempre, ed i giudici, quantomeno quelli italiani (si salvarono in parte solo gli inglesi e gli americani) chinaron il capo.

Si cercò dunque di rivedere la legislazione amministrativa, in tre sensi: attuare quelle parti dei precetti costituzionali che avevano ricevuto applicazione nulla o maliziosa, sviluppare una legislazione di giustizia sociale, far intervenire lo Stato nei settori in cui il potere politico economico delle classi abbienti tendeva all'abuso. Così in

Italia cominciò ad essere attuato il principio di autonomia locale, e fu completato quello di assolutezza della giurisdizione con l'istituzione del Consiglio di Stato, ma le novità furono, in Italia e altrove, le leggi sulle assicurazioni sociali, le municipalizzazioni, l'istituzione di nuove amministrazioni nel settore dell'economia, gli enti pubblici parastatali.

Con l'avvento dello Stato pluriclasse, l'amministrazione pubblica, secondo un'espressione americana, <sup>exploded</sup> scoppiò. Si vuol dire con quest'espressione che mentre nel precedente tipo di Stato valeva la regola che l'area delle amministrazioni pubbliche dovesse essere quanto più limitata possibile, in questo tipo di Stato la regola non vale più come principio di costituzione materiale, ma solo come regola tecnica. Difatti nel giro di pochi decenni accade che *quasi ogni attività umana trova una corrispondenza in una qualche pubblica amministrazione*: interessi scientifici religiosi o culturali, così come interessi economici, produttivi o professionali, finiscono col l'averne un punto d'appoggio in un qualche pubblico potere legalmente riconosciuto.

Concorse a questo risultato il fattore tecnico. Anche in ordine a questo punto, presupponiamo noto perché e come la rivoluzione industriale fu uno dei fattori determinanti delle modificazioni sociali dell'età moderna a noi più vicina. Il fattore tecnico aveva avuto una importanza grande già nello Stato censitario, ma nella seconda parte del secolo assume importanza grandissima per l'imprevisto aumento della domanda dei consumatori. Le statistiche degli utenti dei servizi pubblici, in particolare istruzione, sanità, trasporti, comunicazioni, mostrano diagrammi con linee che dopo il 1870 salgono rapidissimamente. È evidente come anche questo abbia fatto « scoppiare » le amministrazioni pubbliche, ma è opportuno spiegare meglio alcuni profili giuridici, che ci serviranno anche ad intendere gli sviluppi successivi.

Un'opinione molto diffusa infatti presenta la vicenda dello Stato democratico non nel modo che è stato prospettato, ma in termini volontaristici, dicendo cioè che lo Stato da « astensionista » sarebbe diventato « interventista ». Tale opinione è invero la popolarizzazione di una tesi di alcuni economisti teorici di indirizzo libera-

le, la quale non ha mai avuto rispondenza nella realtà giuridica e sociologica. Quei teorici sostenevano che lo Stato non dovesse « intervenire » nelle materie economiche, ma solo mantenere l'ordine, fare le infrastrutture, provvedere alla difesa. La realtà effettiva è stata invece sempre diversa, poiché anche lo Stato censitario usò lo strumento fiscale in funzione di regolazione dell'economia (ordinamento dei catasti, manovra dei dazi doganali e dell'imposizione indiretta sugli affari), conobbe gli strumenti di incentivazione e disincentivazione (sgravi fiscali, rimborsi di spese, premi), conobbe la manovra della moneta e in buona parte anche quella del credito. Lo Stato è, per definizione (in quanto ente politico), un ente che « interviene » nell'economia della propria comunità.

Vero è che « interventismo » ha assunto, nel linguaggio contemporaneo, un significato enfatico, di cui ci dovremo a suo luogo occupare. Ciò che qui interessa è che il maggior « intervento » che lo Stato democratico dispiega rispetto a quello censitario, è una conseguenza del mutamento della costituzione materiale, non un fatto di scelta; le nuove classi e i nuovi gruppi partecipi del potere non potevano se non chiedere e ottenere protezione sociale, repressione di abusi di banche, di assicuratori, di detentori del potere economico in genere, statizzazioni, maggior tutela di libertà individuali e di gruppo, e così via.

Poteva l'amministrazione pubblica, statale in specie, in questo tipo di Stato, seguitare ad essere intesa come potere esecutivo?

Questo è il problema che, nel nostro secolo, si presenta al pensiero politico giuridico.

Sulle dimensioni degli Stati nel periodo iniziale, dati in F. CHABOD, *Stipendi nominali e busta paga effettiva dei funzionari dell'amministrazione milanese alla fine del cinquecento*, in *Miscellanea in onore di R. Cessi*, vol. I, Roma 1958, spec. 261 e 271.

Per lo Stato italiano unito, v. G. ASTUTI, *L'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, Napoli 1966; E. RAGIONIERI, *Politica e amministrazione nella storia dell'Italia unita*, Bari 1967; e gli *Atti congresso centenario*.

Per il periodo 1850-1915, qualche utile informazione può essere tratta dagli studi sulla « progressione dei bilanci ». Per il Piemonte, si sa che il bilancio statale, cresciuto di poco nel primo ventennio della Restaurazione, dal 1840 al 1847 già si raddoppiava, e nel 1850 era moltiplicato di

circa  
cifre  
super:  
Stato  
e 31)

I  
secon  
altri j  
ni di  
nel 1  
Princ  
prog  
1915,

I  
metà  
ha in  
ammi  
tre al  
dell'a

riclas  
zione  
dica:  
stituz  
gralm

lo Sta  
tori  
casi c  
poch  
entra  
sul s

al §

sta,  
essi  
che  
esasp  
stion  
dell'I  
daca  
e si  
doli  
le q  
decis

4. M

circa quattro volte. Negli anni dell'unificazione l'incremento continua: le cifre dei bilanci nel 1862 si calcolavano sui 500 milioni di lire; nel 1871 superavano i 900 milioni e nel 1876 raggiungevano i 1100 (A. CARACCILO, *Stato e società civile - Problemi dell'unificazione italiana*, Torino 1960, 28 e 31).

L'incremento delle dimensioni e dell'attività dell'amministrazione nella seconda metà dell' '800 è un fenomeno che si può riscontrare anche in altri paesi: in Francia dal 1830 al 1870 i bilanci aumentano da 1095 milioni di franchi a 1473 milioni di franchi; salgono a 2004 nel 1860 e a 2760 nel 1880, fino a superare i 3500 a fine secolo. Altri dati in F.S. NITTI, *Principii di scienza delle finanze*, Napoli 1903, 842 e in A. SALANDRA, *La progressione dei bilanci negli Stati moderni*, in *Politica e legislazione*, Bari 1915, spec. 112 e ss.

Ma, mentre negli altri paesi il balzo in avanti si ha nella seconda metà dell' '800, il grosso aumento dell'amministrazione italiana unita si ha intorno all'inizio del presente secolo: nel 1882-1883, al 1° luglio, nelle amministrazioni civili e militari dello Stato v'erano 98.354 impiegati, mentre al 1° luglio 1914 gli impiegati erano 286.670 (G. ABIGNENTE, *La riforma dell'amministrazione pubblica in Italia*, Bari 1916, 3).

Altra ragione per cui il passaggio dallo Stato pluriclasse restò inavvertito fu l'insufficienza dello strumento teoretico: la nozione di costituzione materiale è introdotta più tardi nella scienza giuridica: se ne può vedere lo sviluppo nella nota ricerca di C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano 1940, i cui risultati vengono qui integralmente recepiti.

Affinché si abbia un'idea concreta di come cambiò la base politica dello Stato italiano, si consideri che nel 1870, su 26 milioni di abitanti, gli elettori (non i votanti) erano poco più di 500.000, e che memorialisti citano casi di candidati che convitavano l'intero proprio corpo elettorale composto di poche centinaia di persone. L'atteggiamento della scienza ufficiale, che ciò entrasse nel giuridicamente irrilevante, oggi fa sorridere, ma allora fu preso sul serio.

Della varia rilevanza di gruppi e dei loro enti rappresentativi si tratta al § 29 ss.

*Degli Stati autoritari*, cioè degli Stati di tipo fascista, nazionalsocialista, o simili, non ci occuperemo né ora né poi, perché costituzionalmente essi costituiscono una forma regressiva e per il resto non hanno fatto altro che insistere nella strada della soluzione amministrativa, talora spinta alla esasperazione. L'esempio più chiaro, che rappresentò una curiosa commistione di ingenuità e di ingegnosità, lo si ebbe nel « regime corporativo » dell'Italia fascista, in cui per ciascun settore economico i contrapposti sindacati di datori di lavoro e di lavoratori furono dichiarati enti pubblici, e si pensò che si potessero comporre i contrastanti loro interessi immettendoli ambedue in apposite istanze collegiali, che erano le corporazioni, nelle quali i rappresentanti dello Stato avrebbero dovuto avere il ruolo di decisione. Come si vede l'idea mito dello Stato operava nel senso di attri-

buire ad un astratto Stato una forza politica propria, laddove l'azione di esso non può essere che il risultato dell'azione di forze politiche che agiscono fuori del suo apparato, nella comunità (v. *amplius*, § 32, sull'ipostasi dello Stato ente).

#### 16. *La teoria del gradualismo.*

All'avvento dello Stato pluriclasse la teoria formale sostanziale era già entrata in crisi, e si andava riducendo ad esercitazioni accademiche sui diversi costrutti del diritto positivo. In sede di politologia, essa non poteva finire che nel nazionalismo e nello statalismo, e difatti essa divenne il supporto giuridico di questi due indirizzi, dando delle risposte invero singolari per incomprendimento storica ai problemi che uno dopo l'altro lo Stato pluriclasse andava ponendo. Bastano, in proposito, pochi esempi. I gruppi territoriali, rappresentati in enti locali sempre più agguerriti e vivaci per il loro antistatalismo, erano concepiti come « ausiliari dello Stato »; i sindacati e i partiti politici, i quali andavano assumendo il carattere, che oggi hanno nettissimo, di istanze decisionali fondamentali, sono visti come mere associazioni, e nella trattatistica se ne ignora rigorosamente l'esistenza, in quanto « enti di fatto ».

D'altronde era entrato in crisi anche lo stesso fondamento ideologico della teoria, cioè l'indirizzo pandettistico. L'influsso congiunto di correnti di pensiero sociologiche e filosofiche, tra cui principalmente il marxismo e lo storicismo, resero edotti i giuristi di come fosse assurda la pretesa di fondo, di potere costruire sistemi giuridici universali, spaziali e atemporali. Sicché furono posti in discussione gli stessi postulati della teoria formale sostanziale: perché i poteri sono solo tre? Perché le « funzioni » debbono corrispondere ai poteri? Perché si individua il cardine di ogni costruzione nella relazione tra norma giuridica e azione dei pubblici poteri?

Il pensiero giuridico si avviò quindi verso nuove strade, delle quali, in quanto interessanti la nostra materia, vanno ricordate tre: il gradualismo, il pluralismo e il realismo.

La teoria gradualista, o normativista, o dottrina pura del diritto, è di Kelsen e della sua scuola (Scuola di Vienna). È una teoria in senso rigoroso, con assunti sistematici generali. Ma benché si ponga in

aper  
con  
teori  
zion  
tifica  
blici  
come  
giud  
essa  
il co  
sosta  
risce  
istan  
rispe  
slativ  
rispe  
tuzio  
renza  
mod

ad o  
la tit  
golar  
darie  
pre  
esegu  
chiar  
mede

gli o  
tre s  
ment  
difen  
diper  
magg  
le de

aperta critica della teoria formale sostanziale, in realtà è confezionata con la stessa materia, essendo anch'essa un'altra grande costruzione teorica universalizzante. Essa colpì il punto più debole della concezione formale sostanziale, l'attività amministrativa. Osservò che qualificando questa come esecuzione o cura concreta di interessi pubblici, se ne estendeva l'ambito fino a comprendervi cose eterogenee, come l'amministrazione interna delle camere parlamentari, la polizia giudiziaria, le amministrazioni giudiziarie, e così via. D'altronde, essa rilevava, anche la sentenza è esecuzione, perché « esegue il comando della norma ». Il criterio costruttivo della teoria formale sostanziale non era quindi accettabile. La teoria gradualista suggerisce un diverso e preciso canone generale, quello secondo cui ogni istanza è esecutiva rispetto ad un'istanza superiore ed è normativa rispetto ad una inferiore. Nell'ordinamento statale la funzione legislativa è esecutiva rispetto a quella costituente, ed è normativa rispetto agli organi dell'apparato interno dello Stato (organi costituzionali, amministrativi e giudiziari) e rispetto ai cittadini; la differenza è che i primi eseguono in modo autoritativo, i secondi in modo libero.

La funzione legislativa è però ad un grado superiore rispetto ad ogni funzione statale, e se norme positive ne possano attribuire la titolarità ad organi diversi dai parlamenti, come avviene per i regolamenti, vorrà dire solo che vi saranno funzioni normative secondarie, che saranno esecutive rispetto alle primarie, ma avranno sempre carattere superiore rispetto agli organi non legislativi, i quali eseguono ponendo proposizioni precettive individuali. Quelle che si chiamano funzioni amministrative e giurisdizionali hanno dunque la medesima natura e il medesimo contenuto.

Che cosa le distingue allora? Un elemento storico, in quanto gli organi che costituiscono l'amministrazione sono dipendenti, mentre sono indipendenti quelli che costituiscono la giurisdizione; l'elemento proviene, secondo Kelsen, da ciò che i borghesi, dovendosi difendere contro i principi, posero ogni sforzo a costituirsi organi indipendenti dal principe a cui affidare le decisioni sulle controversie maggiori (vita, beni, onore), lasciando ai dipendenti dal principe le decisioni sulle controversie minori, meno impegnative e non in-

famanti. Questa differenza avrebbe portato come conseguenza la costituzione di regole diverse nelle procedure dinanzi ai due tipi di organi.

In questo modo né giurisdizione né amministrazione sono funzioni; ambedue sono « attività mediata » dello Stato, ambedue sono esecuzione, ambedue sono regolate da procedimenti; la divisione dei poteri è uno dei tanti canoni che si adoperano come formule organizzatorie dello Stato; altre se ne adottarono in altre epoche, p. es. quella comiziale, quella della « rappresentanza delle terre », quella dei « mandatari della collettività ».

La teoria gradualistica ha molti altri svolgimenti, in altri settori, che tralasciamo. Ha visto alternarsi laudatori e detrattori a seconda dei tempi, ma se la si considera in modo sereno, ci si accorge che essa è una delle più importanti creazioni di pensiero di questo secolo, che potrebbe anche essere accettata, almeno in certi suoi approcci e partizioni, a condizione di tener presente che essa vuol essere una teoria « pura » del diritto, ossia indipendente dalla storicità di questo, e quindi può valere solo come una preteoria, da adattare a ciascun diritto positivo. Come tale infatti essa non spiega nulla di un ordinamento positivo, e la critica di astrattismo e di inutilizzabilità che le è stata rivolta sarebbe fondata, se si omettesse di considerare ciò che essa è.

La teoria, pur maturata già in un clima di storicismo, consapevole di ciò al punto di storicizzare la distinzione tra amministrazione e giurisdizione, non si è poi accorta che anche il primato della funzione legislativa è esso stesso storicizzabile (è infatti legato ad una data concezione del principio di legalità: § 26), sicché uno dei suoi punti chiave appare poco solido.

Si può ricordare che la teoria pura del diritto, fiorita a Vienna, rappresentò un tentativo, e per questo fu intesa politicamente or come un'affermazione liberale contro l'autoritarismo, or come una riaffermazione dello Stato contro i gruppi, e quindi in un senso anticollectivista (essendo allora il collettivismo nella fase di critica dello Stato e di affermazione del principio di socializzazione: poi esso abbandonò l'una e l'altra).

Le opere di Kelsen sono oggi quasi tutte tradotte, e quindi facilmente accessibili; per il diritto amministrativo v. soprattutto A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (a cui si deve, fra l'altro, una smagliante, ma inesistente, co-

struzione dei rapporti amministrazione-giurisdizione e amministrazione-legislazione).

Secondo questi teorici nell'attività statale non legislativa la distinzione giuridicamente rilevante non è quella tra amministrazione e giurisdizione, ma tra attività immediata e attività mediata dello Stato; la prima è l'assunzione da parte dello Stato di compiti che chiunque potrebbe svolgere, ed è quindi l'attività che si concreta nei pubblici servizi, nei quali lo Stato eroga prestazioni e compie direttamente atti reali; l'attività mediata è invece l'attività autoritativa dello Stato, che si esprime in comandi, i quali hanno bisogno di essere eseguiti: il che avviene o mediante atti di ottemperanza o mediante atti coattivi dello stesso apparato dello Stato.

### 17. *Le teorie del pluralismo e del realismo.*

La teoria del pluralismo, o teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, o teoria ordinamentale o istituzionale, appare in Francia con M. Hauriou (su cui torneremo tra poco), ma trova la sua compiuta elaborazione scientifica con S. Romano, e con la di lui scuola. Come la precedente è anch'essa una teoria generale (ossia non ha ad oggetto i soli problemi dei poteri e delle funzioni), ma a differenza dell'altra non intese dar fondo alla scienza giuridica, bensì solo dare un fondamento giuridico ai gruppi in quanto produttori di ordinamenti giuridici. Essa si mosse in un settore che era rimasto estraneo alla teoria formale-sostanziale.

Sugli aspetti teorici e dogmatici della teoria ordinamentale dovremo tornare nella Parte II, in quanto gli ordinamenti giuridici costituiscono una delle basi della dogmatica dell'organizzazione. Qui interessano di essa gli aspetti concernenti quella che potrebbe dirsi la dislocazione problematica. Ammettendosi che ogni gruppo organizzato è potenzialmente ordinamento giuridico, si veniva ad oppugnare in radice lo statalismo, in quanto lo Stato diveniva uno dei tanti ordinamenti giuridici esistenti, ed il fatto del « primato » che ad esso si doveva, sia pur entro certi limiti (quindi non con l'assolutezza prospettata nelle teorie precedenti) riconoscere, non poteva avere che una spiegazione storica. In tal modo si apriva decisamente la scienza giuridica allo storicismo e alla storicizzazione, e si rendevano possibili analisi giuridiche molto più articolate e aperte alla sociologia e alla politologia. Inoltre una quantità di approcci

e di problemi, che nella precedente teoria muovevano in ambiti del tutto astratti, venivano demitizzati e resi di diritto positivo.

Per quanto attiene alle amministrazioni pubbliche, i problemi ad esse relativi venivano dislocati al diritto positivo. Si poteva spiegare come potessero coesistere nel tempo amministrazioni a normazione comune e amministrazioni a normazione di diritto amministrativo o anche a normazione di diritto pubblico che non fosse un vero e proprio diritto amministrativo. Insomma questa teoria fu un fatto di rottura delle rigide geometrie concettuali della teoria formale sostanziale, che — si rilevi — non fu rinnegata e rimossa, ma fu solo storicizzata: si ammise cioè che essa poteva essere una teoria possibile, nella misura in cui un diritto statale positivo la accogliesse; si negò che essa fosse « la teoria » dello Stato in quanto tale.

Quanto alle « teorie del realismo », è da dire che più che teorie esse sono una metodologia, o forse meglio un atteggiamento mentale. Esse nacquero in Francia, all'inizio del secolo, ad opera di M. Hauriou e di Duguit, come reazione non tanto alla scienza giuridica tedesca quanto a quella francese, che stava finendo nell'accademismo. In fondo la stessa teoria ordinamentale appartiene all'indirizzo del realismo, anche se in alcuni suoi esponenti tenne a differenziarsi da esso.

L'indirizzo realistico è quindi proprio della scienza di questo secolo pur se per affermarsi ha incontrato grosse resistenze, soprattutto nei paesi nei quali l'influenza della pandettistica pubblicistica era stata profonda. Occorre peraltro rendersi esatto conto del significato del termine « realismo », che, come tutti i vocaboli del genere, ha una carica definitoria convenzionale. Data l'evoluzione storica delle scienze giuspubblicistiche, è infatti insito, nella proclamazione di un indirizzo realistico, il pericolo di un ritorno sia all'analisi puramente esegetica, sia alle intrusioni sociologiche e politologiche nella scienza giuridica. Queste due vicende si sono difatti avverate, la prima, coralmemente, nei paesi di democrazia popolare, la seconda, limitatamente a taluni settori scientifici, nei paesi anglo-americani.

Indirizzo realistico invece non può significare rinuncia a ciò

che della  
generale  
nozionale  
ridica. S  
fine a se  
lismo, d  
costo. N  
fatto sto  
che è fat  
ni, l'indi  
un'antite

Co  
verato a  
costruzio  
derno, c  
l'autorit  
di aver  
lettività;

Per  
siero di  
tistica pu  
come Or

Sul  
in vari s  
ma 1937  
rivolsero  
viamente  
ticamente  
ciologia  
di contra  
sto. Per  
rienza g  
giuridico  
d'accord  
mente in  
della po  
ridica si  
spiegare

Cor  
continen  
tivo che

che della pandettistica è tuttora valido: l'elaborazione di una teoria generale del diritto, la rigorosa individuazione di un preciso corpo nozionale e concettuale, l'ormai collaudata tecnica dell'analisi giuridica. Significa invece abbandono dell'apriorismo teorico, della teoria fine a se stessa e delle sue derivazioni del teoreticismo e del formalismo, dello spirito di geometria e delle pretese di unità ad ogni costo. Nella consapevolezza che il mondo del diritto costituisce un fatto storico, che reca in sé le contraddizioni e i contrasti della storia, che è fatto e disfatto dagli uomini, per comporre interessi degli uomini, l'indirizzo realistico vorrebbe porsi come una sintesi, e non come un'antitesi rispetto agli indirizzi che lo hanno preceduto.

Così, per stare al nostro campo, l'indirizzo realistico ha rimproverato agli altri indirizzi teorici di aver trascurato, per tentare una costruzione unitaria e perfetta, troppi altri principi dello Stato moderno, come quelli che attengono alla libertà, ai modi di essere dell'autorità, alla rappresentatività, alle posizioni giuridiche dei gruppi, di aver dimenticato che lo Stato, prima di essere un ente è una collettività; che come ente è soprattutto un ente politico, e così via.

Per la teoria ordinamentale, si veda il § 30. Sull'interpretazione del pensiero di Santi Romano come fatto di rottura e di ribaltamento della pandettistica pubblicistica vi è ormai accordo, a seguito degli studi critici di persone come Orlando, Perticone, e altri.

Sul « metodo realista » richiamò subito l'attenzione, in Italia, U. FORTI, in vari studi di inizio secolo, ripubblicati negli *Studi di diritto pubblico*, Roma 1937, vol. I. All'indirizzo realistico i seguaci dell'indirizzo pandettistico rivolsero subito l'accusa di sociologismo, che invece era ed è infondata (ovviamente, salvo vicende di singoli studiosi o di indirizzi localizzati o politicamente asserviti), in quanto tale indirizzo richiede la conoscenza della sociologia e anche della scienza politica e dell'economia, ma come elementi di controllo dell'elaborato giuridico e di riscontro delle applicazioni di questo. Per il resto l'indirizzo realistico riafferma che la scientificità dell'esperienza giuridica richiede una rigorosa continua ricognizione dei limiti del giuridico. A mo' di caso esemplare, l'indirizzo realistico non può esser d'accordo con quello formalistico nel ritenere questioni di fatto, giuridicamente irrilevanti, i partiti politici, i sindacati, le modalità di determinazione della politica estera di uno Stato. Non si può ammettere che la teoria giuridica si faccia tradire dagli ordini concettuali che essa stessa ha creato per spiegare la realtà: eppure questo è accaduto!

Comunque l'indirizzo realistico era già prevalso, tra i giuristi dell'Europa continentale, prima del secondo conflitto mondiale. Estremamente significativo che Santi ROMANO, il quale nei *Principi di diritto amministrativo*, del

1901, aveva aderito all'indirizzo formale sostanziale, nel *Corso di diritto amministrativo* (1930) riprende solo quelle parti della teoria formale sostanziale che gli sembrano valide e rispondenti al diritto positivo italiano. Lo stesso atteggiamento si riscontra nei cinque volumi di *Corso* di ZANOBINI.

18. *Tendenze contemporanee nelle amministrazioni pubbliche.*

È noto che il mondo sta attraversando una forte crisi costituzionale. È però materia fuori del nostro campo, che diamo per presupposta.

Per contro si può rilevare che l'universo — se così può dirsi — delle amministrazioni pubbliche, sta relativamente meglio. Paesi che hanno costituzioni superate (come gli USA), o infantili (come l'URSS), hanno per converso buone amministrazioni pubbliche. Anche il groviglio di normazioni apparentemente contraddittorie che si trovano in parecchi Stati pluriclasse (leggi a favore di certi imprenditori agrari coesistenti con leggi a favore dei lavoratori agricoli di quella stessa categoria, leggi a favore degli armatori coesistenti con leggi a favore dei marittimi, ecc.), si dipana con non eccessiva difficoltà.

Vi sono alcune tendenze di sviluppo delle amministrazioni contemporanee, che è opportuno indicare.

a) le amministrazioni dello Stato tendono ad acquistare una rilevanza propria, nei confronti del governo. Si ripete così una vicenda che già abbiamo incontrato: nello Stato assoluto l'amministrazione è l'apparato della corona, in quanto questa esprime una forza politica che è contro i particolarismi locali; nella misura in cui la corona perde rappresentatività e responsabilità, l'amministrazione si trasferisce sul governo, in quanto esso divenga organo rappresentativo e responsabile; e cresce di forza col crescere del governo, come avviene nello Stato autoritario rappresentativo. Quando il governo comincia a perdere forza e responsabilità di fronte alle decisioni delle direzioni dei partiti politici o di altri enti rappresentativi in modo più immediato di forze politiche, l'amministrazione statale tende a scindersi dal governo, nei confronti del quale chiede garanzie e finisce con l'averle.

Se ancora e ovunque governo e amministrazione statale hanno in comune gli organi di vertice, il governo non è più il *dominus* asso-

luto dell'amministrazione dello Stato, perché limitato da leggi in sede giuridica, da forze che esprime la stessa amministrazione in sede sociologica;

② b) i gruppi che si organizzano nello Stato comunità, tendono ad istituzionalizzarsi in enti che non solo esercitano attività amministrative, ma sottraggono attività allo Stato. Lo Stato stesso del resto, per ragioni tecnico-organizzative, è costretto ad istituire altri enti pubblici, di taluni dei quali i gruppi tendono ad impadronirsi. Questi enti esponenziali di gruppi chiedono allo Stato legislatore o riconoscimento e vantaggi, o, viceversa, garanzie di non interventi dello Stato, e quasi sempre l'ottengono;

③ c) in corrispondenza con le tendenze or dette, l'attività amministrativa punta alle forme procedimentali (alla giurisdizionalizzazione, secondo l'espressione inglese e americana), ossia a sottomettersi a leggi che istituiscono procedimenti regolati dai principi dell'oggettività dell'istanza decidente, della garanzia delle parti, del contraddittorio, e simili. In molti paesi ormai tra processo e procedimento amministrativo le differenze sono ridotte;

d) il diritto amministrativo, come normazione pubblicistica di carattere autoritativo, tende a contrarsi, e le zone che esso abbandona sono riprese dal diritto privato. È molto diffusa l'opinione contraria, dell'espansione del diritto amministrativo, che si fonda sulla espansione delle organizzazioni amministrative e delle relative attività; questa opinione è però superficiale, perché confonde tra diritto amministrativo e normazioni concernenti pubbliche amministrazioni, ascrivendo al primo tutte le seconde. In realtà le normazioni relative alle pubbliche amministrazioni sovente non prevedono discipline autoritative dell'attività, cioè non sono di diritto amministrativo (tipico il caso delle imprese pubbliche). Per converso i servizi pubblici che sempre più numerosi passano nella zona delle organizzazioni amministrative, sempre più gravitano verso la disciplina di diritto privato (tipico il caso delle municipalizzazioni, e, più di recente, delle attività di assistenza che tendono ad adottare i moduli delle obbligazioni), e anche aree di per sé autoritative ammettono sempre più largamente l'uso delle convenzioni, quindi di atti produttivi di obbliga-

zioni (tipica l'esperienza delle programmazioni e l'esperienza urbanistica in taluni paesi). Il diritto che regola l'attività delle pubbliche amministrazioni tende quindi a comporsi di una parte fortemente autoritativa, che è il diritto amministrativo in senso stretto, e di una parte in cui vale, con certi adattamenti, la normazione privatistica; per quest'ultima si tende cioè alla ricostituzione di un diritto comune;

e) il collegamento tra diritto amministrativo e diritto costituzionale tende a stringersi, sia perché l'elusione amministrativa dei precetti costituzionali è divenuta vicenda troppo scoperta per non essere repressa, sia perché l'azione dello Stato tende a porsi come quella di un arbitratore (in senso assolutamente atecnico) tra gli enti esponenziali dei gruppi, secondo procedure delle quali la più importante è la pianificazione. Questa, nelle sue forme più tenui e più intense, trova pertanto qui le proprie radici e la propria specifica dignità costituzionale e non è affatto un'istanza politica ma una istanza connaturata allo Stato contemporaneo;

f) le zone processuali e giurisdizionali del diritto amministrativo tendono a confluire nel diritto processuale civile. Questo perché i giudici amministrativi, per istinto più che per raziocinio, hanno accentuato, nel processo amministrativo, il carattere di processo di parti, ovunque eliminando quegli elementi del processo inquisitivo che esso presentava originariamente. In tal modo la tradizionalmente detta giustizia amministrativa si distacca dalla zona di normazione amministrativa, per confluire in quella del processo civile.

Di tutte queste tendenze si vedrà via via che se ne presenterà l'occasione. Se una filosofia si può estrarre da quanto abbiamo esposto, è che la realtà amministrativa del mondo contemporaneo non ammette generalizzazioni, ma richiede delle analisi articolate, anzi irte di distinzioni. Il mondo in cui viviamo — usando un linguaggio metaforico — mette continuamente in mora lo Stato, per la sua piccolezza sotto certi aspetti, per la sua grandezza eccedente la misura umana sotto certi altri, ma non saprebbe vivere se esso non ci fosse.

Talché da un lato le amministrazioni pubbliche sono oggi il fattore più importante della vita associata, e quindi di quella individuale di ciascuno. Nessuno saprebbe vivere civilmente in un mon-

do in  
forni  
nostr  
quot  
morc  
dità  
sono  
ziale  
sopr  
imm  
vone  
neo.  
che

nera  
ti o  
GIA  
rich  
1959  
rifle  
dell  
196

nist  
legi  
Ital  
nor

ava  
ficc  
stu  
nor  
ma  
gna

19

pe  
le

do in cui le amministrazioni pubbliche non funzionassero, se non fornissero beni e servizi in modo massiccio; a cominciare dalla nostra nascita e dal nostro nome, in ogni momento della nostra vita quotidiana c'è una pubblica amministrazione silenziosamente o rumorosamente assistente. Dall'altro lato, però, per la fase di fluidità costituzionale che attraversiamo, le amministrazioni pubbliche sono una delle cose più imperfette che esistano per la loro essenziale contraddizione: sono spaventose di potenza e insieme inermi, sopraffanno ma si lasciano puerilmente gabbare, hanno ricchezze immense e vivono lesinando, sono concepite secondo ordine e vivono in disordine. In questo è il dramma dello Stato contemporaneo. Ma con ciò siamo giunti ai confini della nostra disciplina, che dobbiamo rispettare.

Sulle varie tendenze segnalate, manca un'opera d'insieme. In termini generali v. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, voce in *EdD*; sui singoli aspetti o singole interpretazioni, MERKL, 116; DE LAUBADÈRE, *Traité*, 193; Z. GIACOMETTI, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zürich 1960; E. FORSTHOFF, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, Stuttgart 1959; H. STREET, *Governmental Liability*, Cambridge 1953; A. NEGRI, *Alcune riflessioni sullo « Stato dei partiti »*, *RTDP* 1964, 98; CISL, *L'adeguamento della pubblica amministrazione alle esigenze dello sviluppo* (Quaderno 13, 1962).

*Codificazione amministrativa.* - Il disordine della normazione amministrativa è considerato una piaga, e lo si imputa spesso ad incapacità dei legislatori. Questa c'è sicuramente, ed ha anche in certi luoghi, come in Italia, delle precise ragioni storiche (M. S. GIANNINI, *Le incongruenze della normazione amministrativa*, *RTDP* 1954, 286).

Di qui l'idea della codificazione del diritto amministrativo, più volte avanzata e discussa (se ne può vedere il dibattito in G.L. BROCCOLI, *La codificazione del diritto amministrativo*, Napoli 1933). La maggioranza degli studiosi è contraria principalmente perché ritiene ancor troppo fluida la normazione amministrativa. Sembra preferibile ritenere che l'idea stessa sia manifestazione di una concezione illuministica della società, in cui è assegnata alla normazione scritta un ruolo che essa certo non possiede.

Quanto alle « leggi generali sull'azione amministrativa » v. il § 240 ss.

#### 19. *Altre scienze di studio dei fatti amministrativi.*

L'imponenza dei fatti amministrativi collettivi dell'età contemporanea ha suscitato altri tipi di studio dei fatti amministrativi collettivi.

*Ansjeuno*

Avevamo visto (§ 10) che contemporaneamente al diritto amministrativo fu introdotta un'altra scienza, che fu chiamata scienza dell'amministrazione. Per il vero Romagnosi di questa scienza sentì la presenza, ma non ne ebbe idea chiara: esistendo nel secolo precedente altre discipline che studiavano i fatti amministrativi delle collettività, queste non potevano essere soppresse, onde egli pensò che se ne potessero raccogliere i materiali nella nuova scienza che si collegava al nuovo diritto. Ben presto però avvenne che alcune delle parti più vive delle vecchie discipline passarono a comporre la scienza delle finanze e la politica economica, che iniziarono così la loro vita, oggi fervidissima. Comunque il concetto di Romagnosi non ebbe difficoltà ad essere accolto, finché vigeva indistinzione tra scienza del diritto amministrativo e scienze non giuridiche, come si direbbe con Orlando; più precisamente sinché con la giuspubblicistica pandettistica la scienza del diritto amministrativo non acquistò la sua consapevolezza scientifica. La tardiva opera del riformatore Stein (§ 10), rimase solitaria e non si discosta molto dal suggerimento di Romagnosi, salvo che per la parte sociologica, dato lo sviluppo che questa scienza aveva preso.

Fu dopo l'avvento della pandettistica che cominciarono le difficoltà per la scienza dell'amministrazione, perché la secessione dei giuristi le tolse gran parte dei più provveduti fra i possibili cultori. Da principio prevalse — con molte varianti — l'indirizzo Romagnosi-Stein che vedeva nella scienza dell'amministrazione una disciplina di analisi degli istituti amministrativi positivi sotto il profilo diremmo oggi giuridico politico ed economico insieme. Poi invece prevalse chi volle scindere nettamente la parte giuridica, e la scienza dell'amministrazione divenne la disciplina che studiava l'aspetto politico-sociologico-tecnico delle amministrazioni pubbliche, ossia il « non diritto ».

Concezione, questa, che oggi è facile dire errata, perché vi sono molte scienze che si occupano dell'amministrazione pubblica, anche se solo in un capitolo o in una branca del proprio ambito di studio. Vi sono, p. es., una sociologia dei pubblici poteri, una sociologia della burocrazia, qualche capitolo dell'economia politica che si occupa dei costi e della produttività dell'amministrazione

pubblica; nella scienza politica vi è una parte che si occupa degli apparati pubblici. Anche nella psicologia vi sono partizioni concernenti le amministrazioni pubbliche (p. es. relazioni pubbliche).

Si spiega quindi come, messa su questa via sbagliata, la scienza dell'amministrazione languì, e anzi ad un certo punto scomparve; ed in sua vece si svilupparono le altre singole scienze che si occupavano dei fatti amministrativi.

Verso la fine dello scorso secolo vi fu la riforma delle scienze aziendali, germinate da più antiche discipline e tecniche, come la ragioneria, l'archivistica, ecc., le quali subirono talora profonde dislocazioni. Esse investirono anche i fatti amministrativi collettivi, ed ebbero due indirizzi principali: il primo nel senso di impostare una scienza (o tecnica) dell'organizzazione, che si occuperebbe anche dell'organizzazione pubblica. L'altro che ritiene troppo stretto l'orizzonte dell'organizzazione e ha riesumato la scienza dell'amministrazione come una tecnica applicativa all'amministrazione pubblica di elaborati teorici della sociologia, dell'economia, della scienza politica: in sostanza un'ingegneria delle amministrazioni pubbliche. Effettivamente una disciplina di questo contenuto potrebbe avere un ruolo importante, ma la produzione sino ad oggi non è soddisfacente.

Prima della secessione dei giuristi, la letteratura italiana di scienza dell'amministrazione conobbe due sole opere (Il *Saggio* di G. E. GARELLI, Torino 1893, e gli *Elementi di scienza dell'amministrazione* di V. WAUTRAIN CAVAGNARI, Firenze 1890). Dopo, il dibattito raggiunse punte parossistiche. Per il primo indirizzo, V. E. ORLANDO, *AG*, 1887, XXXVIII (scienza dell'attività sociale dello Stato); C. F. FERRARIS, *Saggi di economia, statistica e scienza dell'amministrazione*, Torino 1880 (scienza della provvista dei mezzi dell'azione amministrativa).

Sull'altro indirizzo E. PRESUTTI, *Principi fondamentali di scienza della amministrazione*, Milano<sup>2</sup> 1910 (che fu il maggior libro italiano interamente dedicato alla disciplina); G. VACCHELLI, *La scienza dell'amministrazione come scienza autonoma*, *AG* 1894, LII, 33; A. CODACCI PISANELLI, *Lezioni di scienza dell'amministrazione*, Roma 1928.

Sulle nuove concezioni v. *La scienza dell'amministrazione*, Milano 1957 (Atti del I convegno del C.S.A. Como). Il materiale dei recenti indirizzi è assai bene raccolto nelle riviste *Organizzazione tecnica della pubblica amministrazione*, e *Revue internationale des sciences administratives*, edita dall'*Institut international des sciences administratives*, con sede a Bruxelles.

In particolare nella prima si trovano le indicazioni anche dei non pochi che ritengono tuttora inutile o impossibile una scienza dell'amministrazione.

Un indirizzo affermatosi dopo il 1950, fra il materiale che compone la scienza dell'amministrazione tende a sviluppare soprattutto quello sociologico, anzi alcuni sociologi rivendicano alla loro disciplina ciò che di vivo esisterebbe nella scienza dell'amministrazione. L'indirizzo trae origine dalle ben note teorie di M. Weber ed ha trovato particolare sviluppo in Germania (v. su costoro F. DEMARCHI, *La collocazione sociologica degli impiegati*, *Rassegna italiana di sociologia* 1964, 203) e negli Stati Uniti, ove riceve interessanti apporti; fra i più recenti v. A. ETZIONI, *A Comparative Analysis of complex organization*, New York 1961, *Modern organisation* (1964, trad. it. Bologna 1967); P.M. BLAU e W. R. SCOTT, *Formal organization*, S. Francisco 1962.

È da tener presente che le discipline non giuridiche che hanno ad oggetto fatti amministrativi collettivi sono molte di più di quanto si avverta fra i giuristi. Ricordiamo: l'igiene, la geografia economica, l'ecologia umana, l'urbanistica. Inoltre si aggiungono di continuo discipline che dedicano ampie parti ai fatti medesimi, come la cibernetica.

20

tal  
zia  
zio  
« p  
mepri  
me  
Ma  
ess  
una  
der  
fiss  
ogr  
tica  
cip  
norsign  
di  
pre  
avv

CAPITOLO III  
PROFILI COSTITUZIONALI  
DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

20. *Amministrazione statale, funzione di indirizzo e potere governativo.*

Che cosa siano le amministrazioni pubbliche, in particolare statali, nel momento presente, è problema che si pone in modi sostanzialmente eguali in tutti i diritti positivi contemporanei. La tradizione, come si è visto, inquadra l'amministrazione (apparato) in un « potere » dello Stato, che era indicato, e ancora è indicato da molti, come il potere esecutivo.

Occorrerebbe quindi, a questo punto, verificare la validità del principio della divisione dei poteri. Da due secoli una quantità innumerevole di giuristi, sociologi e politici ne tratta, o almeno ne parla. Ma se anche si esclude la vastissima schiera di coloro per i quali esso è solo un luogo topico, fra i più consci sussiste pur tuttavia una verace difficoltà d'intendersi, che sino a tempi abbastanza recenti derivava da una molto precisa ragione: che se ne voleva per forza fissare un significato « autentico », qualificando spurio o erroneo ogni altro. Enunciato di ideologia politica, regola di scienza politica, regola di strutturazione sociologica del potere pubblico, principio etico o deontologico, precetto di scienza dell'organizzazione, norma costituzionale: ecco i principali di essi.

Solo in tempi più vicini ci si è avveduti che il problema del significato autentico è falso, poiché il principio è stato espressione di valori che hanno variato nel tempo e nello spazio, e quasi sempre espressione di più significati insieme. Lo studio di come ciò sia avvenuto e avvenga è di pertinenza della scienza costituzionalistica;

è quindi opportuno limitarsi qui ad analizzare come il principio si ponga oggi in ordine alla materia che ci interessa.

Or è innanzitutto da precisare che il principio riguarda solo l'amministrazione dello Stato; i « pubblici poteri » che nel mondo contemporaneo esistono in qualsiasi collettività generale di ambito statale si compongono, oltre che dello Stato, di molti enti, taluni dei quali indipendenti dallo Stato. Affermare che anche questi « facciano capo » all'ente Stato era un puro accorgimento verbale delle vecchie teorie, fatto per salvare la coerenza (v. i §§ 29 ss.).

Così delimitato l'ambito di applicazione del principio, si può ulteriormente precisare che esso è un principio politico, trasfuso in un principio di costituzione materiale, secondo cui le potestà pubbliche prefigurate dalle norme (costituzionali o primarie) devono essere ripartite tra complessi organici di organi statali, sì che nessuno di essi concentri tal quantità di potestà da sopraffare gli altri complessi.

Sulla base di tale enunciato, nessuno sarebbe però in grado di organizzare uno Stato, perché esso non indica quanti « poteri » si debbano prevedere, a quale attribuire la potestà di decisione, a quale far subire le conseguenze dell'errore, a chi far pagare il costo dell'organizzazione, come conferire le cariche dei titolari degli uffici, e così via.

Devono dunque sopperire dei *principi positivi di organizzazione costituzionale*. Principi che non sono implicati in alcun modo da quello della divisione dei poteri, ma promanano da altri principi di costituzione materiale, e variano in ragione delle molteplici situazioni storiche dei diversi paesi. Deriva da ciò che non necessariamente il principio di divisione dei poteri deve esser concepito nella figura settecentesca della tripartizione dei poteri, e che possono esistere organizzazioni costituzionali nelle quali non c'è un « potere » legislativo, o un « potere » esecutivo, oppure nelle quali sussistono altre specie e figure di poteri.

Un riscontro di questi concetti lo si trova proprio nelle costituzioni italiane. Nelle costituzioni prerepubblicane non vi era un « potere giudiziario » se non sulla carta; in realtà esisteva una bran-

ca del  
giustiz  
cana s  
legisla  
me ve  
quale  
coglie  
giurist  
slativo  
tivo. C  
potere  
potere  
funzio  
interes

I  
zione  
ser cor  
in nese  
second  
magar  
sto me  
ss.), m  
in nese  
mazor

V  
dal pr  
« fatto  
cuna d  
zo real  
teriale  
indiriz  
tico an

F  
lificare  
ne sia  
dirizzo

5. M. S

ca dell'amministrazione governativa adibita all'amministrazione della giustizia mediante organi semindipendenti. La costituzione repubblicana scritta prefigura invece essa direttamente almeno due poteri: il legislativo e il giudiziario (artt. 70 e 104). Però non accoglie — come vedremo nel § seg. — la corrispondenza tra poteri e funzioni, quale teorizzata dalla teoria formale sostanziale, così come non accoglie la concezione dei controlli reciproci tra poteri, teorizzata dai giuristi inglesi; né la concezione normativistica del primato del legislativo e della identità di fondo tra potere giurisdizionale e governativo. Certamente non conosce un potere di pubblico ministero, né un potere municipale, come esistono altrove. È dubbio che conosca un potere di controllo e un potere regionale. Però anche certamente le funzioni sono più di tre. Altro punto certo, che particolarmente ci interessa, è che *manca un potere che possa dirsi esecutivo*.

Il complesso di organi costituito dal governo e dall'amministrazione dello Stato, intorno a cui gravitano enti ausiliari, potrebbe essere considerato un « potere esecutivo » solo nella misura in cui esso in nessun modo partecipi all'indirizzo politico, ed abbia un compito secondario di attuazione dei deliberati di un altro potere, attuazione magari anche largamente discrezionale e responsabilizzata. Or questo modulo organizzativo si realizza in taluni enti pubblici (v. § 54 ss.), ma non si è mai realizzato per lo Stato in nessun luogo e in nessun tempo. Il governo ha infatti sempre partecipato alla formazione dell'indirizzo politico, in un modo o nell'altro.

Va qui chiarito che la teoria formale sostanziale tenne fuori dal proprio ambito visuale l'indirizzo politico, considerandolo un « fatto » giuridicamente irrilevante. Di qui appunto una grossa lacuna di questa teoria, che è stata colmata solo dai teorici dell'indirizzo realistico. Oggi si reputa che sia principio della costituzione materiale quello secondo cui ogni ente pubblico ha una « funzione di indirizzo », che, a seconda della natura dell'ente, sarà politico, politico amministrativo, o solo amministrativo.

Fu allora facile constatare che quel « potere » che si voleva qualificare come esecutivo, negli Stati moderni contemporanei, quale che ne sia il tipo di governo, partecipa sempre alla deliberazione dell'indirizzo politico. Lo propone in forma di suggerimento al parla-

mento che lo delibera, oppure lo delibera insieme al parlamento, oppure lo delibera esso su direttive o su consigli che il parlamento gli fornisce, oppure lo delibera su direttive delle direzioni dei partiti e lo discute in parlamento, e così via.

È esistito ed esiste, dunque, non un potere esecutivo, ma un potere governativo, che nelle diverse costituzioni consta or del capo dello Stato (repubbliche presidenziali), or del governo in congiunto col capo dello Stato (p. es.: Stati parlamentari dello scorso secolo), or del governo solamente (p. es.: costituzione italiana attuale), comunque ed in ogni caso insieme al complesso degli organi formanti l'amministrazione dello Stato. Talché l'amministrazione statale può essere semplicemente indicata come l'*apparato del potere governativo*, avente tutti i compiti e le funzioni di questo.

Sulla realtà e sulle teorie della divisione dei poteri manca uno studio moderno. Sociologi, giuristi e cultori di scienze politiche hanno lavorato senza raccordi, con risultati imperfetti. I più sodisfacenti sono quelli degli ultimi, i quali hanno ormai chiarito il significato di ideologia politica che fu all'origine della teoria, e delle sue prime applicazioni (v. soprattutto i vari studi di S. COTTA su Montesquieu, in particolare *Montesquieu, la séparation des pouvoirs et la constitution fédérale des Etats-Unis*, *Rev. internat. histoire politique et const.* 1951, 225, e l'intera seconda parte de *La dottrina dello Stato*, di A. PASSERIN d'ENTRÉVES, Torino 1962). In Montesquieu la divisione dei poteri ha un significato molto concreto: essa è intesa come distribuzione dei poteri tra i diversi gruppi sociali: corona, nobiltà, borghesia. Mancano, peraltro, ancora studi che pongano adeguatamente in luce il significato della teoria in relazione alla concreta situazione storica dei paesi civili ai quali egli rivolgeva la sua attenzione (Gran Bretagna e Francia, principalmente).

Invece gli importanti studi dei moderni sociologi sul potere sembra abbiano rotto il diaframma con la teoria e la realtà della divisione dei poteri: significative le due più interessanti sillogi *Class, Status and Power*, a cura di R. Bendix e S. M. Lipset (Routledge Kegan, New York 1954), e *Sociologi e centri di poteri in Italia* (Bari 1962). Non così sociologi meno recenti (p. es. G. TARDE, *Les transformations du pouvoir*, Paris 1909, che di tali ricerche fu l'iniziatore).

Quanto ai giuristi, è spesso sconcertante come il loro sguardo sia volto al passato (si vedano p. es. G. BALLADORE PALLIERI, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente costituzione italiana*, *RTDP* 1952, 811; O. KÜSTER, *Das Gewaltenproblem in modernen Staat*, *AöR* 1949, 397), quando non si perde nella terminologia (P. GASPARRI, *I concetti di « legislazione », « amministrazione » e « politica » nella terminologia della Costituzione*, in *Scritti Lessona*, Bologna 1963, I, 353). Si veda però G. BURDEAU, *Traité de science politique*, Paris 1950-52 (specialmente vol. III e IV); P. SCHNEIDER, *Zur Proble-*

matik  
1, e la  
Q  
è scopo  
sull'ind  
« scopo  
è attua  
Stato,  
proble  
fosse t  
borzic  
che pu  
anche  
tributa  
è mai

21. I

I  
ammi  
parato  
questo  
to ser  
elabor  
ziativ  
istanz  
non s  
essa p  
si, ch  
lo Sta

strazi  
d'inte  
gli er  
indica  
scinda  
poter

ovun  
va e

*matik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, AöR 1957 (43°), 1, e la voce Poteri (divisione dei) di F. MODUGNO, NNDI.*

Quanto alla funzione d'indirizzo, non è senza significato che la nozione è scoperta dai giuristi del periodo weimariano, e che in Italia il primo studio sull'indirizzo politico sia quello del V. Crisafulli, che è del 1939. Allora la « scoperta » lasciò sorpresi molti giuristi, i quali si accorsero che se la legge è attuazione di un indirizzo politico, essa non era più l'atto primario dello Stato, secondo quanto si insegnava! Ed è curioso vedere oggi quanti falsi problemi vennero fuori; p. es. se la determinazione dell'indirizzo politico fosse una superfunzione, o un superpotere, o un potere a sé. Invero l'elaborazione e l'adozione di un indirizzo (politico o altro), è una funzione, che può spettare alla competenza di uno o di più organi. Teoricamente è anche pensabile che vi sia un comp'esso di organi costituente un potere, tributario unico della funzione d'indirizzo, ma nella realtà storica ciò non si è mai avverato, almeno per l'indirizzo politico dello Stato.

#### 21. *Potere governativo e potere amministrativo.*

In conseguenza di quanto precisato al § 20, l'organizzazione amministrativa statale si presenta, oggi, in tutti gli Stati, come l'apparato del governo, quale che sia l'organizzazione costituzionale di questo. Essa fa tutto ciò che spetta al governo fare: predispone quanto serve per l'elaborazione e la deliberazione dell'indirizzo politico, elabora le leggi delegate, i decreti legge, le proposte di legge di iniziativa governativa, negozia i trattati internazionali, interviene nelle istanze internazionali, superstatali, comunitarie a nome dello Stato (e non solo o non sempre solo del governo); accanto a queste attività, essa poi svolge tutte quelle incombenze di cura dei pubblici interessi, che le leggi, ma non solo le leggi bensì anche i fatti, affidano allo Stato.

Se però si amplia l'orizzonte, e si considera non la sola amministrazione dello Stato, ma questa insieme agli enti, pubblici e privati d'interesse pubblico (v. § 54 ss.) suoi ausiliari, nonché alcuni degli enti indipendenti, viene fuori un fatto tendenziale, che si è già indicato indietro (al § 19 a): il potere governativo tende cioè a scindersi in due poteri: un potere governativo in senso stretto e un potere amministrativo.

Questa tendenza è in via di formazione. Si può dire che ormai ovunque il potere governativo ha perduto omogeneità organizzativa e unitarietà di interessi. Infatti ovunque, o in figura di Stati fede-

rati o di regioni ordinarie o autonome, enti territoriali diversi dallo Stato svolgono propri compiti amministrativi, e in quasi tutti gli ordinamenti nuovi tipi di enti pubblici non territoriali assumono compiti già dello Stato. Contrasti di interessi si pongono nel seno dello Stato e tra questo e i vari enti, e per comporli in modo che non esplodano, negli ordinamenti più evoluti è d'uopo ricorrere alla programmazione. Infine taluni organi dello Stato esercitano funzioni di predisposizione e scelta politica, altri organi o enti somministrano servizi, altri ancora agiscono come imprenditori. Inoltre, come si vedrà ai §§ 50 e 81 ss., ovunque gli organi amministrativi e il personale burocratico chiede garanzie nei confronti del governo in quanto potere politico, sì che questo è ormai fortemente limitato sin nella scelta delle persone.

Oggi ovunque vi sono organi che sono componenti del potere governativo e capi delle grandi partizioni del potere amministrativo, ma l'unità degli organi di vertice non significa unità di funzioni, ed anche se il governo usa degli organi dell'amministrazione per svolgere le proprie attività politiche, l'amministrazione non può più dirsi l'apparato del governo, in senso assoluto. In taluni paesi, come l'Inghilterra, il governo già si compone di due segmenti, uno politico ed un altro amministrativo; altrove l'amministrazione esprime i suoi organi con i quali il potere governativo si pone in rapporti giuridici, così come fa con gli altri poteri. Sarà il futuro a stabilizzare le forme giuridiche di quest'evoluzione.

## 22. *La funzione amministrativa: teoria e approcci.*

Uno dei punti critici della teoria formale sostanziale era quello della funzione « essenziale » del potere esecutivo. Una « funzione esecutiva », che pur sarebbe stata richiesta dalla logica del sistema, come corrispondente delle funzioni legislativa e giurisdizionale, non la si era mai riusciti a configurare, e si era sempre parlato di una funzione amministrativa.

In tempi più recenti, attenuatosi il valore formale della nozione di potere esecutivo la dottrina si trovò più libera, e si formò un largo consenso sulla definizione della « funzione amministrativa » come

cura concreta di interessi pubblici (quella legislativa sarebbe cura astratta, e quella giurisdizionale sarebbe attività concreta ma *super partes*, quindi non cura di interessi).

La teoria normativistica ebbe facile gioco a sostenere che la giurisdizione civile è almeno cura concreta dell'interesse pubblico alla pace sociale, e che quella penale lo è sempre; e lo è anche la legislazione, quando pone norme non generali e non astratte. In altre parole essa rilevò che non esiste un modulo certo per distinguere l'interesse pubblico concreto dall'interesse pubblico astratto: le norme straordinarie, temporanee, congiunturali, e simili, sarebbero un esempio di cura di interessi pubblici che non si sa se possano dirsi astratti o concreti, generali o particolari.

Di qui l'ingegnarsi della dottrina nella ricerca di altri criteri teorici. Una tesi proposta fu quella dell'amministrazione come attività *non autosufficiente*: è amministrativa l'attività che si subordina ad altra attività che provvede alla decisione circa le scelte fondamentali. Nel caso dello Stato, è amministrativa l'attività di attuazione dell'indirizzo politico fissato dagli organi costituzionali e delle leggi.

La tesi presenta due punti critici: il primo sta nell'adottare un elemento negativo per definire la funzione amministrativa, ed è noto che ciò crea difficoltà applicative; il secondo sta nel fissare una nozione in cui il carattere di funzione sfugge.

Altra tesi è quella del carattere residuale dell'attività amministrativa. Posto che attività legislativa e attività giurisdizionale hanno ben definiti caratteri, mentre altrettanto definiti non li ha l'attività amministrativa, è da individuare la « funzione amministrativa » come ciò che non è né legislazione né giurisdizione. Si è anche a questa tesi obiettato che non si può adottare un criterio negativo per definire una funzione.

In realtà la tesi può valere di più di quanto sembri a prima vista, se la si inquadri in una delle concezioni della divisione dei poteri, quella secondo cui lo Stato è per eccellenza il governo, gli altri poteri avendo invece un ruolo di freno, garanzia e controllo; si spiegherebbe quindi perché il compito principale dello Stato, cioè il « governare e amministrare », resterebbe meno definito rispetto agli altri, del far leggi e del fare giustizia.

Sulla base di quanto si è acquisito nel cap. prec., possiamo dire che queste diverse teorie hanno in comune un tipo di approccio problematico: quello di individuare e definire ad ogni costo una funzione, da denominare funzione amministrativa, in quanto essenziale e caratterizzante l'attività che svolge il « potere » amministrativo (o governativo, a seconda dei punti di vista). Nella teoria formale sostanziale la coesenzialità tra un potere e una funzione formava un assioma. L'indirizzo realistico ha abbandonato tale concezione, e oggi è convincimento comune che i poteri svolgono ciascuno diverse funzioni.

Ne deriva che l'approccio problematico va spostato più in radice, e ci si deve chiedere se in diritto positivo sia riconoscibile una funzione dello Stato che possa essere individuata come amministrativa. La dottrina si è posta il problema anche in questo modo, e una parte di essa ha osservato che tutti gli enti e gli organi che si denominano amministrativi attendono ad una cura concreta di interessi pubblici. È allora questo un tratto idoneo ad essere assunto come caratterizzante?

Se si considera la normazione positiva ci si avvede che la cura concreta di interessi pubblici è distribuita tra più poteri: occorre una rapida verifica di questo.

La critica fatta da Kelsen negli *Hauptprobleme* ha eliminato dalla scena a tre tesi proposte dalla teoria formale sostanziale per individuare la funzione amministrativa. Le più diffuse erano quelle dell'amministrazione-attività come attuazione del precetto normativo e quella dell'attività concreta di scelta dei mezzi per raggiungere fini fissati dalla norma. Il più sottile rappresentante della seconda tesi fu, in Italia, il Vitta. A parte le critiche kelseniane, queste tesi peccavano anche di astrattismo: se ogni attività di scelta dei mezzi fosse amministrativa, sarebbe tale anche quella del legislatore secondario, allorché sceglie le norme con cui attuare le norme primarie.

Il filone dell'astrattismo non è affatto scomparso. Da noi un esponente pieno di acume ne è il GASPARRI (*Corso*, I, capp. III e segg.), il quale ritiene che esistano due funzioni, l'amministrativa, caratterizzata dall'obbligatorietà, e l'esecutiva, caratterizzata dalla concretezza dell'azione. Si può osservare che è difficile comprendere in che modo l'attività esecutiva sia una funzione; quanto all'altra è da dire che molte attività hanno l'attributo dell'obbligatorietà senza con ciò essere amministrative (così la giurisdizione, così la legislazione necessaria).

Eguale discorso può farsi per la tesi dello ZANOBINI (*Corso*, I, cap. I), che vede contrassegnata l'attività amministrativa dell'immediatezza, mentre legislazione e giurisdizione curerebbero interessi pubblici in via mediata, l'una prescrivendo il come della cura, l'altra accertando che la norma sia osservata. Invero lo Zanobini ha avuto piena consapevolezza di quel che fosse l'attività amministrativa, ma la concettualizzazione generale che ne propone va incontro alle osservazioni qui fatte.

La tesi della non autosufficienza e la tesi residuale, cioè le tesi a definizione negativa, sono ambedue della dottrina tedesca influenzata dal realismo, ma la seconda risale a G. Jellinek sr. e trovò diffusione anche in Italia.

Molto discusso è se esista una nozione di attività amministrativa propria della scienza dell'amministrazione. Secondo una tendenza di questa vi sarebbero le organizzazioni superiori, che per essere molto articolate nel loro complesso avrebbero sempre più livelli, dei quali sarebbe amministrativo quello immediatamente inferiore al livello supremo di alta decisione. Con questa tesi sarebbe possibile unificare la trattazione delle amministrazioni pubbliche di tutte le organizzazioni generali succedutesi nel tempo, dalle polis e dagli imperi dei fiumi sino ad oggi. Ciò è sufficiente per mostrare come la nozione non sia giuridicamente utilizzabile.

23. *La distribuzione tra i poteri dell'attività di cura concreta di interessi pubblici.*

La cura di interessi concreti può essere svolta in primo luogo dal potere legislativo. Nel nostro diritto positivo, come in altri, il parlamento fa le leggi (art. 55 cost.), e le leggi possono essere anche individuali e concrete. Non è accolto infatti, né da noi né altrove, il principio per cui le leggi sono universali e astratte. La contraria opinione è diffusa, ma si basa su un equivoco di origine privatistica: siccome le norme più importanti sono poste dalla legge, e le norme non derogatorie sono universali e astratte, si scambiano le norme con l'atto normativo che le introduce, e si attribuisce a questo il carattere delle prime. Si avverta che la norma eccezionale (derogatoria) e la norma a fattispecie esclusiva (come quella che regola un organo unico, poniamo il Consiglio di Stato) possono essere sia generali e astratte, sia individuali e concrete, sia individuali e astratte, onde la regola per cui tutte le norme sono generali e astratte è anche oggettivamente non rigorosa.

A parte queste considerazioni, nulla vieta al parlamento di adottare leggi - provvedimento, p. es. per deliberare un contratto, approvare la graduatoria di un concorso, stabilire un prezzo, un

blocco di merci, e simili. Nel nostro e in altri ordinamenti in questi casi l'atto del parlamento è una legge, con tutti gli effetti che sono propri della legge, e i limiti sono segnati solo dalla costituzione formale e materiale. Atti normativi individuali e concreti possono essere anche i piani economici e urbanistici.

Più complessa ed eterogenea l'attività di cura di interessi concreti affidata al potere giudiziario. Innanzitutto ricordiamo che sono molti a pensare che tutta la giurisdizione sia cura di interessi concreti; ma non è tanto questo discusso aspetto teorico che viene qui in rilievo, quanto invece un insieme di attività specificamente affidate ad organi del potere giudiziario, che non hanno, o almeno possono sembrare non avere, il contenuto proprio della giurisdizione civile o penale o altra.

Dottrina e giurisprudenza hanno discusso delle seguenti:

a) attività relative ai servizi della giustizia. Il grosso di queste attività è affidato ad organi dell'amministrazione dello Stato (il Ministero di grazia e giustizia). Sono però affidate ai procuratori della Repubblica alcune incombenze in materia di stato giuridico, lavoro e disciplina di cancellieri, di ufficiali giudiziari, di custodi delle carceri mandamentali; incombenze patrimoniali hanno i capi di uffici giudiziari per i propri uffici. La giurisprudenza ritiene oggi che queste attività siano amministrative, per ragioni di decentramento affidate ad organi del potere giudiziario anzichè svolte dal ministero della giustizia;

b) volontaria giurisdizione. È attività di natura assai discussa. Sembra preferibile ritenere che essa costituisca una funzione avente propria fisionomia, disimpegnata dagli organi giudiziari per il carattere di terzietà che è loro tipico, e perché tecnicamente più idonei. È però diffusa la tesi che la ritiene attività speciale della funzione giurisdizionale, mentre è quasi abbandonata quella che la ritiene attività della funzione amministrativa affidata al potere giudiziario (onde le applica le regole proprie dei provvedimenti amministrativi anziché delle sentenze);

c) amministrazioni e sindacati giudiziari in senso lato. Commissari, sindacatori, custodi e sorveglianti giudiziari, amministrazioni giudiziarie, liquidazioni coatte amministrative, procedure fal-

limentari, ecc., concretano procedimenti e provvedimenti attribuiti al potere giudiziario. È da accettare la tesi che li considera procedimenti della funzione giurisdizionale, in quanto aventi ad oggetto la tutela di diritti di creditori e di terzi in ragione di particolari situazioni di disagio o di insolvenza di soggetti privati particolari, per lo più imprenditori;

d) polizia giudiziaria. Dato l'art. 109 cost. vale oggi la regola che l'attività di polizia giudiziaria sia di natura giurisdizionale, in quanto strumentale rispetto alla giurisdizione penale in senso stretto. In passato era invece diffusa la tesi che essa fosse attività della funzione amministrativa, e la si considerava una polizia posta a disposizione del magistero penale ma dipendente altresì dell'amministrazione (tale è peraltro nella legislazione vigente, non essendo stata ancora attuata la costituzione su questo punto);

e) esecuzione delle pene. La direzione degli stabilimenti di prevenzione e di pena dipendeva una volta dal Ministero degli interni, che era considerato esecutore delle pronunce del magistero penale. Con le riforme del 1931 l'attività relativa è passata al Ministero della giustizia, e la presenza del giudice all'esecuzione l'ha resa attività strumentale della giurisdizione, non più di natura amministrativa. Tipico esempio di mutamento di qualificazione per cambiamento del diritto positivo.

La stessa vicenda hanno subito i procedimenti concernenti le materie che seguono;

f) misure amministrative di sicurezza, oggi concentrate presso la giurisdizione, e giurisdizionalizzate, mentre prima erano in parte anche dell'amministrazione di pubblica sicurezza;

g) pubblico ministero. Ancor oggi costituisce una delle attività più discusse del nostro tipo di ordinamento. L'opinione prevalente la considera giurisdizionale, in tutte le sedi giudiziarie presso cui esiste (penale, civile, contabile). Siccome anche in ordine ad essa la costituzione è però rimasta inattuata, può assumere valore la tesi che nell'attività dei pubblici ministeri ravvisa una funzione a sé stante, affidata a magistrati del potere giudiziario, ma di natura non giudiziaria. Si avverta che vi sono Stati e vi sono normazioni positive che pongono i pubblici ministeri alle dipendenze del governo; per-

tanto in tali diritti l'attività dei pubblici ministeri è attività amministrativa, anche se si è tentato di sostenerne la natura giurisdizionale.

Si rileva dunque:

a) che vi sono attività di cura concreta di interessi pubblici affidate ad altri poteri, che si esprimono con i procedimenti e con gli atti tipici dei poteri medesimi: legge o sentenza;

b) che ve ne sono altre le quali, pur senza rivestirsi di forme proprie degli atti tipici del potere che le svolge, seguono peraltro i procedimenti propri del potere medesimo (in concreto, del potere giudiziario);

c) che altre concretano, o possono concretare, se così dispone il diritto positivo, funzioni che non sono né amministrativa, né legislativa né giurisdizionale, anche se affidate a poteri che assolvono già una funzione tipica.

Si deve ancora attirare l'attenzione sul fatto che il diritto positivo ha regolato e regola queste materie senza mai preoccuparsi troppo delle costruzioni dei teorici e della tradizione, ma non per ciò cadendo nell'assurdo.

Non abbiamo dato notizia, nel testo, di alcune attività che, secondo la dottrina precedente, sarebbero anch'esse « amministrative ». È che a nostra opinione non sono tali. Esse sono le c.d. attività interne dei poteri legislativo e giudiziario. In realtà queste attività sono di più specie:

a) vi sono in primo luogo quelle che ogni apparato, specie se avente organi collegiali, deve porre in essere per poter funzionare; tale l'assegnazione delle pratiche agli uffici (ai giudici), gli ordini per il funzionamento temporale e locale degli uffici, la polizia delle udienze e delle assemblee, e, per gli organi collegiali, la formazione dell'ordine del giorno, del calendario dei lavori, ecc. Tutte queste sono attività interne in senso proprio (v. il § 233 ss.), che come tali non esprimono mai una funzione, e se hanno rilevanza, l'hanno in ordine alla validità dell'atto che sarà adottato;

b) vi sono poi attività concernenti l'organizzazione dell'apparato interno. P. es. il Capo dello Stato in certi ordinamenti organizza da sé i propri uffici serventi, i quali si considerano uffici del Capo dello Stato e non dello Stato. In tale singolare posizione si trovano oggi, per lo più, le camere dei parlamenti (in materia si possono vedere S. BUSCEMA, *Autonomia contabile degli organi costituzionali*, Padova 1958; G. B. VERBARI, *Sul rapporto d'impiego presso l'Assemblea regionale siciliana*, FA 1964, IV, 210). Essa costituisce un privilegio anacronistico, poiché è sempre danaro pubblico quello che viene speso per siffatte « organizzazioni private » di organi costituzionali. Comunque là dove è rimasta, l'attività relativa non si imputa allo Stato,

ma all'  
strativa

gio anc  
interpe  
Questi  
prie de  
nistrati

24. I

I  
versa  
ammi  
dovre  
male

falso.

sendo  
costit  
affida  
almer  
avend  
aspett

fidate

legisl  
ne in  
norm  
leggi  
ha co  
è lo  
le è  
e tali  
ditor

ma all'organo direttamente, e non è quindi qualificabile né come amministrativa né in altro modo;

c) infine vi sono attività che impropriamente sono dette interne, e, peggio ancora, amministrative: per le camere del parlamento tali le mozioni, le interpellanze, le inchieste, le leggi di approvazione del bilancio e del piano. Questi sono infatti atti delle funzioni d'indirizzo politico e di controllo, proprie del parlamento, che non hanno nulla a che fare con la funzione amministrativa.

#### 24. *Funzioni non amministrative attribuite al potere amministrativo.*

Indubbiamente nei diritti positivi esiste anche un'evenienza inversa a quella ora esaminata: l'attribuzione al potere governativo e amministrativo di funzioni che, per la loro sostanza, in astratto dovrebbero appartenere ad altri poteri se si accettasse la teoria formale sostanziale.

Anche questa evenienza presenta un aspetto vero e un aspetto falso.

Il fatto che alcuni organi dell'amministrazione dello Stato, essendo anche organi serventi del governo, partecipino alle funzioni costituzionali di questo, non costituisce, come si è talora ritenuto, affidamento di una funzione altrui all'amministrazione statale, ma è, almeno in diritto positivo, attività propria dell'amministrazione, non avendo il governo un suo distinto apparato. Questo è dunque un aspetto falso del problema.

Diverso discorso va fatto per le c.d. « funzioni legislative » affidate all'amministrazione.

A ben considerare difatti si vede che talune attività, più che legislative, « normative », sono svolte da organi dell'amministrazione in quanto organi serventi del potere governativo: così per le norme di attuazione degli statuti delle regioni autonome, per le leggi delegate, per i decreti legge. Sono evenienze in cui il governo ha competenza propria o competenza delegata. In altre evenienze è lo stesso potere amministrativo che ha attribuzioni normative: tale è il caso (peraltro ancor discusso) dei regolamenti governativi, e tali i casi dei regolamenti ministeriali, prefettizi, di servizi imprenditoriali che gestisce lo Stato. Vi sono poi tutte le norme emanate

dagli enti pubblici, talune delle quali hanno rango costituzionale, come le leggi regionali.

La massiccia potestà normativa delle amministrazioni pubbliche, statali e non, costituisce una vicenda che ha dislocato la prospettiva in cui ci si muoveva ancora qualche decennio fa, onde oggi si può dire che la funzione normativa è anch'essa distribuita tra i poteri legislativo, governativo e amministrativo, nonché fra lo Stato ed altri enti (il che è una delle manifestazioni più vistose del pluralismo).

Non si ha, dunque, in tutte queste evenienze, una « funzione altrui affidata al potere amministrativo », ma piuttosto la distribuzione, fatta dalla costituzione, di una potestà — la potestà normativa — tra più poteri, restando la potestà (o funzione) legislativa solo una delle parti di tale potestà, contraddistinta dall'efficacia dell'atto normativo che viene adottato.

Eguale di diritto positivo è il problema delle funzioni giurisdizionali attribuite ad organi dell'amministrazione. Mentre le costituzioni prerepubblicane italiane ammettevano tale possibilità, la Costituzione repubblicana la vieta. Di conseguenza oggi l'amministrazione non ha più organi con attribuzioni giurisdizionali, e quelli che esistevano o sono stati dequalificati ad organi amministrativi contenziosi, o sono stati dichiarati, dalla Corte costituzionale, costituzionalmente illegittimi. Rimangono le due sole eccezioni previste dalla stessa Costituzione, del Consiglio di Stato e della Corte dei conti in sede giurisdizionale; ma sono eccezioni apparenti — almeno secondo l'interpretazione più accettata — in quanto trattasi di organi indipendenti (v. *infra*, § 50).

Altre attività dello Stato che danno luogo a discussioni sono i procedimenti di estradizione e il potere di grazia (o di clemenza o di remissione). Quest'ultimo si compone però di istituti eterogenei, quali l'amnistia e l'indulto, da un lato, la grazia, e poi il condono, il perdono giudiziale, la liberazione condizionale, la sospensione dell'esecuzione della pena, la revoca delle misure amministrative di sicurezza, e simili altri provvedimenti. Più volte si è cercato di ridurre ad unità tutti questi istituti, o di inquadrarli or nella funzione amministrativa or in quella giurisdizionale; ma le difficoltà provengono dal diritto positivo, che disciplina i procedimenti in modo diverso. Infatti in taluni di essi intervengono più poteri, p. es. legislativo e governativo, giudiziario e governativo, amministrativo e giudiziario; altri invece si

svolge  
mente  
teoria  
natur:  
te sce  
§ 25)  
essere

25.

che l  
a car  
tend  
altre  
quel  
ni de  
send  
buta

una  
publ  
ma  
guag  
dico  
amn  
nist  
zion  
e co  
rifer  
giur  
svol  
unif

di c  
rim  
impr  
la c

svolgono nell'ambito del solo potere giudiziario (e allora sono quasi certamente giurisdizionali). Si avverta tuttavia che se al tempo in cui prevaleva la teoria formale sostanziale poteva presentare interesse il discutere circa la natura di siffatte attività e dei relativi atti, oggi questo interesse è fortemente scemato, poiché ci si va sempre più convincendo della tesi, qui esposta (v. § 25) che non ogni manifestazione attiva di un pubblico potere deve per forza essere inquadrata in una « funzione tipica » del potere medesimo.

#### 25. *Alla ricerca della « funzione amministrativa ».*

Nelle conclusioni tratte a seguito dell'analisi del § 23 è implicito che la nozione di « cura concreta di interessi pubblici » non è idonea a caratterizzare alcunché. Non tanto, si rilevi, perché altri poteri attendono alla cura concreta di interessi pubblici, quanto perché vi sono altre funzioni che hanno tale oggetto, affidate a tali poteri (p. es. quelle di cui alla lettere *b, c, d, e*). Invece si può dire che le conclusioni dell'analisi del § 24 non hanno grande rilievo, ai nostri fini, essendo ormai da accettare il concetto che un potere può essere attribuito di più funzioni.

L'interrogativo posto alla fine del § 22 non può dunque avere una valida risposta se si sta alla nozione di cura concreta di interessi pubblici. D'altronde, c'è da chiedersi, è questa una nozione che esprima un modo di essere giuridico di un'attività, o, detto in altro linguaggio più esatto, ha essa attitudine definitoria sotto l'aspetto giuridico? C'è chi risponde di no, ritenendola una nozione di scienza della amministrazione, giuridicamente intraducibile; si osserva che l'amministrazione è sempre cura di interessi concreti, trattisi di amministrazioni pubbliche o private, interne o internazionali, religiose o laiche, e così via; dire che gli interessi sono « pubblici » non è altro che riferire all'attività del soggetto un carattere del soggetto stesso. Si aggiunge che, sotto l'aspetto giuridico, la cura di interessi (pubblici) si svolge in modi tra loro tanto diversi che è difficile trovarne un tratto unificatore comune, giuridicamente valido.

Di qui la ricerca di altri canoni di caratterizzazione. Nei paesi di cultura tedesca ha avuto un certo successo la ripresa del suggerimento avanzato dalla Scuola di Vienna, nella distinzione tra attività immediata e attività mediata dello Stato. Attività immediata è quella che qualunque soggetto dell'ordinamento può porre in essere, con

i medesimi effetti giuridici: fabbricare ponti, gestire istituti d'istruzione, gestire ferrovie, coltivare miniere, fare studi. Se tali attività sono dispiegate da autorità amministrative, è certo per una qualche ragione di pubblico interesse, ma, di regola almeno, esse non mutano regime giuridico. Attività mediata invece è quella che solo un potere pubblico può dispiegare, se si vogliono ottenere certi effetti giuridici. La teoria metteva qui tutta l'attività di giurisdizione; per quanto attiene al potere amministrativo, l'attività di polizia, di espropriazione per pubblica utilità, d'imposizione tributaria, di certezza e di certificazione legale, e così via. Sicché nell'attività amministrativa si verrebbero a distinguere due settori, uno di carattere non autoritativo (corrispondente alla c.d. attività immediata), l'altro autoritativo. Quest'ultimo costituirebbe la funzione amministrativa (pubblica).

In Italia ha invece ripreso quota un'idea che già era stata avanzata in passato (O. Mayer, Zanobini): quella di individuare detto canone in elementi formali, e precisamente nel tipo di procedimento. Si osserva che ogni « potere » ha un procedimento tipico: il procedimento legislativo e il processo giurisdizionale (che pur nelle sue varietà ha indubbiamente una struttura unitaria), per i poteri legislativo e giurisdizionale. Per il potere amministrativo vi sarebbe il procedimento amministrativo. Gli atti dei vari poteri, o quanto meno quelli più importanti e significativi, non potrebbero formarsi se non attraverso questi procedimenti, e avere la forma tipica implicata da ciascun procedimento. Sicché le funzioni, e non solo quella amministrativa, sarebbero definibili da un tratto di mero diritto positivo: l'adozione necessaria di una certa struttura procedimentale.

Ad ambedue questi tentativi si può obiettare che essi spiegano solo perché sia funzione l'attività amministrativa che si svolge in modi regolati dal diritto pubblico, e non invece anche quella che si svolge in modi regolati dal diritto privato, come almeno in larga parte avviene nei diritti positivi contemporanei (ciò sarà spiegato nei §§ 135 ss.). Non è vero cioè che l'attività immediata dei pubblici poteri non possa essere funzionalizzata, così come non è vero che l'attività delle amministrazioni pubbliche che, per essere regolata dal diritto privato, non si svolge mediante procedimenti amministrativi, non possa anch'essa essere funzionalizzata. Per cui i due altri

canoni proposti dalla dottrina più recente hanno rilievo ad altri fini, ma non come canoni di caratterizzazione dell'una o dell'altra funzione.

Giunti a questo punto occorre prender atto che una caratterizzazione oggettiva della funzione amministrativa non esiste. Si noti: non che non sia astrattamente concepibile un diritto positivo il quale possieda un canone di caratterizzazione oggettiva di tale funzione. È che storicamente un diritto positivo cosiffatto non è esistito e non esiste. Il discorso che abbiamo condotto sul diritto positivo italiano, ma seguendo il filone che esso ha in comune con gli altri diritti positivi dell'Europa continentale omogenei, potrebbe esser ripetuto, e anzi rafforzato, per altri diritti positivi, in particolare quelli anglo-americani e dei paesi collettivisti.

Se anzi si esamina più approfonditamente l'attività amministrativa di uno Stato contemporaneo, e degli enti pubblici e privati, ausiliari e indipendenti, che con lo Stato compongono il mondo che i sociologi chiamano dei « pubblici poteri », ci si accorge che l'attività medesima non possiede neppur unità, ma si frange in una quantità assai notevole di funzioni, ciascuna delle quali ha caratteri giuridici che la individuano, ma prima ancora ha dei caratteri tecnici propri. Non è necessario esser versati in diritto amministrativo per comprendere come l'amministrazione degli affari esteri, quella della pubblica sicurezza e quella delle opere idrauliche agiscano con tecniche e con strumenti giuridici profondamente diversi.

Si può dunque dire che i diritti positivi contemporanei conoscono, come attività caratterizzabili per elementi oggettivi, singole funzioni amministrative, in quanto funzioni attribuite a singoli apparati dell'organizzazione amministrativa; di una funzione amministrativa si può invece parlare solo in un senso soggettivo: equivalente a quello di attività dell'amministrazione (organizzazione).

Né varrebbe osservare che caratterizzare un'attività di un'entità soggettiva (l'amministrazione-organizzazione) per l'inerenza all'entità soggettiva significa fare una tautologia: la realtà è infatti che « funzione amministrativa » è espressione verbale, per dire l'insieme delle funzioni svolte dall'amministrazione.

Queste proposizioni saranno più chiare allorché si sarà potuto vedere qual è il significato di funzione (§ 136). Non è infatti da

escludere che molte discussioni abbiano avuto origine anche dall'uso promiscuo delle varie accezioni di tale vocabolo.

Nelle *Lezioni* 1950 avevamo aderito alla tesi residuale per dare spiegazione alla « funzione amministrativa », presupponendo accettabile la versione della vigenza positiva del principio della divisione nel senso esposto nel testo, al § 22 (Stato = governo, gli altri poteri avendo ruoli frenanti). Le ricerche, nel frattempo apparse, sulla sociologia del potere, sembra che dimostrino come tale concezione sia semplicistica, con la conseguenza che la concezione residuale è resa inaccettabile.

La tesi che si espone nel testo — riduzione della funzione amministrativa ad una sintesi verbale, e riconoscimento di una molteplicità di funzioni, positivamente individuabili, nel complesso dell'attività amministrativa — deriva da una rimediazione delle opere del Merkl e del Forsthoff, dello studio di S. RETORTILLO BAQUER, *Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el derecho positivo español*, RAP 1958, 11, e dalle due recenti ricerche di F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969, e di M. A. CARNEVALE VENCHI, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, Padova, I, 1969. Al primo, che ha fatto precedere la ricerca da un'indagine di storia del pensiero scientifico molto penetrante, si deve la ripresa e l'aggiornamento della teoria formale, di cui si parla nel testo; le argomentazioni del Bassi sono molto sottili, e portano all'individuazione, nel procedimento amministrativo, del tratto costituito dalla compresenza necessaria di tutti gli interessi afferenti al provvedimento. Si vedrà che su tale punto non si può non convenire; solo che esso attiene al procedimento in modo specifico, ossia ad una parte solo dell'attività che svolge, nel mondo attuale, un'amministrazione pubblica. Nello studio della Carnevale Venchi si espone invece la tesi illustrata nel testo, per ora con un'indagine di teoria generale e con un'indagine storica. Su di essa si tornerà comunque nella terza parte.

« Amministrazione » in altri rami del diritto. - La voce « amministrazione » si trova anche in altre partizioni del diritto positivo, oltre che nel diritto privato o nei diritti processuali (sulle quali v. sempre la III parte, inizio).

In diritto costituzionale si trova che il governo dimissionario rimane in carica per l'« ordinaria amministrazione »; inoltre anche il Presidente della Repubblica e le camere perdono poteri in talune evenienze. Queste espressioni provengono da un gergo sorto nella pratica del diritto amministrativo, a proposito delle giunte degli enti territoriali, le quali, indetti i comizi elettorali, conservano solo i « poteri di ordinaria amministrazione ». Sono quindi espressioni che indicano delle vicende per cui certi organi vengono ad avere legittimazioni ridotte, in fasi critiche della loro titolarità. Pertanto sono improprie, anche se di uso ormai diffuso (diversamente v. L. ELIA, *Amministrazione ordinaria di organi costituzionali EdD*).

Molto esattamente in diritto internazionale è invalso l'uso di chiamare « organizzazioni internazionali » gli apparati amministrativi degli enti internazionali, e perfino gli enti stessi, al luogo di « amministrazioni interna-

zionali »  
nale —  
ancor n  
neppure  
fatti pos  
esso dà  
fiduciari:

Di  
la Chies  
degli Sta  
nerale d  
nosce ur  
propria;  
nistrativa  
gli ordir

26. Pr  
pra

Le  
sono pi  
mente l

Ta  
dal ricc  
tuzione

tadinar  
pubblici  
verse fo  
e così v  
e si dirà

Vi  
generale

Il  
sua prin  
mento d  
samente  
la norm  
sequenz  
ponenti,

Si

6. M. S.

zionali» che talora si impiegava in passato. Nell'ordinamento internazionale — e dovrebbe essere chiaro dopo quanto abbiamo detto — non esiste ancor nulla che possa essere paragonato alle amministrazioni degli Stati, neppure del più lontano periodo di questi. L'ordinamento internazionale infatti possiede una costituzione di tipo associativo, e le organizzazioni a cui esso dà luogo esprimono tale carattere. Nella locuzione « amministrazione fiduciaria » ricorre invece una funzione amministrativa in senso proprio.

Di « amministrazione » parlano anche i moderni studiosi del diritto della Chiesa cattolica, che hanno subito l'influsso delle scienze pubblicistiche degli Stati. Il discorso qui diviene complicato, investendo la concezione generale del diritto canonico. A nostra opinione il diritto canonico non conosce un diritto amministrativo, né un'attività amministrativa giuridicamente propria; vi è invece un'organizzazione dell'ordinamento che può dirsi amministrativa in quel significato atecnico e improprio che abbiamo trovato negli ordinamenti generali anteriori al sorgere degli Stati (§ 1).

26. *Principi costituzionali relativi all'amministrazione pubblica: principio di legalità.*

Le costituzioni, materiali e formali, degli Stati contemporanei sono piene di norme enunciative di principi che riguardano direttamente le amministrazioni pubbliche.

Tali sono, ad esempio, i principi desumibili dall'attribuzione e dal riconoscimento di libertà e di diritti fondamentali; nella costituzione italiana vi sono norme costituzionali che riguardano la cittadinanza, il nome delle persone, la responsabilità dei funzionari pubblici, la salute, l'istruzione, l'arte, la protezione sociale in diverse forme, la bonifica, la cooperazione, il credito, i beni culturali, e così via. È ovvio che un elenco di questi principi sarebbe inutile, e si dirà di essi via via che si tratterà delle relative materie.

Vi sono però alcuni principi, che per il loro ambito molto generale, è opportuno trattare sin da ora.

Il primo in ordine di tempo è il principio di legalità. In una sua prima enunciazione, esso era concepito nel senso che ogni elemento di un atto dell'amministrazione pubblica dovesse essere espressamente previsto come elemento di una qualche ipotesi normativa: la norma doveva quindi fissare poteri diritti doveri ecc., modi e sequenze di procedimenti, atti ed effetti in ciascuna delle loro componenti, elementi e requisiti di ciascun atto, e così via.

Si contrapponeva così l'agire del privato, libero nella propria

sfera di autonomia privata, a quello dell'amministrazione pubblica, legata alla legge in tutti i momenti logici e cronistici della propria attività: libertà di forme o di creazione di precetti e irrilevanza dei motivi per il primo, nominatività degli atti e rilevanza dei motivi per la seconda.

Questa concezione rigida del principio di legalità corrispondeva alla concezione del potere amministrativo come potere esecutivo, e quindi dell'amministrazione come esecuzione. Siccome in tal modo le amministrazioni pubbliche non avrebbero potuto funzionare, si trovarono due valvole, nella discrezionalità amministrativa, e in taluni atti amministrativi da adottare solo in circostanze straordinarie, che erano le « ordinanze di necessità » (§ 176).

È difficile poter dire se questa rigorosa concezione del principio di legalità abbia avuto una autentica vigenza; la legislazione certamente non fu mai così recisa come la teoria avrebbe comportato; ancor meno lo fu la giurisprudenza. Si cominciò quindi a far strada l'ipotesi che il principio vigesse in forma più attenuata: la giurisprudenza p. es. ritenne valide le autorizzazioni le quali contenessero clausole a favore di privati, ancorché non previste dalle norme; finì quasi col disattenderlo per le concessioni, o almeno per quella parte dell'oggetto delle concessioni che non avesse carattere imperativo.

Nell'esperienza contemporanea il principio di legalità assume un significato diverso, più limitato sotto un certo aspetto ma più affinato sotto un certo altro: esso attiene all'attività amministrativa in quanto questa si esprime in atti aventi un contenuto autoritativo. Quindi attiene ai provvedimenti ablatori in primo luogo, a quelli autorizzatori e a quelli concessori per le parti in cui essi esprimono un momento autoritativo. Attiene ai provvedimenti non già in sé, bensì in quanto abbiano come correlato una situazione soggettiva del privato, su cui incidano con un effetto di estinzione o di limitazione.

Un'enunciativa del principio in termini generali non si è avuta in passato e non si ha neppure nelle costituzioni contemporanee; queste però contengono numerose enunciazioni applicative. Tale è,

nella r  
esatto  
posta s  
costituz  
ablator  
art. 13  
e diritt  
cipio d  
dell'att  
inserisc

L  
lettico,  
di prog  
deve es  
cedime  
non di  
me in r  
neo an

Sul  
recenti  
de legal  
dans l'a  
R. ENTR  
Rule of  
LASSARE

Nel  
rule of  
fezione  
cessivan  
op. cit.  
administ  
caratteri  
ministra  
assai viv  
trattatist

27. Pr

St  
nuto un

nella nostra, quella dell'art. 23, il quale contiene un testo molto esatto (nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge), che la giurisprudenza della Corte costituzionale ha esteso sino a ricomprendervi tutti i procedimenti ablatori non espropriativi. Tali sono anche quasi tutti i testi degli artt. 13 e segg. i quali enunciano riserve di legge per le varie libertà e diritti fondamentali di cui trattano. In tal modo il valore del principio di legalità è mutato, ed oggi più che una regola del contenuto dell'attività amministrativa è una regola del limite di essa, che si inserisce nella dialettica dell'autorità e della libertà (§§ 99 e 100).

Là dove l'attività amministrativa non esprime tale momento dialettico, il principio non ha ragione di esser applicato: così l'attività di programmazione dello Stato e degli altri enti pubblici, finché non deve esprimersi in provvedimenti ablatori o autorizzatori, o in procedimenti formali, è al di qua del principio di legalità; così l'attività non di diritto pubblico o amministrativo, così l'attività che si esprime in moduli convenzionali, in cui l'assenso della controparte è idoneo anche a superare l'efficacia del principio.

Sul principio di legalità vi è una letteratura amplissima; gli studi più recenti sono quelli di Ch. EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de legalité*, EDCE, 11 (1957), 25, e S. JAROSCINSKY, *Le principe de legalité dans l'administration de la Rép. pop. de Pologne*, EDCE, 12 (1958), 225; R. ENTRENA CUESTA, *La contraposición entre el Régimen administrativo y el Rule of Law*, in *Estudios Jordana de Pozas*, Madrid 1961, III, 1; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966.

Nel diritto inglese il principio di legalità è espresso nel concetto di *rule of law*, che ha ambito forse più ampio. Fu formulato con gran perfezione dal Dicey, nello scorso secolo, e ad esso poco si è aggiunto successivamente, anche se amplissimo ne è stato il dibattito applicativo (v. WADE, *op. cit.* al § 7). In Francia M. Hauriou introdusse la nozione di *régime administratif*, per indicare la sostanza del principio di legalità, in quanto caratterizzante l'amministrazione dello Stato contemporaneo a diritto amministrativo. La nozione ha dato occasione a dibattiti, che tuttora sono assai vivi nella dottrina francese e spagnola, e di cui si occupa tuttora la trattatistica di questi paesi.

27. *Principi di azionabilità, di imparzialità, di buon andamento.*

Strettamente legato al principio della legalità e anzi talora ritenuto una manifestazione derivata di esso è il principio di aziona-

bilità generale delle situazioni soggettive del cittadino nei confronti dell'autorità amministrativa. La costituzione italiana lo codifica, anche diffusamente, stabilendo: *a*) che contro qualunque atto dell'amministrazione pubblica deve darsi tutela giurisdizionale, senza che si ammettano limitazioni né per impugnative né per atti (art. 113<sup>1 e 2</sup>); *b*) che deve darsi tutela tanto dei diritti che degli interessi protetti (art. 113<sup>1</sup>); *c*) che non sono legittime norme che dispongano non responsabilità dell'amministrazione, e quindi privilegi della medesima (art. 28).

Questo principio si affermò sin dall'origine dello Stato moderno, e nell'ordinamento inglese costituiva e costituisce tuttora (§ 9) un principio fondamentale, con la denominazione di principio del controllo giudiziale dell'amministrazione pubblica. Dapprima affermato come principio di tutela dei diritti dei privati, nello scorso secolo fu esteso anche alla tutela degli interessi legittimi (e fu una delle più importanti conquiste della scienza giuridica degli ultimi secoli). Quantunque facesse parte della costituzione materiale, esso subiva spesso deroghe nelle leggi positive, che dichiaravano non impugnabile questo o quell'atto, ossia aveva attuazione solo tendenzialmente generale.

I principi che vanno sotto il nome di principi d'imparzialità e di buon andamento, sono enunciati in modo succinto dall'art. 97<sup>1</sup> cost. (i pubblici poteri debbono essere organizzati in modo che ne sia assicurato il buon andamento e l'imparzialità). Quanto al primo, giusta una meno recente opinione, tratterebbesi di principio non precettivo; ma è opinione sicuramente inaccettabile.

Lo sviluppo storico del principio mostra che esso ha contenuto precettivo indiscutibile: storicamente esso si afferma nell'ordinamento inglese come regola di eliminazione della politicità indotta nella funzione amministrativa dalla presenza del potere governativo compresente ai suoi vertici, ed in quest'accezione si può dire sia stato, più che regolato, sentito dall'Assemblea costituente.

Le opinioni più recenti assegnano al principio un significato più ampio; mentre secondo il significato tradizionale esso avrebbe un contenuto negativo, oggi avrebbe un contenuto positivo, come precetto che impone ad ogni autorità pubblica nell'esercizio delle

attività amministrative di considerare in modo oggettivo i vari interessi pubblici e privati che è chiamata a valutare.

L'obiezione che si può fare a queste tesi è che, così inteso, il principio diventa ovvio, e giuridicamente privo di risultato; e infatti per giustificarne la presenza si vorrebbe vedere in esso il fondamento del procedimento amministrativo, delle norme di garanzia di uffici e di titolari di uffici, e simili. Tale indirizzo non è però accettabile, perché il principio d'imparzialità ha vigenza negli ordinamenti generali contemporanei anche là dove gli ordinamenti non conoscono il procedimento amministrativo, le norme di garanzia, ecc. ecc.

È quindi forse più esatto limitare la portata del principio, e ravvisare in esso il divieto di favoritismi; in tal modo esso viene ad avere una chiara configurazione, di principio sull'esercizio delle potestà discrezionali, volto a stabilire che in tale esercizio non sono da valutare interessi politici di parte, interessi particolari di gruppi di pressione pubblici o privati, né possono essere usati *favores* od *odia*, non stabiliti da norme o da legittime direttive del parlamento o del governo. L'esplicitazione del principio della norma costituzionale offre oggi al giudice che può controllare l'esercizio della discrezionalità amministrativa (da noi, il giudice amministrativo) una base testuale per fare ciò che del resto già faceva: annullare provvedimenti amministrativi adottati in base a valutazioni di interessi non conformi al principio di imparzialità.

Il testo della nostra Costituzione contiene però, accanto alla norma enunciativa del principio, una seconda norma: nell'organizzazione degli uffici pubblici debbono essere seguiti criteri tali da assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Questa è una norma che si rivolge al legislatore, in primo luogo. Si rivolge all'amministrazione, ma non in quanto svolga la sua attività istituzionale, bensì in quanto svolga attività di organizzazione di se stessa, con atti generali o particolari (attività organizzativa: v. §§ 101 ss.).

Il principio del buon andamento (e dell'imparzialità, che però in questa sede è endiadi del principio di buon andamento) ha dunque portata più limitata. Il contenuto è abbastanza chiaro, ma sic-

come sinora non ha ricevuto applicazioni giurisprudenziali, mancano elementi per fissarne l'esatto ambito.

Il principio d'imparzialità emerse nello scorso secolo, nella storia giuridica dell'Inghilterra, come regola della neutralità politica dell'amministrazione, poi alla fine del secolo negli Stati Uniti; in Italia si presentò nella battaglia che intraprese la Destra storica, per la « giustizia nell'amministrazione », culminata con l'attribuzione di funzioni giurisdizionali al Consiglio di Stato e alle giunte provinciali amministrative. In tutte queste vicende, l'occasione fu sempre la medesima: l'eccesso di politicizzazione partitica di pubblici funzionari.

In S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, RISG 1968, 47 ss., una precisa analisi della formazione storica e delle applicazioni giurisprudenziali dei diversi giudici. L'allargamento del principio fino a dimensioni spropositate è di U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova 1965. Si intende che in un ordinamento positivo tutte le proposizioni giuridiche precettive sono tra loro collegate, ma ciò non può significare che siano tra loro necessariamente implicate. Questo A. ha anche tentato di trovarne un fondamento teorico nel concetto di « parte imparziale » che dovrebbe addirsi all'amministrazione pubblica; locuzione puramente verbalistica, poiché l'autorità amministrativa, nel momento in cui deve applicare il principio d'imparzialità, è parte solo in senso procedimentale, avendo invece il ruolo di decidente; se poi fosse imparziale sarebbe del tutto inefficiente (v. la trattazione relativa alla discrezionalità).

Vicini alla concezione esposta nel testo sono i giuristi tedeschi recenti, e CASSESE, *op. cit.*, per il quale il principio vale come ordinatore della composizione d'interessi anche se, p. es., egli riporta al principio la regola della *natural justice*, che applica il giudice inglese, la quale ha invece ambito più ampio (comprende anche il principio di eguaglianza).

Il principio del buon andamento è un'originalità della Costituzione italiana, ma sinora i giudici ne hanno rifiutata l'applicazione. Su di esso v. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968, 81, e M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1966, 77 ss., che lo intende come principio di efficienza. V. anche P. CALANDRA, *Giur. Cost.* 1969, 2151.

## 28. Principi di garanzia e di organizzazione.

La Costituzione italiana contiene inoltre principi, detti correntemente di garanzia e di organizzazione. « Garanzia » è termine sul cui significato ci soffermeremo nella II parte. Trattasi di principi i quali pongono delle proposizioni normative volte ad impedire che il legislatore ordinario abusi della propria potestà per eludere precetti e principi costituzionali.

Su tutti questi principi si tornerà nella successiva trattazione; ci limitiamo qui ad una sommaria elencazione.

1) Garanzia dell'indipendenza di taluni organi.

La pratica dello Stato liberale aveva già introdotto alcuni organi amministrativi che si dicevano indipendenti dal governo e da altri organi costituzionali, avendo funzioni di consulenza o di controllo. Tali da noi il Consiglio di Stato e la Corte dei conti. L'indipendenza si esprimeva essenzialmente nell'inalterabilità dei membri di tali organi, e nelle funzioni che essi svolgevano « al di sopra » dell'amministrazione attiva. La Costituzione (artt. 99 e 100) non solo ha riconosciuto la situazione preesistente ma l'ha rafforzata, attribuendo ai due organi una garanzia costituzionale, che comprende le attribuzioni, la posizione d'indipendenza dell'organo e quella dei suoi titolari. Sinora il precetto costituzionale è rimasto inattuato.

2) Riserva di legge circa l'organizzazione amministrativa (articolo 97<sup>1</sup> cost.). Uno degli strumenti che il governo usava per avere funzionari burocratici amici o per disfarsi di funzionari nemici, era il fare e disfare organi dello Stato, secondo la contingenza. Questo potere, si era venuto via via riducendo, e già la l. 31 gennaio 1926 n. 100 aveva stabilito che occorresse almeno un regolamento governativo di organizzazione per istituire o sopprimere uffici dello Stato, pur avendo lasciato indeterminato quando e come occorresse. La Costituzione dispone che all'organizzazione dei « pubblici uffici » debba procedersi per legge: essa impiega così una dizione molto lata, che però, come vedremo, è stata intesa in senso restrittivo.

3) Collegato a questo è il principio, fissato dallo stesso articolo 97<sup>2</sup>, della previa identificazione dell'attribuzione di funzioni, di cui conviene rinviare l'esposizione per la difficoltà tecnica che incontreremo ad illustrarlo in modo breve.

4) Altro gruppo di precetti costituzionali si collega ad un'esigenza di tutela dei funzionari pubblici contro le possibilità di abusi politici del governo. Fino al secolo scorso il mutamento del governo comportava spesso il totale cambiamento dei funzionari pubblici; in taluni paesi questo « sistema dello spoglio » raggiunse punte esasperate; da noi già era caduto con l'unità, e permanevano forme

minori di inconvenienti, quali le immissioni nelle carriere di forti gruppi di impiegati, che poi col tempo finivano col consolidare la propria posizione, passando nei ruoli. La Costituzione ha ritenuto di stabilire che « i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione » (art. 98<sup>1</sup>), che ai pubblici impieghi si accede mediante concorso, salvo eccezioni da stabilire con legge (art. 97<sup>3</sup>) e che l'impiegato eletto membro del parlamento può conseguire promozioni solo per anzianità (art. 98<sup>2</sup>): le ultime due regole sono specificamente volte ad evitare i favoritismi politici.

5) Garanzia di posizioni giuridiche o di caratteri di enti o di ordinamenti. Precetti costituzionali sono volti a tutelare l'autonomia di enti locali territoriali (artt. 5, 128), le minoranze linguistiche (art. 6), le confessioni religiose (art. 8), i sindacati (art. 39), i partiti politici (art. 49), le regioni autonome (art. 116), la sufficienza finanziaria delle regioni ordinarie (art. 119).

Di alcuni di questi enti od ordinamenti si tratterà nella teoria dell'organizzazione.