FILIPPO SATTA

IL PROBLEMA DELL'AMMINISTRAZIONE

PARTE I

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1971

TOS
705
1077480
TECA CIVICA
ANA - VICENZA

FILIPPO SATTA

IL PROBLEMA DELL'AMMINISTRAZIONE

PARTE I

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1971

BIBLIOTECA CIVICA BERTOLIANA
ESCLUSO DAL PRESTITO

R.TOS
C
00
01705

Al prof. Tosato,
al quale l'autore deve
quanto qui v'è di buono,
con grato, devotissimo animo
l'allievo Ave

Ave Italy

BIBLIOTECA CIVICA
BERTOLIANA - VICENZA
R.TOS.C.00.01705
BE001077480

R.TOS
C
00
01705

BE001077480
BIBLIOTECA CIVICA
BERTOLIANA - VICENZA

Estratto da
STUDI ECONOMICO-GIURIDICI
della Università di Cagliari

(1971) Soc. Tip. «Multa Paucis» - 21100 Varese, Via G. Gozzi, 29

SOMMARIO

pag.

1. Premessa. Determinazione del problema e linee del suo svolgimento . . . 3

Capitolo I

IL CONCETTO DI AMMINISTRAZIONE

2. Amministrazione in senso obiettivo e subiettivo. Inscindibilità dei due aspetti 9
3. Riprova: l'amministrazione, potere statale per eccellenza . . . 11
4. Amministrazione e potere statale: controllo di quest'ultimo secondo la divisione dei poteri. Resistenze ad essa; sua astrattezza . . . 12
5. *Segue*. La dottrina del Rechtsstaat. Il problema dei poteri normativi del governo 15
6. *Segue*. Il limite intrinseco della divisione dei poteri 16
7. *Segue*. La fusione di divisione dei poteri e Rechtsstaat. Il concetto dell'amministrazione come « esecuzione di leggi » 17
8. ... che la conduce al distacco dalla vita della società 21
9. ... e scinde governo ed amministrazione, con ciò compiendo lo snaturamento del potere esecutivo 21
10. Impossibilità pratica che l'amministrazione consista in « esecuzione delle leggi » 24
11. *Segue*. Le norme che attribuiscono poteri all'amministrazione; l'alta amministrazione ed il governo in senso stretto che fa anch'esso parte dell'amministrazione 25
12. *Segue*. Difficoltà di individuare la legge da eseguire 27
13. Per la definizione dell'amministrazione: suo rapporto paritetico con la legge, nell'ambito di diverse sfere di competenza 29
14. *Segue*. Funzione propria dell'amministrazione 30
15. Il concetto di amministrazione. Sua analisi. Le funzioni positive dell'amministrazione 33

CAPITOLO II

IL PROBLEMA GIURIDICO DELL'AMMINISTRAZIONE: NELLA COSTITUZIONE

pag.
16. Esclusione dei profili soggettivi dallo studio dell'amministrazione ... 37
17. ... e di quelli meramente tecnici 40
18. Il problema dell'amministrazione è quello della sua disciplina, in quanto potere statale 41
19. Dimostrazione tratta dalla dilatazione delle sue funzioni 42
20. *Segue*: e dall'analogia con gli altri poteri dello Stato 43
21. Necessità di concentrare la ricerca su un ordinamento determinato e quindi su quello italiano 44
22. Inizio della ricerca sulla costituzione. Se le riserve di legge pongano l'ordine giuridico dell'amministrazione 46
23. La trasformazione delle riserve di legge 48
24. Le norme positive della costituzione. Gli artt. 103, 111, 113 . . . 52
25. *Segue*. Gli artt. 23, 53 e 97 54
26. La genericità degli artt. 23 e 53 55
27. La genericità dell'art. 97: il buon andamento 56
28. *Segue*: l'imparzialità 58

CAPITOLO III

IL PROBLEMA GIURIDICO DELL'AMMINISTRAZIONE: NELLA LEGISLAZIONE ORDINARIA

29. Premessa 63
30. Se la legge sia lo strumento che *ex se* disciplina l'amministrazione . 64
31. Se sia possibile un coordinamento di legislativo ed esecutivo che attua la disciplina di quest'ultimo 66
32. Impossibilità di trarre conclusioni 68

CAPITOLO IV

LA GERARCHA E LA NEGAZIONE DEL PROBLEMA GIURIDICO DELL'AMMINISTRAZIONE

33. Premessa. Difficoltà dello studio della gerarchia 71
34. I soggetti del rapporto gerarchico. Gli uffici e gli organi 74
35. Nozione e contenuto della gerarchia: una questione di metodo . . 75
36. La nozione di gerarchia 78

pag.
37. Indeterminatezza del suo contenuto 81
38. Se la gerarchia abbia valore generale come « principio ordinatore dei pubblici poteri ». Le competenze riservate. Gli ordini. Elasticità della gerarchia 83
39. Il coordinamento 87
40. *Segue* 89
41. Impossibilità di derivare l'ordine giuridico dell'amministrazione della gerarchia, a causa 92
42. ... dell'indeterminatezza dei poteri gerarchici 93
43. ... e della posizione dell'amministrazione rispetto al fatto, provocata da questa indeterminatezza dei poteri gerarchici (istruttoria e decisione) 94
44. ... nonchè della segretezza che la gerarchia consente. I gruppi di pressione ed il potere dell'amministrazione 100
45. Effetti non desiderati della gerarchia: l'inefficienza. Necessità del suo superamento 104

CAPITOLO V

LA FUGA DALL'AMMINISTRAZIONE: GLI ENTI PUBBLICI

46. Premessa. Difficoltà del problema. Il polimorfismo degli enti pubblici 107
47. Il problema nella dottrina. Suo singolare sviluppo, che l'ha condotta ad una rinuncia. Dimostrazione. È sempre presupposto un concetto di ente pubblico 109
48. *Segue*. La giurisprudenza 114
49. Il polimorfismo ed il pluralismo degli enti pubblici dipende dalla disponibilità che di essi ha il legislatore 116
50. Conseguenza: essi devono venir studiati in relazione alle funzioni per cui sono voluti. La nozione di ente pubblico 119
51. Verifica della nozione proposta: società private a capitale pubblico . 120
52. Necessità di differenziare gli enti pubblici. Si dimostra l'opportunità di studiare gli enti pubblici economici 122
53. Problemi posti da questi enti 127
54. Sul potere dello Stato di svolgere attività economiche 128
55. Se esso incontri un limite naturale. Esclusione. Conseguenze . . . 131
56. Se lo Stato possa creare enti a struttura privata 135
57. Conclusioni sul potere esecutivo e sullo svuotamento delle sue funzioni. Rinvio 135

FILIPPO SATTA

IL PROBLEMA DELL'AMMINISTRAZIONE

(PARTE I)

PREMESSA

1. La ricerca che qui si svolge trae origine dalla necessità, in cui sembra trovarsi la dottrina dello Stato, di verificare talune delle premesse concettuali da cui muove. Vi è infatti in esse almeno un punto centrale che dà adito a gravi perplessità e difficoltà di interpretazione, e quindi di collocazione nel quadro sistematico, in cui la dottrina dello Stato si muove. Questo è la pubblica amministrazione, ed il quadro sistematico nel quale è assai difficile collocarla è quello della « divisione dei poteri ».

In che senso sia difficile collocare sistematicamente l'amministrazione nell'ambito di uno Stato concepito secondo la divisione dei poteri, appare chiaro, ove si consideri il quadro ideale che tale dottrina vorrebbe offrire. L'asse centrale del potere statale è costituito dal potere c.d. legislativo, al quale esecutivo e giudiziario debbono prestare obbedienza « eseguendone » le volontà, le leggi, ciascuno nel suo ambito. Nascono di qui le tre espressioni fondamentali del c.d. diritto pubblico contemporaneo, cioè il diritto costituzionale, il diritto processuale ed il diritto amministrativo. La costituzione pone la regola fondamentale del potere (anche se ciò importa forse un travisamento della sua natura sostanziale, che non tollera imposizioni, ed è retta da regole proprie); la legge pone le regole dei poteri subordinati, il giudiziario e l'esecutivo.

Sennonchè la nettezza di questo quadro è solo apparente. La realtà è infatti che le regole poste dalla legge per l'opera del potere esecutivo e per quella del potere giudiziario si differenziano profondamente tra loro, come tra loro, pacificamente, divergono il diritto amministrativo e quello processuale. L'uno, il potere giudiziario, trova di fronte a sè una serie di norme, fissate per disciplinare la sua azione proprio in quanto rivolta ad applicarne altre; il c.d. potere esecutivo, invece, trova di fronte a sè soltanto norme da « eseguire », che di tanto in tanto, sporadicamente, fissano anche le modalità secondo cui

dovranno venire attuate. Ne consegue che la posizione di dipendenza dell'uno e dell'altro potere dalla legge è solo formalmente identica: nella sostanza diverge profondamente nei due casi, in quanto il giudiziario appare sottoposto ad una disciplina dei propri procedimenti interni, che conducono alla manifestazione finale della sua azione, la sentenza, mentre tale disciplina ordinariamente manca per la pubblica amministrazione.

Certamente questo si può spiegare dicendo che nell'ambito del potere giudiziario si risolvono con l'esercizio di autorità liti di soggetti o si irroga una pena a taluni, ciò che richiede, con la partecipazione delle parti al giudizio per la formulazione delle loro difese, la disciplina di tale partecipazione; e che la situazione è diversa nell'ambito della pubblica amministrazione, dove i singoli non hanno che raramente diritti soggettivi veri e propri — che richiedono massima tutela — ed ordinariamente invece solo « interessi legittimi », interessi cioè dipendenti in tutto e per tutto dalla soddisfazione di un altro interesse, primo e fondamentale, che è l'interesse pubblico. Tale diversità di rapporti con la realtà, si può ancora aggiungere, impone che l'amministrazione goda dei più vasti poteri per conoscere e valutare la situazione in cui provvede; e quindi giustifica che per essa non vi siano norme procedimentali rigorose quanto quelle dettate per il potere giudiziario.

Ma proprio questa giustificazione della rilevante carenza di norme per l'amministrazione costituisce il punto centrale del discorso, a prescindere dalla fondatezza degli argomenti addotti. Deriva infatti da essa che, implicitamente, gli studiosi della pubblica amministrazione ammettono che la posizione di « esecuzione delle leggi » nella quale essa amministrazione si trova è differente rispetto a quella, che dovrebbe essere invece identica, secondo la teoria, propria del potere giudiziario. Vi è dunque una contraddizione in termini. Se è esecuzione delle leggi l'una non lo può essere l'altra: se esegue le leggi la amministrazione, non le esegue il potere giudiziario e viceversa, poichè non è possibile che vi sia identità di natura e di azione dei due poteri, quando la necessità di una analitica disciplina del procedimento di esecuzione è stata sentita per l'uno e non per l'altro.

Ma si vorrebbe addirittura dire che il problema non è questo di una diversa disciplina dell'azione del potere esecutivo e del potere

giudiziario, perchè in definitiva è evidente a tutti che l'uno e l'altro potere svolgono funzioni diverse, hanno una ragion d'essere diversa, pongono quindi in modi diversi l'esigenza di una loro disciplina: sì che veramente occorre muovere da alcuni ben noti, rigidi postulati di teoria generale del diritto per negare la differenza sostanziale dell'uno e dell'altro. Il problema vero non è insomma un problema di rapporti e di confronti, addirittura di disparità di trattamento tra i due poteri. Al contrario, è interno a ciascuno di essi, inerente alla logica della sua azione; perchè questo potere esecutivo in senso stretto — governo ed amministrazione — opera nell'ordinamento e nella società sì come esecutore di leggi, sì come subordinato formalmente al legislativo, ma poi in realtà dotato di vita propria, esaurente e svolgente in sè stesso l'attività che conduce al risultato per cui esiste, gli « atti » esecutivi delle leggi, ovvero, l'esercizio del potere. Certo questa attività trova apparentemente ampia disciplina, nel senso che sono disciplinate competenze e connessioni procedurali, per cui il provvedimento finale risulta da una complessa articolazione, con cui si sarebbe voluta sostituire la ragione all'arbitrio, la prudente valutazione — la somma di prudenti valutazioni — alla volontà pura, sia pure volontà in esecuzione di leggi. Ma questa disciplina, lungi dal risolvere il problema, appena lo pone, o quantomeno lo mette in chiara luce, nel senso che affida la composizione delle valutazioni ad un circolo chiuso, che dall'amministrazione nasce, nella amministrazione si svolge, nell'amministrazione finisce. Il risultato è che se anche vengono uditi vari uffici, nella realtà l'azione amministrativa si presenta come attività di un ministro, del capo di qualche ufficio autonomo inferiore o di qualche ente, con cui si manifestano la volontà, la direzione, il dettato dell'amministrazione.

Questo pone l'esigenza di una indagine che giunga a cogliere il significato profondo del fenomeno. In sostanza si trovano di fronte due esigenze diverse, che dovrebbero essere cospiranti ed invece si risolvono in un risultato contraddittorio. Da un lato vi è la democraticità dell'ordinamento, affermata a chiare lettere dalla costituzione. Ora, a prescindere da ogni discussione in questa sede sul significato di tale affermazione, certo è che il suo contenuto minimo deve essere quello di controllo e disciplina dei poteri, di tutela dei cittadini nei loro confronti. Vi è quindi una palese esigenza di controllo e di

disciplina dell'esercizio del potere amministrativo, in sostanza in analogia con il controllo esercitato sul potere legislativo, addirittura mediante l'elezione dei membri delle camere legislative, e sul potere giudiziario, con il contraddittorio e con le regole procedurali che lo assicurano. Accanto a questa prima esigenza vi è poi quella immanente al suo essere organizzazione. Nessuna organizzazione può operare senza una disciplina impostale da colui al cui servizio si trova. Occorre un legame tra chi «comanda», se così si può dire, tra chi si vale dell'organizzazione e l'organizzazione. Questo legame è costituito solo da un sistema di regole, che garantiscano la adeguatezza della organizzazione rispetto ai fini prescritti e voluti. Ebbene, queste due cospiranti esigenze non si sono incontrate. La comunità non esercita sull'amministrazione il controllo che esercita sul parlamento e sul potere giudiziario; questa stessa comunità — o il parlamento, se si vuole insistere con l'idea dell'esecuzione della legge e quindi della soggezione funzionale dell'amministrazione ad esso — non detta l'ultima, finale e fondamentale disciplina dell'amministrazione, in quanto, fissate regole organizzative e di competenza, di relazione tra gli uffici, lascia poi che il concreto contenuto che queste norme debbono avere sia dato loro al momento dell'azione da quegli stessi uffici che esse in realtà dovrebbero regolare.

A chiarire che cosa significhi questo e quali ne siano le conseguenze — forse, quali ne possano essere i rimedi — è rivolta la presente ricerca. Prima di entrare direttamente nel merito di essa è forse opportuno ricordare che l'esigenza di disciplina dell'amministrazione di cui sopra si è detto ha già una significativa storia dietro di sè. Da un lato, in molti Stati europei ed extraeuropei — dall'Austria agli Stati Uniti d'America ed ai paesi dell'Europa orientale — l'attività dell'amministrazione appare disciplinata ora più, ora meno penetrantemente, ma comunque disciplinata. Nel nostro stesso paese, dove pure notoriamente manca questa disciplina dell'amministrazione, la sua necessità è stata ripetutamente affermata. Benchè caducati per lo scadere delle legislature nel corso delle quali erano stati presentati, vi sono stati numerosi progetti per una legge sul procedimento amministrativo; e si sono levate numerose voci in critica della situazione presente dell'amministrazione in Italia. Si è parlato per essa di violazione del principio della certezza del diritto, in quanto

consentirebbe — ed in fatto consente — alla pubblica amministrazione di provvedere all'insaputa dei cittadini, costretti quindi a chiedere giustizia al giudice amministrativo nel breve termine di decadenza; si è parlato genericamente, ma non per questo meno efficacemente, di arretratezza del nostro sistema, che non consente al privato adeguata, democratica partecipazione al procedimento che pure lo riguarda direttamente; si è osservato che l'autoritarismo insito in un agire amministrativo non rigorosamente disciplinato, ma ciononostante capace di incidere profondamente ed unilateralmente in diritti ed interessi dei cittadini, statuendo quel che per essi «deve essere conforme a diritto», finisce con il risolversi in un danno per la stessa amministrazione, la quale può non avere adeguata conoscenza della realtà ed è continuamente esposta a ricorsi in sede giurisdizionale; più di ogni altra cosa, però, si può ancora aggiungere, tale indisciplinato agire si risolve in un agire segreto; e questo comporta inevitabilmente il sorgere di un sentimento di sfiducia e di sospetto nei confronti del potere e di chi lo esercita, totalmente nocivo al buon ordine dei rapporti tra autorità e comunità dei cittadini.

Di fronte a ciò, la reazione più semplice sta naturalmente nell'imputare al legislatore nazionale indifferenza nei confronti di un problema fondamentale per la vita associata. Questo, però, non può esaurire il discorso, da due punti di vista diversi. Anzitutto, un atto di accusa nei confronti della classe politica non toglie al fatto in sè il suo significato, nè lo spiega.

In secondo luogo, non si deve dimenticare che se il procedimento amministrativo è formalmente concepibile come la disciplina degli atti interni della pubblica amministrazione, cioè come un puro fatto tecnico, esso in realtà è figlio della storia, nel senso che nell'amministrazione si svolge, si vorrebbe dire, la storia quotidiana del potere, cioè del suo quotidiano esercizio da parte di chi lo possiede nei confronti dei cittadini. Come per tutta la storia, anche per esso vale la regola *nullam rem e nilo gigni divinitus unquam* di Lucrezio. Ciò che il procedimento oggi è — o non è — ha radici profonde e spesso oscure, che forse a sua stessa insaputa operano all'interno della classe politica, rendendola insensibile a certi, pur fondamentali problemi. Non si può infatti non osservare che se il parlamento è stato insensibile al problema di una legge generale sulla pubblica amministra-

zione, si è invece preoccupato di disciplinare minutamente i rapporti di impiego in essa. Se il problema del pubblico impiego ha avuto il peso politico che è mancato al procedimento amministrativo, ciò non può non avere una precisa, se pure complessa ragione.

A cogliere il significato di questa mancanza di disciplina è rivolta la presente ricerca. È opportuno dire che il discorso si svolgerà secondo la seguente traccia: si cercherà anzitutto di individuare che cosa sia amministrazione, potere esecutivo, per meglio formulare i termini del problema della sua disciplina; si cercherà quindi di individuare quali siano le soluzioni date al problema della disciplina di questo potere esecutivo dalla costituzione e dalla dottrina; si vedrà poi quali vicende abbia avuto ed abbia il potere esecutivo nel regime di superficiale disciplina per esso dettato. In tale fase dell'indagine si esamineranno i poteri di autodisciplina dell'amministrazione (regolamentari e gerarchici), certi mezzi di azione di cui si vale (enti pubblici ed attività di diritto privato); certe conseguenze sui rapporti tra governo in senso stretto e parlamento che ne derivano (leggi-provvedimento), che determinano un rovesciamento nella struttura storica dei rapporti tra esecutivo e rappresentanza parlamentare. Si concluderà infine l'indagine cercando di dare un'interpretazione ai fenomeni via via rilevati ed addirittura di proporre un rimedio. Solo le pagine che seguono, e che di interpretazione e di rimedio costituiscono la premessa, potranno dire se l'una e l'altro abbiano un senso e perchè siano stati raggiunti. Sia qui consentito anticipare l'una e l'altro: l'interpretazione cioè, che in luogo del problema dell'amministrazione al parlamento è stato portato il problema dell'impiego e degli impiegati, che si sono dettati un'organica disciplina a tutela dei loro interessi e del loro *legibus solutus* potere; il rimedio, che occorre rinforzare l'esecutivo, non già nella forma dispotica di una maggiore discrezionalità ad esso affidata, ma in quella, profondamente democratica, della sua diretta soggezione al controllo della comunità. Questi diretti contatti tra cittadini ed apparato toglierebbero ai burocrati molto del loro potere, restituendolo, ricco di nuova forza morale, all'organo.

Capitolo I

IL CONCETTO DI AMMINISTRAZIONE

Sommario: 2. Amministrazione in senso obiettivo e subiettivo. Inscindibilità dei due aspetti. — 3. Riprova: l'amministrazione potere statale per eccellenza. — 4. Amministrazione e potere statale: controllo di quest'ultimo secondo la divisione dei poteri. Resistenze ad essa; sua astrattezza. — 5. *Segue*. La dottrina del Rechtsstaat. Il problema dei poteri normativi del governo. — 6. *Segue*. Il limite intrinseco della divisione dei poteri. — 7. *Segue*. La fusione di divisione dei poteri e Rechtsstaat. Il concetto dell'amministrazione come « esecuzione di leggi »... — 8. ... che la conduce al distacco dalla vita della società... — 9. ... e scinde governo ed amministrazione, con ciò compiendo lo snaturamento del potere esecutivo. — 10. Impossibilità pratica che l'amministrazione consista in « esecuzione delle leggi ». — 11. *Segue*. Le norme che attribuiscono poteri all'amministrazione, l'alta amministrazione ed il governo in senso stretto che fa anch'esso parte dell'amministrazione. — 12. *Segue*. Difficoltà d'individuare la legge da eseguire. — 13. Per la definizione dell'amministrazione: suo rapporto paritetico con la legge, nell'ambito di diverse sfere di competenza. — 14. *Segue*. Funzione propria dell'amministrazione. — 15. Il concetto di amministrazione. Sua analisi. Le funzioni positive dell'amministrazione.

2. Prima di procedere ad indagare che cosa sia amministrazione, che cosa sia potere esecutivo, è necessaria una breve premessa di metodo.

Le espressioni « amministrazione », « esecuzione delle leggi », « potere esecutivo » sono usate indifferentemente per designare due fenomeni diversi. Il primo, che corrisponde al senso c.d. subbiettivo dell'espressione, è quello dell'organizzazione, dell'apparato che, riunendo in sè uomini e mezzi, costituisce il presupposto per l'azione, il soggetto che agisce. La considerazione di questo fenomeno è particolarmente evidente nel termine « potere esecutivo », nel quale « potere » presuppone la propria organizzazione, e quindi il suo subbiettivarsi, ponendosi come apparato.

Il secondo fenomeno è quello in cui si esprime il c.d. senso oggettivo del concetto: si considera cioè non tanto il soggetto che agisce nelle sue premesse organizzative e strutturali, ma l'azione che questo è chiamato a porre in essere, la funzione amministrativa affidatagli, quasi a giustificare la sua stessa esistenza. Questo aspetto del fenomeno amministrazione è particolarmente palese nella denominazione di essa come « esecuzione della legge ».

Certo non è necessario sottolineare quale diverso oggetto venga ad avere lo studio dell'amministrazione a seconda che esso sia orientato verso l'aspetto soggettivo o quello oggettivo di essa. Mentre nel primo caso infatti l'indagine ha ad oggetto la mera struttura della amministrazione come organizzazione, con i problemi di personale, di efficienza, di controllo che comporta, nel secondo l'oggetto della ricerca investe competenze, funzioni, compiti, collegamenti tra organi — l'azione insomma dell'apparato nel suo essere e dover essere.

Ora si deve dire però che queste distinzioni, se possono farsi per fini speciali di indagine, non possono essere considerate quali distinte realtà, in quanto, al contrario, ne costituiscono solo due diversi aspetti. Nella realtà, funzioni amministrative senza apparato e apparati senza funzioni amministrative non esistono e, si vorrebbe dire, sono addirittura inconcepibili. Taluni casi, di cui i tempi recenti hanno dato singolare testimonianza, di enti pubblici che vivono senza ormai più funzione alcuna, sono marginali ed in definitiva irrilevanti. La regola è che l'amministrazione esiste come apparato dotato di funzioni e che, come le funzioni influenzano l'apparato conducendolo a strutturarsi in un modo piuttosto che in un altro (a seconda dell'adesione dell'apparato stesso alle funzioni), così l'apparato condiziona le funzioni, rendendole possibili, semplicemente svolgendole. Non solo: il legame apparato funzioni è così stretto che addirittura l'apparato può giungere ad assoggettare a sè le funzioni e a sfruttarle per propri fini particolari, o viceversa le funzioni possono restare, non svolte, sulla carta. Gli esempi concreti non si contano. Certo si potrebbero trarre da ciò numerose conseguenze, che addirittura investirebbero il problema del metodo nella scienza giuridica; e non è purtroppo possibile fermarsi su di esse. Qui basta molto meno; ed esattamente basta dire che se si indagano certe linee lungo le quali si svolge la funzione di guida, direzione e controllo della comunità, è impossibile fermarsi a considerare l'uno o l'altro aspetto dell'amministrazione, cioè l'apparato o le funzioni. Essi si compongono in un tutto inscindibile nel quale, come si è accennato, si condizionano reciprocamente, e nel quale soltanto consiste la realtà dell'esecutivo. Isolarli e discutere di essi separatamente significherebbe sfuggire questa realtà, e quindi precludersi la possibilità di verificare al suo livello, storico, i risultati che eventualmente si potrebbero conseguire sul piano teorico.

Si deve anche dire che la necessità di considerare contemporaneamente apparato amministrativo e funzioni amministrative, trascorrendo continuamente dall'uno alle altre, dalla organizzazione predisposta per svolgere certe funzioni, alle funzioni di cui sono investite certe strutture, trova la sua prova più sicura non tanto in elementi logici (quali la impossibilità di verificare i risultati, che deriverebbe dalla scissione dei due aspetti dell'amministrazione) quanto nell'esperienza storica. Solo la contemporanea presenza di funzioni e di organizzazione nella realtà storica degli Stati ha infatti consentito loro di arrogarsi nei confronti dei cittadini sempre maggior potere, dilatando prima le loro funzioni per adeguare poi ad esse la propria organizzazione e le proprie dimensioni, e per ricominciare da capo. Nel binomio organizzazione-funzioni sta la matrice del potere e nel loro equilibrio il suo controllo. Dal bisogno di funzioni nasce infatti l'apparato; e con l'apparato nascono le sue volontà (le volontà degli uomini che presiedono ad esso, addirittura che lo compongono), le sue ambizioni, la sua fame di potere e quindi ... il problema dell'esecutivo e della sua disciplina, del suo rapporto con il legislativo e della sua soggezione al diritto. Senza la « soggettività » dell'apparato che lo induce ad utilizzare una funzione « obiettiva » per fini suoi ed a chiederne altre per estendere il proprio potere, tutti questi problemi non sarebbero mai sorti. La necessità dunque di considerare l'unità di amministrazione-apparato ed amministrazione-funzioni non sembra richiedere ulteriore dimostrazione.

3. Nè le precisazioni terminologiche qui sopra svolte esauriscono la loro portata nell'esigere che l'amministrazione sia considerata quale indissolubile realtà di organizzazione e di funzioni ad essa affidate, fuse tra loro. Questa realtà infatti, come si è accennato, gestisce, esercita anzi, un potere statale, forse addirittura *il* potere statale

fondamentale: comunque, prescindendo ora da questo problema specifico, certo al potere statale partecipa, ed anzi trova in esso la sua sola autentica collocazione, quindi il proprio significato. Ora, come si è rilevato al principio, la dottrina non è stata in grado e forse in parte ancora non è in grado di definire che cosa sia questa amministrazione. Si vedrà quali ragioni stiano al fondo di questa difficoltà e, senza giustificarla, certo la chiariscano. Quello che ora preme dire è solo questo: che come l'amministrazione non può essere scissa in componenti subiettiva ed obiettiva se non per fini particolari, così, considerata unitariamente, essa non può venir isolata dal problema ed anzitutto dalla realtà del potere dello Stato. Nelle pagine che seguono si cercherà di chiarire come questa essenziale partecipazione dell'amministrazione al potere dello Stato sia stata trascurata dalla dottrina che ha parlato di essa in termini di « esecuzione delle leggi », facendo cioè centro su altri rapporti, importanti certo, ma che non coglievano la realtà nella sua purezza. Si tenterà così di riportare l'amministrazione al potere, per coglierne la profonda natura.

4. Non è certo possibile risalire qui alle antiche dottrine che hanno ricercato la natura del potere regio, il suo fondamento e le sue funzioni. In sostanza esse si riferivano ad un altro mondo, dotato di certezze ai nostri giorni ignote (come ad es. sul valore della morale come argomento giuridico), che, se forse in qualche misura si sta riavvicinando a noi, ancora ci rimane profondamente estraneo ([1]). Il mondo del potere statale nel quale viviamo oggi non riposa sulla morale e sui doveri dei governanti, ma sul mero fatto del loro potere, che pone problemi di controllo e di legittimazione formale, non già di giustificazione morale. Il problema fondamentale non è insomma quello relativo all'investitura del potere ed ai doveri che ne conseguono per i governanti rispetto ai cittadini. Il potere si presuppone dato (conquistato, conferito, poco importa) ed occorre vedere come possa essere controllato ed esercitato. Si tratta di indagine tecnica, non morale. In questa forse arida prospettiva, quindi, deve essere esaminato il problema di quell'aspetto del potere cui si dà il nome di « esecutivo ».

([1]) Su questi temi v. i bei saggi di NEUMANN, raccolti in *Democratic and authoritarian State*, Boston, 1955.

Nonostante la apparente semplificazione, il discorso diviene così estremamente complesso.

È ben noto infatti come la tradizione europea e nord-americana, traendo origine da dottrine inglesi e francesi, abbia ritenuto di poter risolvere il problema dell'esercizio e del controllo del potere mediante il suo frazionamento, se così si può dire, cioè la attribuzione dei vari settori di cui esso si compone a corpi ed a gruppi indipendenti l'uno dall'altro ([2]). È noto altresì — come acutamente ha osservato Jellinek — che in questa divisione delle funzioni statali non vi era nulla di veramente originale (fino ad Aristotile infatti si possono far risalire le prime ripartizioni di poteri statali, le prime individuazioni di funzioni svolte da gruppi distinti, ed è certamente proprio del potere più assoluto il tentativo di darsi una legittimazione ed una giustificazione, obiettivandosi e quindi scindendosi tra più funzioni apparentemente indipendenti l'una dall'altra); la novità, l'idea geniale stava soltanto nell'aver voluto trarre da questa ripartizione dei diversi aspetti del potere statale uno strumento per contrapporli, e quindi limitare il potere statale nel suo insieme, a tutela dei cittadini.

Ora, semplice e chiara a parole, in questi suoi termini così assoluti, questa dottrina è irrealizzabile nella realtà ([3]), o per meglio dire è realizzabile solo a patto di riconoscere la significatività e la operatività del fatto da essa negato, il potere statale unitario. Si può certamente dire infatti che un certo corpo rappresentativo provvede all'adozione delle leggi; che il re, il governo e l'amministrazione (per esprimersi in termini moderni) provvedono alla loro esecuzione; che giudici indipendenti rendono giustizia. Ma bisogna anche riconoscere

([2]) L'osservazione è assolutamente pacifica; bisogna per altro dire che l'assolutezza dei termini in cui la dottrina è formulata deriva forse più dalla tradizione di pensiero formatasi su Montesquieu (e quindi dalla sua interpretazione) che direttamente dall'Esprit des lois. Il celebre par. 6 del capo XI, infatti, non può essere avulso dal complesso dell'opera; ed appare quindi chiaro che in esso sono offerti spunti, criteri, principi direttivi piuttosto che formule assolute. Basti dire della consapevolezza di M. sulla differenza tra il suo schema e la situazione reale dell'Inghilterra, da cui aveva attinto (alla fine del par. 6), a conferma di quanto si osservava. V. il saggio di NEUMANN su Montesquieu in *Democratic* etc., cit.

([3]) Su Montesquieu e Locke v. le nitide pagine di G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, nonchè ad es. NEUMANN, *Montesquieu*, in *Democratic and Authoritarian State*, cit.

che il re ed il governo possono trovarsi nella necessità di legiferare; che i giudici possono non essere in grado di svolgere la funzione astrattamente loro assegnata; che il Parlamento può essere chiamato a decidere in materie del tutto estranee alla sua competenza istituzionale. Queste contraddittorie realtà negano la divisione dei poteri ed invocano l'intervento del « potere statale ».

Del resto, vi sono più esempi in questo senso. Vi è quello, macroscopico, degli Stati Uniti di America, nati per realizzare la divisione dei poteri, si potrebbe addirittura e paradossalmente dire, e che vennero costretti a violarla sistematicamente, creando organi, cui la dispregiativa qualifica di tribunali « amministrativi » non valse certo a togliere nè realtà nè efficacia. La vicenda è oggi assai nota: di fronte all'estendersi di linee ferroviarie attraverso i vari stati che componevano l'Unione, si pose il problema di una disciplina tariffaria e giuridica per le varie società esercenti le ferrovie (avvenivano ad es. gravissime discriminazioni tariffarie a danno di certe categorie di imprese o di imprese situate in certe località). In regime di separazione dei poteri la attuazione di questa disciplina sarebbe dovuta essere demandata ai giudici, dato che si trattava di attuare diritti posti a favore di determinati soggetti. Senonchè, come subito apparve, i giudici non potevano costituire lo strumento adatto per realizzare la giustizia auspicata dalla legislazione ferroviaria. Non solo occorreva che i privati li adissero, cosa che, per paura o ignoranza, raramente avveniva; occorreva altresì un enorme dispendio di tempo e di danaro, per esaurire tutti i gradi di giurisdizione e giungere alla sentenza di condanna delle società colpevoli di trattamento discriminatorio nei confronti di categorie di utenti. Si venne così affermando l'idea di affidare tutto il controllo del traffico interstatale ad un organo *ad hoc* che avrebbe agito con le funzioni sostanziali di un tribunale, ma in forme più snelle, con poteri di iniziativa di ufficio, in tempi più brevi, con istruttorie non così onerose e sopratutto perseguendo una ben precisa ed unitaria politica di disciplina del traffico ferroviario. Ne nacque la Interstate Commerce Commission (ICC), cui numerosissime altre ne seguirono, nei campi più disparati, da quello del controllo del lavoro a quello delle borse valori. Esse violavano tutte il principio della divisione dei poteri, perchè questi organi esercitavano funzioni giurisdizionali (concepite come giurisdizionali), ma nell'ambito dello esecutivo, cioè senza che l'organo procedente avesse la indipendenza propria dei giudici e fosse, come essi, soggetto all'iniziativa delle parti; ma, nonostante le polemiche di cui furono oggetto fino a tempi recenti, diedero all'America uno strumento amministrativo di forse ineguagliata efficacia.

5. Ma vi è sopratutto l'esempio della Germania, grave per l'influenza avuto sull'intera esperienza giuridica — forse addirittura storica — dell'Europa continentale. Esso è l'esempio della reazione di una antica, saldissima tradizione contro le innovazioni rivoluzionarie: di una tradizione cioè, in cui il governo dello Stato apparteneva, per diritto divino più che umano, al Monarca ed al suo governo, in una inviolabile titolarità di sovranità e potere, contro cui poco, forse nessun senso poteva avere l'affermazione che il potere dello Stato non spettava al re, ma doveva essere diviso tra parlamento, re, giudici. Questo era quasi assurdo rispetto al parlamento, perchè esso *collaborava* con il monarca nell'emanazione delle leggi (anche se questa collaborazione, come osservava Laband, era essenziale); ma non faceva parte del « potere » statale, e non era organo dello Stato. Tutto quello che si poteva ammettere era che si instaurassero rapporti di collaborazione tra i vari organi, come quelli cioè tra re e parlamento; e che lo Stato, secondo la sua tradizione (per altro negata vigorosamente da Anschütz) agisse secondo il *diritto*, e non arbitrariamente. Ma questo non significava nè rinunzia dello Stato alla sua sovranità, nè divisione di questa. Apparteneva alla sua natura — cioè ad una saldissima tradizione di potere e di autodisciplina statali.

Tipico è a questo proposito il problema della potestà normativa del governo, *praeter legem* oltre che *secundum legem*. Trattasi, come è evidente, di una questione suscettibile di diverse soluzioni, nel senso che dipende dalla concezione del governo e della legge che si assume a premessa, nonchè, in larghissima misura, dalla situazione di fatto, cioè dalla entità della legislazione parlamentare preesistente. Non è quindi tanto significativa la soluzione in concreto data al problema, quanto il presupposto, da cui la soluzione viene svolta. Ora in Germania, verso la fine del secolo scorso, si svolse un'accanita polemica sul problema cui si è fatto cenno; ed in essa prevalse la soluzione favorevole alle competenze normative del governo, anche *praeter legem,*

sulla base della considerazione che il potere statale è unitario, e che quindi dovevano ritenersi mantenute al sovrano tutte le competenze non espressamente sottrattegli. Vanamente contro questa dottrina (e le numerose variazioni e formulazioni diverse che ebbe) si sostenne che nelle varie costituzioni, da quella prussiana a quella imperiale, era stato introdotto il principio della divisione dei poteri, che implicava il rispetto reciproco delle competenze. Resisteva la concezione della « monarchia limitata » (cui spettano tutti i poteri non espressamente sottratti) e non costituzionale (in cui i poteri devono essere espressamente attribuiti).

6. Per il discorso che qui si vorrebbe svolgere, questi due esempi tratti dall'esperienza storica americana e tedesca hanno un valore che trascende quello, pur rilevantissimo, di testimonianza della necessità di adeguare la teoria della divisione dei poteri alle esigenze della vita. Essi mostrano infatti che fa parte proprio della teoria (della sua astrattezza, se si vuole, e della sua incapacità di proporre un sistema effettivo di governo) non solo il richiedere adattamenti tecnici alla realtà, ma anche e soprattutto l'essere esposta al pericolo di adeguamenti concettuali, che nella sostanza la travisano e la alterano. Questo significa che nella teoria si racchiude sì un nocciolo ideale — prescrivere che il reggimento dello Stato si effettui in un continuo contraddittorio tra tutti coloro che in qualche modo partecipano al potere —; ma che questo nocciolo non è autosufficiente, non è la parola miracolosa che risolve i problemi, non offre, come si sarebbe tentati di credere, la formula che garantisce una determinata struttura dello Stato e del suo governo. Occorre che in essa si inserisca « qualche cosa », e cioè una componente storica la quale determini il contenuto reale della divisione dei poteri, adattandola al « Volksgeist », alla comunità che si vuole governare da sola.

È chiaro che cosa ne deriva. La divisione dei poteri come struttura del potere nello Stato può ridursi a mera forma, cioè ad architettura esteriore articolata in tre diversi complessi di organi, cui non corrisponde alcuna distribuzione di effettivo potere tra tre classi sociali, tre gruppi, addirittura, al limite, tre libere scelte di partecipazione al potere. Perchè questo accada e perchè quindi l'unitario potere dello Stato (degli uomini che lo esercitano) risorga basta poco. Gli esempi

sono addirittura inutili, tanti ne mostrano la quotidiana esperienza e la più povera considerazione storica. È sufficiente che il senso del potere sia perso da uno qualsiasi dei gruppi che fanno parte dello « Stato »; che un'altra, più semplice idea si apra la via per rendere più agevole il reggimento dello Stato, offrendo un simbolo in luogo della continua tensione richiesta dalla divisione dei poteri; che l'idea del « commitment », della « Bekenntnis » allo Stato si attenui; perchè inavvertitamente il potere statale passi dalla comunità ad una frazione di essa, di cui il nome quasi non rileva.

7. Esattamente una vicenda di questo genere è quella compiutasi nella Germania della seconda metà del secolo scorso, in cui al difficilissimo gioco della divisione dei poteri (voluta dalle costituzioni del '48) si oppose un meccanismo formale infinitamente più semplice e, sopratutto, coerente con la tradizione assolutistica da cui la divisione dei poteri si era voluta distaccare. Si intende fare riferimento alla dottrina dello Stato di diritto, il celebre « Rechtsstaat ».

È noto che cosa si intendesse con questa espressione. Con una indagine storica svolta fin dalla fondazione dell'impero con Carlo Magno, Gneist in appassionate pagine volle dimostrare che lo Stato tedesco aveva una propria, fondamentale caratteristica, che lo distingueva da ogni altra forma di Stato. Questa era la integrale soggezione del potere statale (naturalmente accentrato nelle mani del sovrano) al diritto. La conformità al diritto assicurava a tutti libertà e dignità, ben più di quanto potessero fare le equivoche formule costituzionali e democratiche, come quella della separazione dei poteri. La spontanea, naturale dedizione del potere al diritto era dunque di per sè la massima garanzia; a tutela di essa poteva venir istituito un sistema giudiziario che la conformità al diritto avrebbe assicurato.

Non v'è dubbio che anche questa concezione dei limiti del potere statale attraverso il diritto avesse in sè elementi di astrattezza. Si potrebbe discutere a lungo sul significato di questa espressione « diritto » (come in effetti si discusse); si potrebbe dubitare della reale efficacia vincolante di un sistema, nel quale in sostanza non esiste meccanismo alcuno di controllo — al limite, proprio nella determinazione di che cosa è diritto da osservare. Queste sarebbero però considerazioni tecniche, critiche, che si muoverebbero dunque su un piano di mero rea-

lismo. Conta qui quello che dietro la concezione dello Stato di diritto si celava, in contrapposto alla nuova « divisione dei poteri », imposta dal di fuori. Questa forza nascosta, che condusse alla generale affermazione del concetto in Europa, era la eliminazione della contraddizione. L'idea della soggezione al diritto, come chiave per conseguire l'ordine della comunità e del potere, era semplice. Bastava individuare il « diritto », riconoscere insomma quali fossero le proposizioni in cui si sostanziava — e cui occorreva adeguarsi —, perchè il problema teorico e pratico dello Stato fosse risolto. Il discorso sarebbe passato dal campo della filosofia e della politica a quello del diritto, della lotta per il potere ed intorno al potere a quello dell'interpretazione del « diritto ».

È chiaro quale poteva essere la soluzione. La offrivano proprio le costituzioni, con la loro struttura modellata secondo la divisione dei poteri, e con la netta contrapposizione del legislativo agli altri poteri dello Stato. Era sufficiente porre l'equivalenza tra diritto e legge perchè al difficilissimo ed instabile equilibrio proposto dalla divisione dei poteri venisse dato un punto di riferimento, costituito dalla necessità che la loro azione si conformasse... a quel che era voluto dall'atto del sovrano in collaborazione con le camere.

In questo modo, tutto era salvo. Era salva la tradizione, che voleva integro il potere statale sotto lo schema del « diritto ». Era salvo il conflitto tra i poteri dello Stato, che non potevano fare quello che credevano, ma erano continuamente limitati dalla volontà della legge (anche se erano e permangono tuttora oscuri i termini reali di questa soggezione dei poteri, specie di quello esecutivo, alla legge). Ma era anche aperta la strada per il più straordinario equivoco della storia del pensiero giuridico degli ultimi cento anni, perchè ridotto e razionalizzato il conflitto tra poteri che costituiva la essenziale premessa della dottrina di Montesquieu, si ritenne possibile affermare la compatibilità e la coesistenza dell'una e dell'altra struttura costituzionale in uno Stato del concreto. Questo passo venne compiuto forse da Laband ([4]); certo ancor oggi si seguita a ripetere che la struttura dello

([4]) LABAND, *Staatsrecht*, II, 172, tenta di conciliare libertà dell'esecutivo del parlamento. Questo sembra possibile solo sulla base delle due opposte (e inconciliabili) premesse della divisione dei poteri e dello Stato di diritto.

Stato contemporaneo è quella di uno Stato di diritto con divisione dei poteri, senza rendersi conto che le due proposizioni sono contraddittorie ([5]).

Nella dottrina della divisione dei poteri, infatti, nessun potere era sovrano. Ciascuno — o coloro che lo esercitavano — concorreva ineliminabilmente alla composizione del potere generale dello Stato, nell'ambito della propria competenza. Basti pensare, come segno più evidente, da un lato al potere esecutivo, dall'altro a quello giudiziario. Il primo è lasciato nell'ombra da Montesquieu — perchè per sua natura è indefinibile il tipo di attività che può compiere. Il suo limite stava nel rispetto delle competenze del parlamento e del potere giudiziario, ovvero ancora, nella capacità di questi di opporsi alla sua eventuale espansione. Il potere giudiziario viceversa, secondo una vecchia tradizione francese, è limitato all'osservanza della legge, che dovrebbe solo esprimere, di cui dovrebbe essere la mera voce. Tornano alla mente i vecchi divieti di interpretazione posti ad esso, palese testimonianza della esistenza e della temibilità di qualcuno che poteva elaborare ed imporre alla società la propria legge, cioè, il proprio potere ([6]).

Nella dottrina dello Stato di diritto, viceversa, il potere sovrano esisteva. Era lo Stato, prima di ogni altra cosa se stesso. In questa propria assoluta sovranità esso trovava il limite della legge (che proveniva dal sovrano con il concorso delle camere rappresentative); ma si elevava a piena compiutezza nel governo, responsabile di fronte al sovrano e non di fronte al parlamento, che occupava quindi tutto lo spazio non espressamente sottrattogli dalla costituzione. Incredibile a dirsi, una posizione secondaria occupavano i giudici, ai quali pure tanto peso dava la dottrina. Essi erano relegati

([5]) La confusione tra i due concetti è evidentissima ancor oggi: ad es. H. HUBER, *Niedergang des Rechtes und Krise des Rechtsstaats*, in *Festschrift Giacometti*, Zürich, 1953, pag. 59 seg., dove i due principi vengono assolutamente sovrapposti.

([6]) H. W. KRUSE, *Richterrecht als Rechtsquelle im innerstaatlichen Recht*, Tübingen, 1971, pag. 12 seg. A pag. 13 è citata l'Ordonnance del 1667 che prescriveva ai giudici di ricorrere al parlamento per risolvere i casi di interpretazione dubbia; a p. 14 felici notazioni sulla possibilità dei poteri di sovrapporsi l'uno all'altro.

non all'applicazione del diritto e quindi alla sua creazione, come in Inghilterra, ma al mero controllo della legittimità. Certo a questa idea della supremazia del diritto si deve in gran parte la creazione dei tribunali amministrativi: ma non si considerò — e purtroppo ancora non si considera — che essi sono la vigente testimonianza della rinuncia al diritto per la legge, come la travagliata storia dell'eccesso di potere da un lato, e dall'altro il bisogno sentito di creare una corte costituzionale, in contorta forma garante del « diritto » al suo sommo livello, inequivocabilmente dimostrano.

Non si possono indagare qui le molteplici storture costituzionali determinate dalla sovrapposizione di due così eterogenei principi. Preme qui rilevare solo come dalla affermazione della generale supremazia del diritto (cioè della legge) derivò la stessa limitazione concettuale della amministrazione: che anche essa, come i giudici, anzichè venir considerata come potere, strettamente legato al governo e retto da regole proprie, fu ridotta a mera « esecuzione della legge ». L'evoluzione si svolse impercettibilmente, ad es. da Laband (per il quale era ben limitato l'ambito in cui l'amministrazione doveva conformarsi alla legge) a Zanobini ed ai più recenti studiosi tedeschi, Jesch e Rupp ad es., per i quali l'intera attività amministrativa deve sottostare alla legge (7).

Il risultato e l'equivoco sono palesi. L'equivoco è che legge e diritto sono confusi tra loro, senza considerare che anche in assenza di norme l'amministrazione non può essere dispensata dall'osservare il diritto, quel diritto lungamente ricercato negli studi sulla discrezionalità amministrativa (8). Il risultato è che la forma della divisione dei poteri era ed è divenuta strumento per nascondere sotto la maschera della « osservanza della legge » la unità del potere statale, accentrato nelle mani del parlamento e del governo, di cui ormai era ed è caduta la profonda distinzione « classista » su cui una volta si fondava la loro separazione.

---

(7) JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen 1961; RUPP, *Grundfragen*, cit.

(8) Essi infatti mirano a fissare il rapporto — giuridicamente necessario — tra norma ed atto; dunque a individuare il « diritto » dell'attività amministrativa. V., più ampiamente, *Principio di legalità*, cit.

8. Come si diceva, si potrebbero indagare diversi aspetti della vita costituzionale di questo secolo, che danno piena conferma dei concetti qui sopra esposti: primo fra tutti quello riguardante la genericità del concetto di Rechtsstaat, che dall'idea dell'ordine superiore cui l'attività dei poteri pubblici si deve conformare è stato adattato a qualsiasi contenuto politico dittatoriale; più in generale — o da un altro punto di vista — la sostanziale identità di tutte le costituzioni moderne e contemporanee, che coprono realtà sociali e politiche opposte sotto la stessa formula generale di Stato di diritto o suoi derivati. Ma tutto ciò è estraneo al discorso che qui si conduce. Preme ora solo approfondire il rilievo sopra svolto, del passaggio dalla soggezione del potere statale al diritto alla sua soggezione alla legge e della sua trasformazione in esecuzione di essa, per chiarire come ciò abbia condotto ad un tanto singolare quanto grave travisamento sul concetto di « potere esecutivo » e sul suo collocamento nel quadro generale del potere statale. Tale equivoco consiste in ciò, che l'esecutivo è stato isolato dalla dinamica della gestione del potere statale (in quanto gli è stato affidato il compito di « eseguire la legge »), così che è stata persa la possibilità di coglierne la vita effettiva. È forse opportuno cercare di mettere a fuoco questo distacco del potere esecutivo dalla sua vita, esaminando la dottrina che lo ha concepito come esecuzione della legge, anzitutto nella sua genesi e nella sua logica; poi nella possibilità di applicazione concreta che hanno i concetti da essa proposti.

9. Già si è accennato alla genesi della formula qui esaminata, per definire l'esecutivo. Da un lato la dottrina della divisione dei poteri aveva portato il concetto che esecutivo fosse il potere statale, scarnificato, se così si può dire, e cioè privato dei poteri legislativo e giudiziario affidati ad altri corpi. In essi trovava il proprio limite, ed era ridotto ad un ambito che si potrebbe dire residuale, nel senso cioè di non più esattamente caratterizzabile (9). Dall'altro lato, la dottrina dello Stato di diritto, rinnegato questo concetto, affermava che il po-

---

(9) In questo senso la nozione « negativa » di amministrazione proposta da LABAND, *Staatsrecht*, cit., II.

tere esecutivo *è* il potere statale, il quale trova il proprio limite non in altri poteri (che essendo anche essi statali non sono in realtà isolabili dal primo), ma nel diritto: così che se una data costituzione impone allo Stato di articolarsi secondo gli schemi della divisione dei poteri, cioè affidando al Parlamento il compito di legiferare, questo non può avere che due significati. Da un lato, che la conformità al diritto impone al potere statale di non invadere la competenza del parlamento nelle materie ad esso affidate (riservate) salva la possibilità di adottare norme in altri campi non coperti da riserva; e dall'altro che questa Rechtsstaatlichkeit doveva tradursi in soggezione a chi questo diritto avesse emanato, e dunque in soggezione alla legge. La conseguenza è chiarissima. La commistione dei due concetti, del potere esecutivo che può agire ma non legiferare e del potere esecutivo che può anche, eventualmente, legiferare, ma che agendo deve conformare la sua azione al diritto, portano alla conseguenza che il potere esecutivo, essendo soggetto al diritto, è soggetto alla legge, come si accennava, e la esegue, salva la competenza del governo a svolgere esso stesso attività normativa sostanziale. I passi compiuti verso la confusione del linguaggio e dei concetti sono evidenti. L'esecutivo viene diviso in due settori, corrispondenti ai due momenti astrattamente identificati. Da una parte appare il governo, cioè il vertice di questo esecutivo, che opera con il parlamento in un effettivo gioco del potere e per il potere, nel senso cioè che decide liberamente, creando o concorrendo a creare il diritto. Dall'altra appare la amministrazione — l'apparato cioè sottordinato al governo e per il quale si realizza in maniera piena il precetto della conformità dell'azione al diritto. Questo apparato sottosta al governo, sottosta al parlamento, sottosta al diritto: brevissimo è il passo da questa sottoposizione funzionale al diritto al governo ed al parlamento verso la sottoposizione logica alla legge, che deve essere eseguita. Ma compiuto questo passo si compie anche lo snaturamento del potere. Del potere statale è infatti mantenuta la unità, posta a premessa di tutto il discorso; ed è invece persa l'unità dell'esecutivo, scisso in governo in senso stretto ed in pubblica amministrazione. È così anche persa di vista la sua funzione reale e storica, che è di guida, di indirizzo, di governo della comunità, quale operante e vivente apparato dello Stato — quale Stato operante e vivente. La sola cosa che rimane è questa metafisica idea

di Stato associato alla legge, che si ammanta di una oscura e spesso irresponsabile autoritarietà ([10]).

Fin d'ora è da aggiungere anche un altro rilievo, che, da un diverso punto di vista, verrà più ampiamente sviluppato in seguito. Si deve cioè osservare che la distinzione tra governo in senso stretto ed amministrazione, provocata dalla concezione di quest'ultima in termini di « esecuzione della legge » è inattendibile, perchè non è reale. Le ragioni sono molteplici. Anzitutto vi è quella, che l'amministrazione ha una vita propria, che si trasfonde nell'azione. La presenza di questa vita; il suo estendersi dalla definizione di linee generali di azione fino alla adozione di singole misure concrete (quindi nella istruttoria e decisione); il suo palese affiorare come volontà positiva o negativa, del tutto estranea alla idea di « esecuzione della legge »; tutto ciò comporta la necessità di stabilire un collegamento tra l'amministrazione e chi questo apparato controlla o vorrebbe controllare. A capo delle amministrazione sta poi sempre un organo politico, il ministro: e Jellinek ha limpidamente delineato la lunga via seguita per giungere a questa politicizzazione del vertice amministrativo e,

---

([10]) A questo proposito sono di estremo interesse le considerazioni di G. JELLINEK, *Die Entwickelung des Ministeriums in der konstitutionellen Monarchie*, originariamente pubblicato nella *Grünhuts Zeitschrift*, 1883, 304 segg., poi nei *Gewählte Reden und Aufsätzen*, Berlin 1911 (ora riedito da *Scientia*, Aalen, 1970, II, 89 segg.), con le quali, dopo aver dimostrato come la moderna struttura dei governi sia nata dalle due radici, francese, rivoluzionaria e napoleonica, mirante a costituire un apparato amministrativo centralizzato, ed inglese, che ha a suo fondamento la costituzionalizzazione, e cioè la proiezione verso l'esterno di un consiglio del re prima, di un gabinetto poi, giunge infine a sostenere che negli Stati storici (quelli ricchi di una tradizione di governo salda e monarchica) il gabinetto non può che essere di nomina regia, ed il parlamento non può che concorrere in qualche, ben specificata materia, all'opera di governo; mentre negli altri, in cui la corona deve la sua presenza alla « aus vulkanischen Mächten herausgeborenen neue Ordnung », è giusto che il governo nasca dalla maggioranza parlamentare. In sostanza dunque al fondo del pensiero di Jellinek c'è la convinzione che sia impossibile una divisione dei poteri, e che il vero problema sia quello dei rapporti di fiducia nell'ambito dell'organizzazione (o dei soggetti?) che detiene il potere. Di qui l'idea sulla posizione del Cancelliere imperiale (e sulla posizione di « Behörden » dei ministri), solo responsabile di fronte all'imperatore (pagg. 138-139). V. anche per un'analitica esposizione delle varie forme di governo di tipo ministeriale, HINTZE, *Die Entstehung der modernen Staatsministerien*, in *Staat und Verfassung*, Göttingen, 1962, 275 segg.

corrispettivamente, a questa amministrativizzazione del governo in senso stretto. Si aggiunga che il governo (consiglio dei ministri) ha in Italia una serie di competenze amministrative proprie, che inevitabilmente incidono nella competenza naturale dei vari ministeri: si pensi semplicemente alla nomina dei prefetti e dei direttori generali. Palesemente dunque nella realtà governo (consiglio dei ministri) e pubblica amministrazione sono una cosa sola, nel senso che costituiscono una indissolubile unità.

10. Queste considerazioni già rivelano come inattendibile una configurazione dell'esecutivo quale potere che « esegue » la legge, in quanto mostrano l'origine di tale concezione da un equivoco — o dalla precisa volontà di evitare, con l'equivoco, certe conseguenze cui avrebbe dovuto portare la divisione dei poteri. Bisogna ora dire che una simile concezione dell'esecutivo non si regge neppure al livello dell'esperienza concreta, e cioè della storia. Un esecutivo che realmente « eseguisse » la legge dovrebbe presupporre a sè una situazione di fatto in cui operare così semplice, da consentire alle leggi di avere un contenuto concreto, immediato, tale appunto da richiedere solo una attività di esecuzione, per tradurle in pratica: in altre parole, che escludesse la necessità di qualsiasi attività discrezionale. E condizioni di vita così semplici probabilmente non sono mai esistite se non nell'età dell'oro e — a quanto se ne narra, con non si sa quanta attendibilità — presso certe tribù barbariche.

Ma comunque, anche a voler ammettere la possibilità di una siffatta struttura dell'esecutivo (come esecuzione di leggi, dunque), chiaramente essa dipende da condizioni di fatto che maggiormente si avvicinino allo schema or ora descritto, di massima semplicità sociale: occorre cioè presupporre una completa autosufficienza dell'individuo, ed una sua estraneità ai fini dello Stato; una limitazione dell'attività statale ai compiti che trascendono istituzionalmente le capacità individuali, quali mantenere l'ordine pubblico, l'amministrare la giustizia, assicurare la difesa, costruire opere pubbliche. Lo Stato non deve svolgere alcuna politica sociale ed in un certo senso avere interesse alle proprie leggi ed alla loro osservanza cioè all'ordine sociale e morale, cui mirano. In queste ipotesi si può immaginare, sia pure con qualche sforzo (perchè ad es. già nel curare l'ordine pubblico c'è la necessità

di valutazioni, rimesse integralmente all'« esecutivo »), che esso sia soltanto « attuazione » dei precetti della legge.

Ma ove la situazione si complichi perchè ad es. una continua presenza dello Stato è richiesta da una situazione di squilibrio o di recessione economica: o perchè lo Stato è divenuto protagonista di una vera e propria politica sociale, ed a questa estenda i suoi fini; diventa impossibile definire la funzione dell'esecutivo come pure « esecuzione » della legge ([10-bis]). Diventa impossibile per una ragione banale, si vorrebbe dire, e cioè perchè vi è continuamente la necessità di una azione che non esegue materialmente la legge, ma valuta e decide sulla sua interpretazione e sulle condizioni per la sua applicazione, quindi al tempo stesso operando in veste « amministrativa » (nel senso europeo del termine) e giurisdizionale; di un'azione che nell'ambito dei fini si organizzi e si prefissi una serie di fini parziali, coordinati in un piano più vasto, dunque ponendosi verso se stessa anche come legislatore; di una azione preventiva e repressiva sollecita, assolutamente irrealizzabile mediante il ricorso degli interessati al giudice (come nell'esempio degli USA sopra cit.), e che quindi integri le lacune del potere giudiziario consentendo di raggiungere fini preclusigli; di una azione che organizzi il potere esecutivo, onde consentirgli di agire in base alla legge da « eseguire ». Si potrebbe dire che paradossalmente si pone la necessità che tra legge e realtà venga meno la soluzione di continuità, venga meno la mediazione costituita dal « potere esecutivo », e che in un certo senso chi fa la legge la esegua — cioè siano immesse nella legge l'elasticità, immediatezza, duttilità di cui il suo stesso essere legge è negazione. Più semplicemente forse, si pone la necessità che il potere statale riacquisti l'unità negatagli.

11. Si giunge così al terzo ordine di considerazione, che mirano a cogliere le ragioni per cui la commistione di divisione dei poteri e di Stato di diritto è incapace di fissare il fenomeno dell'esecutivo nelle sue reali dimensioni.

([10-bis]) A questo possono essere ricondotte talune recenti critiche all'idea di « *rule of law* » di Dicey: ad es. WADE e PHILLIPS, *Constitutional law*, London 1961, p. 50 segg.

Si è detto che essa ha proposto un concetto di amministrazione essenzialmente come sviluppo di quello di esecuzione delle leggi, così che in questa si risolve l'intera attività dell'apparato. A questo proposito bisogna anzitutto dire, come per altro si era già osservato, che non è vero che il potere esecutivo provvede solo ad eseguire le leggi. Delle leggi esso si vale ed a volte anche le esegue, come ad es. quando viene imposto un obbligo od una prestazione alla comunità; ma questi casi di esecuzione sono ormai marginali, e certo non esauriscono il campo dei rapporti tra legge ed amministrazione. Almeno due ordini di ipotesi debbono venir presi in considerazione.

Anzitutto quella della legge che all'amministrazione conferisce un potere, sia pure disciplinandolo. Il fatto che un potere sia conferito esclude *ex se* che il suo esercizio possa configurarsi come traduzione della norma, che lo attribuisce, in realtà, alla norma stessa conforme. Questo esercizio del potere è qualche cosa di diverso, è attività amministrativa sul fondamento della legge, non esecuzione di essa. Ma poi, punto forse centrale del discorso, vi sono attività che non possono dirsi esecutive di leggi perchè la legge manca, pur sussistendo l'attività, o perchè l'attività non rientra in alcun modo in un rapporto legge-amministrazione, ragionevolmente concepibile come « esecuzione ». Esempio tipico di ciò è l'attività c.d. di alta amministrazione, o che si risolve non nell'adozione di provvedimenti specifici, ma nell'emanazione di norme, alle quali gli organi amministrativi subordinati dovranno attenersi nell'adozione di provvedimenti specifici.

La dottrina ovviamente ha rilevato l'esistenza di questo campo di attività amministrativa che sfugge all'idea, intuitiva forse, di esecuzione. Essa ha parlato così di attività ed anzi di atti politici, sottratti come tali al principio di legalità strettamente inteso; ed ha cercato conforto per questo inquadramento delle attività di cui trattasi nel fatto che esse sono poste in essere da organi che stanno al vertice dell'amministrazione, così che, in sostanza, la necessaria determinazione politica del contenuto dei provvedimenti amministrativi (o di certi loro presupposti, certi loro elementi) naturalmente porterebbe l'attività all'infuori dello schema di una rigida « esecuzione della legge ». Ma questo è un modo di aggirare il problema, non di risolverlo. Il governo, infatti, fa parte della pubblica amministrazione alla stessa stregua dei prefetti, dei direttori generali, dei comuni o dell'amministrazione finanziaria, in genere di tutto l'apparato burocratico che sovraintende alla vita della nazione; ed ha come ogni altro organo una propria specifica funzione da assolvere. Tale funzione è di guida, di coordinamento, di indirizzo del lavoro di altri e certamente è diversa come contenuto dall'attività di coloro che agiscono secondo la direttiva, cioè per perseguire gli obiettivi fissati dal governo. Rispetto all'amministrazione per così dire ordinaria la differenza cessa però qui, al livello del contenuto dell'azione svolta — governativa o ad essa subordinata — e non è possibile trarne alcuna differenza sostanziale: perchè l'una e l'altra interagiscono e solo dalla loro fusione nasce l'attività amministrativa del concreto, cioè la costruzione di una strada, la concessione di licenze edilizie, la derivazione di acque, l'iniziativa economica pubblica. In altre parole, l'attività amministrativa del reale si compie, in quanto è stata guidata, cioè è stato esercitato il potere di governo e di indirizzo; così che è arbitrario volerne astrarre due momenti, attività di guida e attività conforme alla guida, per considerare amministrativa solo quest'ultima ([11]). Il concetto tradizionale di esecutivo riferito alla pubblica amministrazione si mostra cioè intimamente contraddittorio, perchè attività eterogenee, alcune delle quali di vera esecuzione di precetti di rango superiore, altre intrinsecamente articolantesi in una discrezionalità vastissima (nella quale addirittura si determina il contenuto della legge) debbono essere fatte rientrare sotto di esso.

12. Ma si può dire qualche cosa di più; e cioè che nell'ambito dell'idea di amministrazione come esecuzione di leggi vi è un altro elemento, oltre alla presenza di attività che esecuzione certo non sono,

---

([11]) Come si dirà in seguito, nasce di qui il grave problema se la legge stessa del parlamento non abbia carattere amministrativo, non si inserisca cioè nella dinamica direttiva-azione concreta, in cui si può risolvere l'azione concreta e puntuale. Non solo, ma ancora più grave, si affaccia il problema come dell'unità dei poteri dello Stato, così della loro divisione e quindi del contenuto della legge. Si può cioè distinguere sostanzialmente la legge dalla direttiva governativa? E che si possa o non si possa, vi è una ragione per distinguere tra legge e direttiva, addirittura tra governo e parlamento? Tornano alla memoria le pagine di Donati, *La legge in senso materiale*, cit., che sembrano lontanissime nel tempo, come in fondo anche quelle di Esposito, *Validità*, cit.

il quale ulteriormente impone di considerare l'idea stessa come inadeguata a rappresentare la realtà dell'amministrazione e della sua attività. Esecuzione infatti presuppone una legge da eseguire. Ora che cosa è questa legge? Certo si può dare una risposta formale e dire che la legge è l'atto del parlamento emanato secondo una certa procedura; ma è chiaro che questa risposta è insoddisfacente — è appunto formale — perchè nulla dice di che cosa sia o voglia essere la legge. Ma cercare che cosa sia questa legge è impresa disperata, e sono ben note le difficoltà nelle quali si è imbattuta la dottrina quando ha cercato di definirne i caratteri: si sono invocate generalità ed astrattezza, come tipiche della legge ([12]), ma è stato necessario riconoscere sia che esse non ricorrevano sempre, sia che sono proprie anche di atti diversi, che non sono leggi dal punto di vista formale (si pensi da un lato all'approvazione di certi contratti per legge o alla concessione di benefici individuali, dall'altro ai regolamenti), sia che un atto « non muta natura sostanziale per il fatto che sia rivolto ad una generalità, invece che ad un individuo » ([13]); si è parlato di una volontà innovativa della legge rispetto all'ordine precedente, ma anche questo non è vero solo per essa, sia perchè in termini generali non c'è atto che ne sia privo (se non fosse in qualche modo innovativo non ci sarebbe bisogno di compierlo), sia perchè non ogni legge innova (si pensi alla costituzione di una commissione d'inchiesta mediante legge) ([14]); ci si è scontrati con la legge che il senso comune sente come fondamentale, la legge di bilancio, e si è dovuto risolvere l'irresolubile problema di una volontà che per essere stata esercitata deve volere qualche cosa, mentre non vuole nulla ([15]). Ma vi è un fenomeno ancor più difficile da spiegare, quello della delega legislativa al governo e del suo potere di emanare decreti aventi forza

([12]) Per tutti CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato*, in *Trattato Orlando*, III, 22.

([13]) ESPOSITO, *Validità*, 80. V. anche DONATI, *Caratteri della legge*, cit., 53; ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, 1886, 186.

([14]) Per la teoria della novità della legge, LABAND, *Staatsrecht des D. Reiches*, II, 168 segg.; critica ed esposizione di approfondimenti della tesi di LABAND in DONATI, *Caratteri*, cit., p. 63 segg.

([15]) V. però le singolari ed acute osservazioni di ORLANDO, *Sul contenuto giuridico della legge di bilancio*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1911 ed ora in *Diritto pubblico generale*, Milano, 1950, p. 529 segg.

di legge in determinate circostanze: cioè dell'attività legislativa del governo. Se infatti il problema può essere risolto dal punto di vista formale invocando la previsione di questa sua competenza legislativa nella costituzione o, dal punto di vista sostanziale, richiamandosi alla necessità come fonte di legittimazione ([16]), l'esistenza e l'inevitabilità di questa competenza non sono meno gravi per la dottrina tradizionale della legge, perchè comportano il trasferimento — o il riconoscimento? — al governo di un potere che si dovrebbe ritenere di esclusiva spettanza del « legislativo ». Si vorrebbe dire che proprio il fatto che la Costituzione equipari questi atti del governo alla legge e quindi risolva d'autorità il problema è grave. Che cosa è infatti questa legge che il governo, come « governo » (ma che cosa significa di nuovo questa espressione?) può emanare e che poi, in quanto facente parte dell'esecutivo, deve eseguire?

13. Il discorso può a questo punto concludersi e tornare al tema. Si tratta di procedere alla identificazione della amministrazione e della funzione amministrativa, che si potrà svolgere muovendo da altre basi. La formula proposta dalla dottrina nata dall'interpolazione delle idee di stato di diritto e di divisione dei poteri ha infatti mostrato la sua incapacità di fissare il significato e la posizione della amministrazione nello Stato. Essa, come si è più volte detto, riduce la amministrazione a funzione di esecuzione di leggi. Ora si è visto che nè la funzione amministrativa si può ridurre ad esecuzione di leggi, perchè nell'interno dell'amministrazione vi sono elementi di volere che concorrono con la legge determinando l'apparato all'azione (ad una certa azione), nè che la stessa legge che dovrebbe essere eseguita è posta all'amministrazione con la compiutezza che si dovrebbe ragionevolmente richiedere perchè possa parlarsi di vera « esecuzione » e non di azione sul fondamento della legge, guidata dalla legge, ispirata dalla legge ma fondamentalmente ed essenzialmente propria di chi agisce. Addirittura, si è visto or ora, al governo sono — e devono essere — riconosciuti poteri normativi in concorso con il parlamento, nell'ambito di una competenza funzionale diversa.

([16]) V. sul punto le critiche di ESPOSITO, *Decreto legge*, voce dell'*Enc. del diritto*. Su tutto il problema, importantissime le pagine di C. SCHMITT, *Legalität und legitimität*, Berlin, 1968 (2ª ed.) p. 70 segg.

Da questi due ordini di considerazioni altre, assai significative, se ne possono trarre. Anzitutto, dal primo, che nella concreta attività amministrativa — per meglio dire, nell'attività amministrativa del concreto — la volontà della legge si fonde con un'altra volontà, dell'amministrazione questa volta, determinando un risultato che è diverso dalla « volontà della legge », che in ipotesi sola dovrebbe costituire il volere fondamentale dello Stato. Al limite, questo volere della legge si deve fondere con la volontà di predisporre l'organizzazione necessaria per operare con essa, di dotarla di certi mezzi, di assegnare ad essa certo personale. Chiaramente questa scelta dell'amministrazione su se stessa, su se stessa e la legge, se si vuole, determina il contenuto reale di quest'ultima, perchè determina la quantità e la qualità dell'azione « esecutiva » di essa. L'amministrazione, bisogna dedurne, sta con la legge non in un rapporto di dipendenza e di esecuzione, ma di eguaglianza, nell'ambito delle diverse sfere di competenza e di cooperazione nella decisione: cooperazione che come può produrre un risultato positivo (e quindi l'« esecuzione della legge », cioè l'azione pronta, immediata, conforme ad essa), così ne può determinare uno negativo, e così l'inesecuzione, la trascuratezza, la disapplicazione della legge ([17]).

14. Dal secondo ordine di considerazioni sopra svolte, poi, sul concorso di competenze legislative del governo e del parlamento, deriva la necessità di portare lo sguardo innanzi, sulla natura stessa della legge ([18]): che appare essere assai più che l'atto, che pone il diritto, veramente un « atto giuridico » ([19]), strumento di azione, a disposizione degli organi supremi del paese — governo e parlamento — per la sua disciplina. La legge non è; non è cioè la *ratio* che supera la *voluntas* e sta in suo luogo; è un elemento del volere, che esprime una volontà razionale ma anche irrazionale, formatasi nell'ambito della

([17]) Donati, *Le lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1909, prefazione, osservava: « Sono secoli e secoli che si fanno leggi, che si osservano... e non si osservano, che si applicano... o si crede di applicarle ».

([18]) Notevolissime a questo proposito le considerazioni di F. Neumann, *The democratic and authoritarian State*, nell'articolo « The change in the function of law in modern society ».

([19]) Secondo la ben nota formula di Esposito, ad es. *Legge*, voce del *Nuovo dig. it.*

lotta politica tra coloro che possono volere pubblicamente, per l'intera nazione. È una volontà, quindi, per sua natura di contenuto variabile, di volta in volta, secondo le necessità, le passioni e le pressioni del momento, generale, singolare, speciale, interpretativa, innovativa o, — come si dicevano le leggi di bilancio — « meramente formale »; che in queste sue variazioni caratteristiche serve a risolvere situazioni contingenti, le quali a loro volta possono presentarsi (o essere viste) come bisognose di una disciplina generale, speciale etc.

Certo questo è un considerare la legge da un punto di vista strumentale — veramente come « atto giuridico », che può anche, ma non necessariamente, essere fonte del diritto — che nega quindi alla legge ed al parlamento la posizione di vertice nell'ordinamento loro assegnata da una lunga tradizione di pensiero ([20]) ([21]). Ma su questo non

([20]) È per altro da rilevare che la stessa logica interna del sistema che culminava nel parlamento è stata posta in crisi dalla atipicità imposta alle funzioni del legislatore dalle esigenze della programmazione. Benchè infatti Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., II, p. 656 osservi che nel programma si « esprime in modo tipico l'indirizzo voluto imprimere alla politica economica, che non potrebbe venire in nessun modo sottratto al Parlamento », e che « data la necessità della concordanza delle due camere sullo stesso testo, quale è attestata dalla promulgazione, la volontà stessa deve trovare nella legge la sua forma necessaria », non si può fare a meno di rilevare che una legge, la quale impegni il parlamento (ed i parlamenti futuri: come nel caso che il parlamento fosse sciolto od il programma si estendesse per un periodo di tempo che comprende in sè la scadenza del parlamento che lo ha approvato) ad una azione futura è una legge anomala: non può avere contenuto concreto (ed in effetti essa prevede ad es. che si produca un certo reddito, ma chiaramente non lo può « volere », perchè non ha senso); non disciplina una materia, per vasta che questa possa essere, ma detta principi da seguire nella sua futura disciplina di essa; in definitiva non vincola nessuno, essendo ben noti i casi di disapplicazione della legge di piano (ad es. si pensi agli investimenti — pubblici! — per la c.d. Alfa Sud, decisi dopo che il piano aveva disposto di non procedere a nuovi investimenti nel settore automobilistico). Mortati stesso riconosce, implicitamente, l'anomalia della legge di piano, là dove dice che deve assumere la forma di legge, data la necessità di una volontà uguale, espressa dai due rami del Parlamento. La forma della legge non è dunque il *necessarium*, ma un *accidens*, nel senso che, poichè il parlamento, a norma di costituzione, non può avere volizioni esternamente rilevanti se non in quanto siano espresse in forma di legge, se ne deve dedurre che anche la volontà del piano deve esprimersi come legge. Vi è cioè — e trapela dalle parole di Mortati — un *quid novum*; questo è la volontà stessa del piano, che modifica la funzione del parlamento e quindi la sua volizione. Merita osservare incidentalmente che gli

deve sorgere equivoco. È innegabile che formalmente la legge nella costituzione vigente sia un atto con efficacia vincolante (anche se, come è stato ben messo in luce, è dubbio che si possa parlare di una gerarchia tra l'efficacia dei diversi tipi di atti), che come tale richiede un'attività ad essa subordinata, quando nel suo ambito si agisca. Ma il porsi come direttiva dell'azione concreta; e viceversa lo svolgersi dell'azione nel suo ambito (e quindi in subordine ad essa), non costituiscono, come in fondo si vorrebbe, un momento unico, che dalla posizione della legge si estende fino alla sua esecuzione. Al contrario, si tratta di due momenti distinti ed autonomi scaturenti da una distribuzione di competenze, storicamente determinata, nei quali si determina il reggimento della comunità. Nè la legge cioè pone un perenne ed astratto diritto ([22]), nè l'amministrazione la esegue ([23]). In funzione delle esigenze della comunità, sentite, interpretate e risolte

statuti regionali, recentemente portati al parlamento per l'approvazione, prevedono tutti espressamente che il consiglio regionale deliberi, oltre che le leggi, anche intorno ai programmi.

Su questi problemi letteratura naturalmente vastissima. V. ad es. Barbera, *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Milano, 1968; Predieri, *Note sulla legge di approvazione del programma quinquennale di sviluppo*, in *Diritto dell'economia*, 1966, p. 355.

([21]) Su questi argomenti è fondamentale la sottile e penetrante critica di Esposito, *Validità della legge*, cit., e *Legge*, cit., p. 728 seg., da cui conclude che la superiorità della legge sul regolamento, la qualifica della legge (eventualmente costituzionale) come la suprema manifestazione di volontà dello Stato « sono utili come descrizioni empiriche ed approssimative della posizione di fatto che assume la legge nell'ordinamento giuridico, ma sono inesatte quando siano intese in senso tecnico o giuridico, e pericolose, quando siano sfruttate per trarne una qualsiasi illazione sostanziale » (*Legge*, p. 730).

([22]) Osserva a questo proposito Esposito, *Legge*, cit., che della legge si può solo dire che essa « più di ogni altro atto dello Stato implica una riaffermazione del valore del diritto ».

([23]) Nè il quadro è mutato dalla previsione del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'amministrazione, nel senso cioè che questo implicherebbe una soggezione dell'esecutivo alla legge. A prescindere dal fatto che l'aspetto più significativo del sindacato riguarda l'eccesso di potere — violazione di norme sulla funzione, *extra legem* (*latae*), secondo l'espressione di Piras —, in ogni caso la conformità alla legge significa solo che, una volta decisa un'azione (o quando si sia ad essa obbligati), questa deve mantenersi nelle linee della legge che la disciplina. Ma questo non incide sui rapporti sostanziali legislativo-esecutivo qui indagati, che sono rapporti di potere, si vorrebbe dire. V. comunque *infra*.

in sede di governo in senso lato (al livello cioè delle rappresentanze parlamentari da un lato, del governo in senso stretto dall'altro, per non dire del complessissimo problema dei partiti), all'esecutivo vengono fissati limiti, poste direttive, conferiti poteri, che l'esecutivo stesso ordinariamente sollecita e richiede: in relazione ad essi, ed alla volontà che ne ha, agisce e « governa ». Come si è già detto, esso è dunque un momento autonomo che si pone come azione accanto alla legge, in concorso ed eventualmente in contrasto con essa; non è cioè il momento che rende effettiva la legge, ma il momento che realizza la « funzione di governo », cioè svolge nell'ambito della comunità la azione, richiesta dalla intrinseca necessità della comunità di essere governata.

15. Si può tornare così alla questione dalla quale si sono prese le mosse — che cosa siano amministrazione, esecutivo, governo — per cercare di rispondere ad essa all'infuori del pregiudizio costituito dalla sua interpretazione secondo le categorie, tra loro interpolate, di « separazione dei poteri » e di « stato di diritto ». Amministrazione ([24]) è la organizzazione in cui lo stato-apparato — e cioè l'insieme coordinato degli organi attivi dello Stato — si articola per realizzare la propria politica, cioè per raggiungere i propri obiettivi ([25]) ([26]), nell'ambito del rapporto fiduciario tra governo in senso

([24]) Occorre qui ricordare quanto osservato al par. 2, e cioè che è necessario considerare simultaneamente il profilo oggettivo e quello soggettivo dell'amministrazione, per cogliere il fenomeno nelle sue dimensioni reali.

([25]) V. Dimock & Dimock, *Public Administration*, New York, 1970, p. 3 segg.

([26]) Si pone qui il gravissimo problema di che cosa sia lo Stato — anzi, di chi sia lo Stato. Chiaramente è impossibile affrontarlo, perchè il discorso dovrebbe estendersi oltre ogni ragionevole misura: basti dire che occorrerebbe indagare e chiarire tutto il problema degli organi. Si può forse dire questo, in via di ipotesi, per giustificare le contraddizioni deliberatamente lasciate irrisolte nel testo: che lo Stato sembra essere questa organizzazione del potere, e risolversi in essa, collegato da un rapporto che per ora non si saprebbe dire se non storico con la comunità. Forse quando si è fatta la ben nota distinzione tra Stato apparato e Stato comunità — che tanta luce ha portato al problema — potrebbe essere rimasta nello sfondo l'idea di uno « Stato in sè », si vorrebbe dire, da analizzare: lo Stato in sè invece non esiste, se non nelle due proiezioni, metafisica di destino o Provvidenza, storica di potere e quindi di uomini. Lo Stato della storia è dunque solo potere, è solo uomini, è solo la loro organizzazioni, è gli uomini che organizzati sono lo Stato.

stretto e parlamento. Ma essendo questo, l'amministrazione si può ulteriormente specificare come l'apparato burocratico il quale raggruppa in sè le funzioni e le attività più diverse, che vanno dall'operare nell'ambito di una norma o di un certo complesso di norme « eseguendole » allo stabilire criteri e linee generali di azione, vincolanti per gli organi subordinati; dalla definizione di ambiti interni di competenza alla fissazione « politica » del rapporto concreto tra legge ed amministrazione tramite la strutturazione burocratica dei vari servizi, alla richiesta al parlamento di nuovi strumenti di azione, cioè di nuove leggi che consentano di estendere il controllo a nuove materie o di adeguarlo a nuove esigenze.

Chiaramente questo deve essere spiegato ed illustrato. La dottrina italiana e si vorrebbe dire europea non si è mai fermata sul tema se non per analizzarlo dal punto di vista formale (schemi di organizzazione) o puramente astratto (ad es. con la teoria della funzione amministrativa). Essa è quindi di scarso ausilio. Ma sulla scorta della dottrina americana che lo ha studiato con il pragmatismo che la caratterizza, è possibile osservare che nella amministrazione si svolge un continuo processo di scelta di valori e di guida verso la loro realizzazione, tanto come spinta verso una legislazione conforme ad essi, quanto come indirizzo e guida verso un'azione concreta, quotidiana, si vorrebbe dire, che li traduca in pratica ([27]). Questo duplice sforzo dell'amministrazione si traduce in attività di pianificazione, cioè nell'elaborazione delle linee generali delle cose da fare per raggiungere gli obiettivi fissati, nella organizzazione formale dell'autorità, nella sua direzione e nel suo coordinamento. Al livello inferiore (amministrativo, burocratico nel senso europeo del termine), questo sforzo è appoggiato da un'attività, che, nell'ambito degli obiettivi e dei programmi elabora dal punto di vista tecnico gli schemi organizzativi, assegnando compiti e responsabilità, e procede lungo la scala burocratica dall'assegnazione di essi in linea generale fino agli incarichi specifici agli individui. All'assegnazione ai vari livelli corrisponde un'attività di controllo delle opere compiute ([28]).

([27]) V. E. Griffith, *op. cit.*, p. 37 segg.

([28]) Questo schema di attività è stato ripreso da Graves, *Public Administration in a democratic society*, Boston, 1950, il quale a sua volta lo riprende

Ora questa analisi delle funzioni dell'esecutivo è stata oggetto di una singolare vicenda. Due autorevoli studiosi ([29]) l'hanno criticata, sostenendo che le funzioni dell'esecutivo si lasciano identificare e contrapporre assai più dal punto di vista dell'attività di pensiero in esse svolta che da quello delle attività concrete poste in essere. Essi dicono quindi che le funzioni di cui si tratta devono essere considerate anzichè dall'angolo visuale operativo cui si riferiva la schematizzazione qui sopra richiamata (elaborazione delle linee generali dell'azione etc.), da quello razionale, anteriore logicamente; e che quindi sono funzioni dell'esecutivo il pensare all'ambiente nel quale deve operare, sotto il profilo interno (strutturazione dell'apparato) e quello esterno; ai tempi in cui può operare, alle persone della cui attività si vale ed a quelle cui l'attività stessa si dirige, cercando di favorirne il consenso alla propria politica.

Attraente ed indiscutibilmente originale, questa analisi dell'amministrazione e delle funzioni da essa svolte per altro lascia perplessi sulla sua capacità di sostituirsi agli schemi precedentemente suggeriti. In definitiva sembra che i discorsi si svolgano su due piani diversi. Una cosa è infatti il predisporre l'organizzazione necessaria per svolgere una certa azione e distribuire in essa compiti, funzioni, competenze, poteri — vera attività di organizzazione dell'azione dunque — ed un'altra valutare uomini, tempi, ambiente, chiaramente al fine di trarre da questa valutazione gli schemi operativi — dunque di dare linea ed efficienza all'attività concreta —. I due schemi cioè non si escludono a vicenda, ed è quindi assurdo pensare di sostituirne uno con l'altro, perchè una cosa è l'attività ed un'altra il pensiero necessario per realizzarla, per renderla aderente alle necessità per cui è posta in essere. Sembra pertanto legittimo trarre una con-

---

da un saggio di L. Gulick e C. Urwick, *Papers on the science of public administration*, 1937.

La detta schematizzazione è stata criticata da M. Schaefeer, *Public Administration: Plumbing, Platonism and Poligamy*, in *Public administration Review*, 1967, p. 467-468, il quale suggerisce uno schema articolato in dodici punti. Ma non sembra che le differenze siano sostanziali. È pertanto parso opportuno attenersi ancora allo schema di Gulick ed Urwick, che è considerato lo schema classico delle attività dell'esecutivo. Per l'importante posizione di Dimock & Dimock, *Public administration*, cit., v. *infra* nel testo.

([29]) Dimock & Dimock, *Public administration*, cit.

clusione inversa, rispetto a quella proposta: nel senso cioè non che l'attività amministrativa vada identificata in termini di funzioni *lato sensu* organizzative, in essa svolte, o in termini di pensiero, condizionante quell'attività, ma, al contrario, in termini di funzioni *lato sensu* organizzative *e* di pensiero, necessario per dare alle prime un senso ed un indirizzo.

In questo modo si chiarisce di che cosa consistano e come si svolgano, momento per momento, in termini di attività e di pensiero umano, i vari compiti assegnati agli uffici, dal governo in senso stretto alle diramazioni periferiche dell'autorità. Appare così, come gli stessi autori di cui si parla avevano accennato precedentemente, che « processo politico » ed amministrativo spesso si sovrappongono, costituendo l'insieme unitario di governo dello Stato, nel quale sono elaborati gli obiettivi dell'azione ai suoi vari livelli, da quello, puramente politico, del governo in senso stretto, a quello della quotidiana azione degli organi burocratici professionali. Tutti concorrono in questa azione, perchè tutti in diverso modo partecipano al potere, ciascuno limitato solo dalla competenza obbligata degli altri; e quindi vi è uno scambio continuo di legislazione e regolamentazione che, decisa dall'« alto » viene imposta agli organi inferiori per la sua esecuzione; di sua accettazione, così come di opposizione ad essa; e soprattutto di richiesta continua di nuova legislazione che consenta agli organi attivi un'azione più elastica ed aderente alla realtà.

Capitolo II

IL PROBLEMA GIURIDICO DELL'AMMINISTRAZIONE NELLA COSTITUZIONE

Sommario: 16. Esclusione dei profili soggettivi dallo studio dell'amministrazione... — 17. ... e di quelli meramente tecnici. — 18. Il problema dell'amministrazione è quello della sua disciplina, in quanto potere statale. — 19. Dimostrazione tratta dalla dilatazione delle sue funzioni... — 20. *Segue*: e dall'analogia con gli altri poteri dello Stato. — 21. Necessità di concentrare la ricerca su un ordinamento determinato e quindi su quello italiano. — 22. Inizio della ricerca sulla costituzione. Se le riserve di legge pongano l'ordine giuridico dell'amministrazione. — 23. La trasformazione delle riserve di legge. — 24. Le norme positive della costituzione. Gli artt. 103, 111, 113. — 25. *Segue*. Gli artt. 23, 53 e 97. — 26. La genericità degli artt. 23 e 53. — 27. La genericità dell'art. 97: il buon andamento. — 28. *Segue*: l'imparzialità.

16. A questo punto, numerosi problemi si pongono all'attenzione. Definita la nozione di « esecutivo », nei termini sopra accennati, negatori del tradizionale concetto di « esecuzione delle leggi », sarebbe naturale approfondire il tema dei rapporti tra questo esecutivo ed il parlamento nel reggimento dello Stato. Come per altro si vedrà nei cap. IV e V, la struttura dell'esecutivo, derivante dalla disciplina data all'amministrazione, incide in maniera determinante in questi rapporti, al punto che — come si cercherà di dimostrare — essi si svolgono in maniera completamente diversa da quella che, fin qui, ci si sarebbe potuta rappresentare. È quindi necessario rinviare ad una fase successiva dell'indagine il problema del concorso tra esecutivo e legislativo nel reggimento dello Stato. Qui occorre approfondire l'indagine iniziata dell'esecutivo, anzitutto individuando il profilo rilevante per un'indagine sullo Stato (che come si vedrà, è quello giuridico) e per poi cercare di fissare i termini della disciplina positiva che l'ordinamento detta per esso.

La necessità di questa indagine ulteriore — ed anzitutto di questa pregiudiziale, dell'angolo visuale da cui condurla — appare del resto chiaramente da una immediata considerazione. Il complesso apparato di cui consta l'esecutivo (con la funzione di gestione del potere che ha, come si è detto) ha una sua struttura complessissima. In definitiva, la sola circostanza che nei meandri della sua organizzazione il potere prenda forma e vita — diventi atto — indurrebbe a studiare i rapporti tra uomini ed uffici, dal vertice alla base, attraverso cui esso si determina. È chiaro perchè: in questo, in questa serie di rapporti tra uomini, investiti, secondo una certa terminologia, di « munera » pubblici, stanno il reggimento effettivo dello Stato, la guida della comunità, la funzione di governo. In questi rapporti dunque sta, si potrebbe dire, la vita dell'esecutivo e del suo potere. È per altro anche chiaro che questa prospettiva sarebbe fuorviante. A scienze tecniche sperimentali, quali la psicologia sociale, la scienza dell'organizzazione e simili, e non alla dottrina dello Stato spetta indagare dove risieda il potere, come si trasmetta, come venga potenziato, influenzato, diminuito nell'ambito dell'amministrazione — come quindi in termini umani si svolga la funzione di governo.

Ma questa analisi, pure importantissima, — perchè senza di essa non si possono adeguatamente valutare le strutture amministrative esistenti, con i loro pregi e difetti e quindi non si può intraprendere una riforma della amministrazione — non può essere posta al centro di un'indagine di teoria dello Stato. Essa investe complessi problemi di interpretazione qualitativa e quantitativa dei comportamenti di coloro che partecipano alla organizzazione, per chiarire attraverso quali processi individuali — paura, orgoglio, ambizione, prestigio, sottomissione etc. — operi il potere; cioè nasca, si consolidi, si svolga, si attui e decada ([30]). La sola cosa da dire è che il giurista non ha le cognizioni tecniche che gli consentirebbero di svolgere un'indagine del genere, senza ripetere meccanicamente ciò che altri hanno scritto. Essa tocca l'individuo (e la somma di individui),

([30]) Cfr. Crozier M., *Le phénomène buroucratique*, Paris, 1963; Merton R., *Burocratic structure and personality*, in *Social Forces*, 1940, p. 560 segg.; Michels R., *Sociologia dei partiti politici*, trad. it., Bologna, 1969. Si vedrà in seguito quali aspetti della pubblica amministrazione siano stati posti in luce dalla dottrina or ora citata.

funzionario, ministro, cancelliere, nei suoi sentimenti palesi o segreti. E l'individuo, che pure è il protagonista del diritto, perchè è il protagonista della vita, ne è paradossalmente il grande assente. Il diritto non può occuparsi di lui e della sua vita, e quindi di fattori che, agendo nel suo intimo, lo spingono all'azione; può e deve soltanto osservare quest'azione, nel suo svolgersi e nelle posizioni che determina nella società, di coniuge, di figlio, di funzionario, di prestatore d'opera, di fallito, di detenuto, accettando queste figure — e le mille altre che l'azione crea — come vere e come reali. Tutte queste figure nascono dall'uomo — ed infatti a fondamento del diritto sono stati posti elementi umanissimi, come la forza, la paura o la giustizia —, ma con la nascita acquistano e vengono ad avere come propria una realtà, della quale l'eremita può non tenere conto, che lo psicologo può scomporre nei motivi che l'hanno dettata ma che il giurista deve accettare per quello che appare, realtà della vita, creata, nata comunque si voglia, ma realtà. Deve accettare questa realtà senza discutere, si vorrebbe dire e studiarla cercando di cogliere il modo in cui partecipa alla vita, insieme con i soggetti che l'hanno creata. La famiglia esiste per il giurista anche se psicologi e sociologi possono parlare delle sue origini mitiche e quindi di una sua obiettiva inconsistenza.

L'individuo stanco della famiglia — come quello dubbioso delle qualità del suo superiore — è e non può essere per il giurista altro che padre, coniuge, figlio, funzionario, quindi soggetto di un ordine e di un sistema di vita, simbolizzato da un complesso di norme ([31]): le sue vicende individuali non lo possono riguardare, se non in quan-

([31]) Per inciso si può rilevare che in questa costrizione del giurista alla realtà i profani sentono una specie di sua disumanità, propria di chi studia leggi senza curarsi se siano tutte « ingiuste e vane », dimentico quindi dell'uomo. Bisogna dire che in realtà in ciò sta proprio il tormento del giurista, che deve accettare quel che gli uomini hanno voluto o anche solo fatto, senza poterlo sindacare, autorizzato dalla sua legge morale solo a chiarire quel che essi hanno effettivamente fatto o voluto, non a sostituire a questa altrui volontà la propria. Quest'ultima azione è infatti propria del politico, che può benissimo e forse deve essere presente nel giurista; ma che non deve sovrapporsi a lui, pena la scomparsa della qualità di « giurista ». Sono fin troppo ovvi, nel presente momento della scienza giuridica italiana, i riferimenti impliciti nell'assunto che precede.

to assumano rilievo per la posizione che l'individuo ha o deve avere nell'ambito dell'ordine cui appartiene.

17. Ma escluso con questo che i procedimenti psicologici individuali — di cui pure indiscutibilmente l'amministrazione consta, come organizzazione di uomini — possano costituire l'oggetto di uno studio giuridico di essa nella sua partecipazione al governo della comunità, viene in rilievo il secondo profilo, sotto cui può essere indagata, non più soggettivo, se così si vuole dire, ma obiettivo. È indiscutibile infatti che l'amministrazione rientri nella più vasta categoria delle creazioni umane, definibile come organizzazione ([32]). Come tale, essa è soggetta ad un complesso meccanismo di regole tecniche, condizioni per il suo funzionamento. Un'organizzazione non può perseguire gli scopi assegnatile se non è stato redatto il bilancio preventivo di questa attività da svolgere — con bilancio preventivo intendendosi quanto meno una previsione di mezzi necessari, e di strumenti per la loro provvista: se l'attività non è stata pianificata, sotto svariati punti di vista — disciplina, uomini mezzi, tempi, ambiente nel quale l'azione deve svolgersi; se non è stato disposto un adeguamento delle strutture generali dell'apparato alle specifiche esigenze poste dagli scopi da perseguire in concreto; se non sono state valutate le conseguenze mediate, riflesse, dell'azione da intraprendere rispetto all'ambiente nel quale l'azione stessa dovrà svolgersi, conseguenze che chiaramente incidono in maniera determinante sul raggiungimento degli obiettivi prefissati all'azione, agevolandola od ostacolandola (si pensi semplicemente all'ipotesi che la comunità non reagisca a misure di incentivazione economica: è ovvio che gli obiettivi dell'azione governativa vengono gravemente ostacolati). Di nuovo queste regole sono importantissime, perchè solo dal loro rispetto può nascere un'azione amministrativa efficiente, cioè adeguata agli scopi che deve perseguire ([33]). Ma neppure questo aspetto può essere indagato

([32]) Dimock & Dimock, *Public administration*, cit..

([33]) Su questi profili essenziali dell'attività amministrativa di qualsiasi organizzazione, v. ad es. Graves, *Public administration in a democratic society*, cit., p. 469 segg. Ma in genere cfr. qualunque manuale di scienza dell'amministrazione.

dal giurista. Gli argomenti esposti sopra tornano anche qui: da un lato egli è incompetente, perchè non sa certo giudicare della formulazione di un bilancio o del valore che ha un certo sistema di comunicazioni interne; ma dall'altro anche questo è, in un certo senso, un aspetto soggettivo dell'amministrazione, in quanto, da un diverso angolo visuale, si investe la sua vita interna, cioè il modo in cui si articolano le attività dei vari soggetti che la compongono, in relazione al fine voluto. Certamente questa articolazione può avere rilevanza, nel senso che qualora i rapporti interni dell'apparato siano disciplinati da norme aventi rilevanza esterna (leggi, regolamenti etc.) la procedura così disposta deve venir osservata, in quanto tale osservanza incide sulla legittimità dell'attività finale svolta: ma è rilevanza riflessa, nel senso che segue alla norma di legge, non già è autonoma, nascente dal fatto stesso che l'amministrazione viva ed operi. Su di essa il giurista non può influire, nel senso che deve accettarla senza discutere; egli può solo interpretare le norme, per coglierne il pieno significato, ma questo lo lascia sempre estraneo ai processi sostanziali che si svolgono dietro di loro, e che essa mira solo a sancire. Lo studio che, a questo livello, il giurista può svolgere è cioè necessariamente formale, nel senso che deve rinunciare a cogliere (ed in effetti non coglie) il problema giuridico dell'amministrazione. Non è studio dell'istituto, si può dire, ma di norme, cui nessuna previa meditazione sull'istituto e sulla sua profonda natura ha dato l'unità che, in un dato momento della storia, le rende « diritto ».

18. Ed in effetti, la ricerca deve essere orientata in un'altra direzione. Questa deriva dalla chiarificazione del concetto di esecutivo che nelle pagine precedenti è stata tentata. Si è visto allora come per esecutivo debba intendersi il momento fondamentale del potere statale, quello cioè che, con la massima immediatezza, attua la funzione di guida e di indirizzo della comunità. Addirittura anzi dovrebbesi dire che potere statale ed esecutivo in realtà coincidono, proprio per il fatto che solo l'esecutivo può svolgere la funzione tipica dello Stato, che è la direzione della comunità, alla cui limitazione ed al cui controllo sono preordinati gli altri « poteri » dello Stato.

Ora, se questa identificazione di potere statale ed esecutivo deve ammettersi, ne deriva la singolare ed importante conseguenza, che

la dottrina ha dato all'esecutivo una attenzione ben diversa — ben più limitata — di quella data al « potere statale ». Mentre cioè si è analizzato, indagato, studiato, diviso, ripartito in funzioni molteplici lo Stato, la sua manifestazione fondamentale — l'esecutivo del quale si parla — è stata ridotta al rango di uno qualsiasi degli altri poteri, alla stessa stregua del giudiziario e del legislativo.

Ne è derivata la paradossale conseguenza che il potere statale, quale vive e si manifesta nell'esecutivo, è stato perso di vista e dimenticato. Questo è evidentissimo ad es. in Montesquieu, che risolve il problema del controllo del potere statale in una contrapposizione ed in un coordinamento di classi sociali, del tutto trascurando la questione dell'esecutivo, gestito da una di queste classi; è altrettanto evidente nella dottrina dello Stato di diritto, che dopo aver assoggettato l'esecutivo alla legge ha dovuto porre al di fuori di essa tutta una vasta zona di attività dell'esecutivo (alta amministrazione, governo in senso stretto). Nelle pagine che precedono si è cercato di chiarire per quali motivi storici questo sia accaduto; ma è evidente che questa spiegazione non può, da alcun punto di vista, valere anche come giustificazione.

Ci si trova dunque di fronte alla necessità di tornare al dimenticato potere statale, quale esso vive ed opera nell'esecutivo: cioè, in più semplici parole, di estendere all'esecutivo le esigenze fatte valere per lo Stato in generale, in quanto questo Stato, questo potere statale, opera e vive fondamentalmente nell'esecutivo. In una parola, si tratta di cercare e di chiarire quale sia la disciplina dell'esecutivo coerente con le esigenze fatte valere per lo Stato dalla dottrina della divisione dei poteri e dello Stato di diritto.

19. Che questi siano i *vestigia certa viai* che si deve percorrere appare poi confermato da due ordini di considerazioni, di carattere, se così si può dire, più rigorosamente positivo.

Si deve anzitutto osservare che l'esecutivo occupa oggi una posizione rilevantissima nell'ambito della vita associata. Si può addirittura dire che questa sua posizione vale da sola a porre l'esigenza di estendere ad esso il controllo richiesto per lo Stato dalla dottrina della divisione dei poteri e dello Stato di diritto (di cui si è detto al numero precedente) in quanto l'esecutivo appare divenuto quasi uno

Stato nello Stato, tanti, tanto complessi ed articolati sono i suoi compiti. Quasi per via sperimentale cioè, dall'esistenza di funzioni di controllo, diretto ed indiretto dell'esecutivo nell'economia (si pensi soltanto alla varietà di compiti esercitati dalla Banca d'Italia), sembra dimostrata l'esistenza del « potere statale », la cui divisione, il cui controllo sono richiesti da una fondamentale esigenza di tutela contro la possibilità di sopruso e di arbitrio. Ma a prescindere da questo — cioè da tale diversa formulazione di una esigenza già espressa — certo è che la vastità delle funzioni, assegnate all'esecutivo del sistema politico-economico nel quale viviamo, impone che questo soggetto dagli immensi compiti e dagli immensi poteri non possa agire « liberamente », per realizzare i fini, per assolvere i compiti, per esercitare i poteri attribuitigli. È necessario che anche per esso, come per qualsiasi soggetto, viga un ordine giuridico, da quale derivi la sua *ad hominem proportio*, nel quale cioè, come ogni altro soggetto dell'ordinamento anche l'esecutivo trovi la propria misura, la propria disciplina, — in una parola il proprio ordine. Non occorre discutere qui che cosa con questo debba intendersi, se cioè la soggezione ad un sistema normativo o la partecipazione ad un sistema, senza il quale addirittura l'esecutivo non possa essere se non arbitrio e disordine, dato che per i fini perseguiti è sufficiente fissare solo il concetto preliminare da tutte le dottrine accolto, dell'esistenza di un ordine giuridico al quale si deve sottostare. Ai paragrafi che seguono è poi riservato indagare quale sia (o debba essere) l'ordine del quale si parla.

20. Un'indicazione in questo senso è data dall'altro motivo per cui si pone la esigenza di un controllo dell'esecutivo.

Come si era accennato fin dal principio, due dei tre poteri dello Stato, legislativo e giudiziario, sono sottoposti ad una penetrante disciplina della propria azione. Non è però sufficiente dire che essa deve essere posta in essere attraverso una serie prefissata di momenti, a ciascuno dei quale è affidata una valutazione che concorre a determinare il contenuto finale del provvedimento. Si deve infatti piuttosto osservare che questa disciplina procedurale dell'azione ha lo specifico fine di inserire nell'esercizio del potere il contraddittorio tra le parti interessate ad esso, siano queste parti attore e convenuto (e imputato)

o i gruppi politici contrapposti che vogliono governare lo Stato secondo i loro diversi orientamenti. Nè basta; perchè la ragione di questo contraddittorio tra le « parti » private o politiche trascende la mera finalità di consentire loro la prospettazione delle proprie ragioni ad un giudice o ad un Parlamento. Attraverso il contraddittorio delle « parti » infatti si attua la disciplina del potere, che non può agire se non in quanto le voci contrapposte siano state ascoltate — se non in quanto dunque o il giudice indipendente o il parlamento « sovrano » abbia potuto sapere della realtà su cui provvedere tutto ciò che è possibile sapere. Addirittura si può dire che questa regola del contraddittorio ha valore di fondamento morale e politico del potere esercitato dagli organi di cui si tratta. Essa esprime infatti la reciproca subordinazione delle parti ad essi (di cui accettano le decisioni) e degli organi alle parti, nel senso che da esse sole può nascere la compiuta conoscenza della realtà, garanzia di sereno giudizio. In termini moderni questo può dirsi fondamento democratico del potere. Ma non è questo il discorso che qui ed ora si deve fare, per la troppo diversa prospettiva che inserirebbe nel tema. Preme solo osservare che per questa via è attuata una profondissima disciplina di due poteri fondamentali dello Stato, che non possono operare all'infuori di essa. Palese è quindi la conclusione: se legislativo e giudiziario sono due poteri essenziali dello Stato, altrettanto vale sicuramente per l'esecutivo, come si è cercato di dimostrare: esso per altro non sembra soggiacere alla disciplina dettata per i primi due. Di qui dunque l'esigenza di procedere ad individuare l'ordine giuridico proprio dell'amministrazione ([34]).

21. A questo punto l'indagine deve modificare lievemente la propria prospettiva. Si è parlato fin qui del problema dell'esecutivo in

([34]) Il carattere, accennato nel testo, del contraddittorio è trascurato dagli studiosi più recenti del problema: così ad es., GIANNINI, nel volume dedicato al procedimento del suo *Diritto amministrativo*, p. 820, che pure esamina la prospettiva procedimentale unitaria dei poteri dello Stato.

Singolare per altro la posizione di BENVENUTI, che pur cogliendo esattamente il *proprium* del « processo » non ne determina coerentemente il valore; e ciò benchè auspichi la massima estensione del processo nell'ambito dell'amministrazione (*Funzione amministrativa, procedimento, processso*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1952, p. 118 seg., 144).

termini generali, ed in termini parimenti generali si è individuata la esigenza di ricercare l'ordine giuridico suo proprio. Il problema che ora si pone è se la ricerca dell'ordine giuridico proprio dell'amministrazione possa venir svolta anch'essa nei termini suddetti. Sembra infatti necessario considerare che l'« amministrazione pubblica », l'« esecutivo », hanno obiettiva esistenza come amministrazione ed esecutivo di ordinamenti dati, cioè degli Stati nel concreto. Ora, se indubbiamente, per ogni tipo di Stato, l'esecutivo pone lo stesso tipo di problema (e ciò vale, a maggior ragione, per gli « Stati di diritto » o ispirati al modello della divisione dei poteri), è altrettanto certo che ogni Stato può dare diverse soluzioni al problema dell'ordine giuridico del proprio esecutivo. Gli esempi fatti nelle primissime pagine di questa ricerca sono chiarissimi. Mentre alcuni Stati, tra cui il nostro, ignorano una soluzione generale ed esplicita della questione, altri hanno codici procedurali dell'amministrazione (USA ad es.) o del governo (Germania Federale); altri ancora regolano con ogni accuratezza il regime di pubblicità degli atti dell'amministrazione, così assicurando, per altra via, la sua limpidezza ed il suo controllo. Se dunque il problema dell'esecutivo ha carattere di generalità, quello del suo ordine non può essere che speciale — non può essere cioè che l'ordine giuridico di una data amministrazione, di un certo Stato.

Questo pone di fronte ad una duplice alternativa per lo sviluppo dell'indagine. Da un lato si potrebbero indagare i vari sistemi positivi, raffrontare le soluzioni da essi trovate, e trarne qualche conclusione di carattere generale. La validità del procedimento sarebbe indiscutibile, in quanto tale analisi consentirebbe di procedere ad una sintesi, che ben si potrebbe dire sperimentale. In linea di fatto un'indagine di questo genere è già stata svolta più volte con risultati anche altamente apprezzabili. Il loro invalicabile limite sta per altro — come in generale in ogni indagine di diritto comparato — nell'empiricità che hanno a proprio presupposto e che, se può rendere ragione delle differenze e consentire la migliore comprensione di un sistema positivo, non conduce per altro a cogliere le radici segrete del fenomeno che si indaga.

La seconda alternativa sta viceversa nell'indagare un ordinamento determinato, sì con il riferimento implicito a quanto altrove si sia fatto, ma nell'ambito di esso, nell'ambito cioè della storia che ne costi-

tuisce il presente. In questo modo, la disciplina in concreto data all'amministrazione mostra, come l'intero proprio volto problematico, così la lotta di forze da cui è nata. Appare veramente cioè come « ordine giuridico », di cui la individuazione delle forze che lo hanno determinato consente la interpretazione e la indicazione di possibili linee di sviluppo. Questa individuazione di matrici profonde, a volte segrete ed inavvertite, può forse veramente valere a raggiungere i risultati generali, di cui si è alla ricerca. Le stesse forze operano infatti anche negli altri ordinamenti, semplicemente con diversi equilibri tra loro; così che, dalla pluralità delle soluzioni e soprattutto col loro apporto, potrà porsi in luce la componente che, a quel che sembra, deve ispirare un ordinamento amministrativo moderno.

Un ultimo rilievo può aggiungersi. Per ovvie ragioni pratiche l'indagine verrà condotta sull'ordinamento italiano. Bisogna per altro dire che alle ragioni pratiche se ne aggiunge una scientifica, di grandissima rilevanza. Poichè in esso infatti la disciplina dell'amministrazione non è espressamente posta, indagare quale ordine dell'amministrazione sia stato ottenuto indipendentemente da essa, più agevolmente consente di gettare uno sguardo alle forze storiche, base dell'ordinamento, che compongono il potere statale.

22. Tale indagine dell'ordinamento italiano si presenta assai complessa. L'assenza di una legge generale impone di ricercare nell'intero suo ambito quali siano i principi di una disciplina generale. Occorre dunque anzitutto esaminare la costituzione per vedere poi con quali strumenti la normazione ordinaria abbia ritenuto di poter costituire la disciplina del potere esecutivo. Come si è detto, si deve iniziare l'esame dalla costituzione; e in essa da quelle sue caratteristiche disposizioni che si rivolgono contro l'esecutivo, con l'intento di costituire una difesa del cittadino contro di esso, affidando al parlamento la disciplina (normativa) delle materie in cui l'esecutivo stesso può dover operare. Come è chiaro, si fa riferimento alle c.d. riserve di legge. Il problema che si pone è se esse valgano a costituire (o richiedere che sia costituito) l'ordine giuridico dell'esecutivo di cui si parla.

A questo proposito si deve osservare che, — come è stato penetrantemente rilevato ([35]) — le riserve sottraggono all'esecutivo non in-

([35]) Tosato, *Prestazioni patrimoniali imposte e riserva di legge*, cit.

tere materie ma solo determinati, *specifici oggetti*. In questo senso, esse non sono nè assolute nè relative nè rinforzate (come generalmente si insegna) ma, nell'oggetto che riguardano, tutte d'uguale rango, semplicemente riservanti al legislatore la disciplina dei poteri dell'esecutivo, semplicemente « riserve di legge ». È indiscutibile che esse sottopongano l'esecutivo (o chiedano che sia sottoposto) ad un ordine giuridico, esattamente all'ordine voluto dal Parlamento. Si deve per altro dire che, pure importanti, specie dal punto di vista storico, esse sono ben lungi dal configurare l'ordine giuridico dell'esecutivo.

La ragione di questa affermazione è duplice. Da un lato vi è una costatazione empirica, nel senso che gli articoli della costituzione che le prescrivono sono relativamente pochi. Singoli momenti della vita, nella massima parte sviluppo degli antichi concetti di « libertà e proprietà » sono il loro oggetto. Il campo di azione delle riserve è dunque limitato e di fronte a questa ristrettezza numerica sta l'infinita, sempre crescente estensione dei campi in cui l'amministrazione agisce, senza bisogno, dunque, di una previa norma di legge ([36]). Questo solo fatto esclude che la costituzione possa avere semplicemente pensato di valersi delle riserve come dello strumento, con cui regolare l'esecutivo in via generale e costringerlo nell'ambito di un ordine giuridico rigoroso. Come se ciò non bastasse, le poche riserve prescrivono che con legge si dettino le norme relative ad un certo oggetto, cui l'amministrazione non può sostituire le proprie. Sennonchè questo significa solo che i provvedimenti dell'autorità, quando verranno emanati, dovranno essere conformi ad una legge. Nulla è detto sul modo in cui l'amministrazione deve emanarli; e cioè sulle garanzie date al cittadino che, nel rendere operanti i limiti alla libertà di stampa, di manifestazione del pensiero, di culto, di istruzione, etc. l'amministrazione sia governata da una perentoria disciplina della sua stessa azione, oltre che del risultato di questa. In altre parole, la riserva di legge non controlla i presupposti dell'azione concreta; così che ben sarebbe possibile ad es. un provvedimento limitatore della libertà personale, formalmente fondato sulla legge, ma del tutto arbitrario in fatto. Non si debbono

([36]) Su questo v. però il par. seg. *Contra* naturalmente, Jesch e Rupp.

dimenticare a questo proposito le accorate osservazioni di Battaglia, sulla tragicità di cui possono rivestirsi le procedure, nell'assenza di qualunque violazione nella norma penale.

Bisogna dunque concludere che le riserve di legge, in quanto tali, non possono costituire lo strumento costituzionale di disciplina dell'amministrazione, sia perchè troppo ristretto è il loro ambito, sia perchè esse regolano i provvedimenti finali e non le procedure dell'autorità ([37]).

23. Ma vi è di più. Il quadro costituzionale nel quale il problema delle riserve di legge originariamente si era posto — e che il costituente ha ritenuto di poter continuare anche nell'ordinamento attuale — è oggi profondamente mutato. In seguito all'accresciuto

([37]) Sembra che la stessa conclusione debba valere anche per un ordinamento, quale è quello configurato per la Germania federale dal *Grundgesetz*, nel quale è affermata l'assoluta supremazia del parlamento. Anche se in ipotesi questo comportasse la costante necessità di conferimento espresso di poteri del legislativo all'esecutivo (come ritiene Jesch, *Gesetz und Verwaltung*), per ogni attività di questo, occorrerebbe pur sempre verificare in qual modo i poteri conferiti vengono disciplinati. Come si è cercato di chiarire nelle pagine precedenti (cap. I) nessuna disciplina normativa vale a costituire una disciplina dell'attività amministrativa se di questa sono presi in considerazione solo i fini ed i risultati: non vale quindi neppure se — sempre come si deduce dalla lettura di Jesch — in determinati casi viene ristretto l'ambito delle valutazioni discrezionali, mediante una serie di precisazioni sugli elementi di fatto che devono costituire il presupposto dell'azione. Bisogna ritenere che il non avere considerato questo tratto fondamentale dell'attività amministrativa — dicasi pure il suo carattere creativo — costituisce il limite fondamentale dell'indagine di Jesch (come di quella successiva di Rupp, *Grundfragen*). Egli ritiene che l'estensione della riserva di legge all'intero campo dell'attività amministrativa costituisca la innovazione fondamentale portata dalla struttura democratica dello Stato. La realtà è invece che l'amministrazione, finchè resta regolata dall'esterno mediante leggi, è sempre non democratica ed autoritaria, così che nessun significato può avere la generalizzazione dell'esigenza della legge (avvenuta del resto in linea di fatto in tutti o quasi tutti gli ordinamenti per necessità pratiche precise); la vera democratizzazione può avvenire solo penetrando all'interno del potere ed assoggettando l'esercizio di questo (sia pure limitato e prefissato dalle leggi) ad una collaborazione con coloro cui il potere stesso si rivolge. Senza di questo si resta sempre nell'ambito di una concezione del potere esecutivo vecchia ormai di secoli. Al limite si può dire che in Jesch vi è la stessa insensibilità al problema della vera democratizzazione dell'amministrazione che si trova ad es. in Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 271. V. comunque, sul problema, più ampiamente il § seg.

esercizio delle proprie competenze normative da parte del parlamento, infatti, la esigenza di riservare ad esso la disciplina di determinate materie si è affievolita — si vorrebbe dire politicamente affievolita. La regola è che il parlamento legiferi, e che quindi la sua legge sia lo strumento normativo tipico. Questo ha portato e porta a conseguenze grandissime, che sostanzialmente consistono in un nuovo assetto dei rapporti tra potere esecutivo e legislativo — e quindi ad un nuovo ordine di problemi, prima ancora che di diritto costituzionale, di vera dottrina generale dello Stato. In termini inversi rispetto a quanto la storia aveva pressochè sempre mostrato, la esperienza odierna dello Stato indica infatti una nuova commistione di funzione legislativa ed esecutiva, che tendono a concentrarsi nelle mani del legislativo ([38]). Ma a tutto ciò saranno dedicate altre parti dell'indagine.

Qui preme solo chiarire brevemente il senso in cui la dilatazione della funzione legislativa parlamentare (o meglio: l'incremento e la generalizzazione del suo esercizio) incide sul tema delle riserve di legge in riferimento al problema discusso della disciplina dell'amministrazione. Esso è, giova subito dire, che le riserve sono state in gran parte private del loro contenuto poichè la legge del parlamento, necessaria per adempiere ai precetti costituzionali che la richiedevano, è stata utilizzata con sempre maggior frequenza in altri campi; così che la materia «riservata» è venuta via via appiattendosi e confondendosi con le materie non qualificate (non «riservate»), ma parimenti regolate con leggi del parlamento. Questo ha avuto due conseguenze. Anzitutto, la legge e la riserva hanno mutato valore. Sottoposta a frequente utilizzazione, la legge ha subìto una erosione del suo carattere tipico, così che non è più istituzionalmente generale ed astratta. Essa ha così dunque perso il proprio valore di garanzia, costituito dal carattere necessariamente generale delle sue disposizioni. Come ulteriore conseguenza della perdita del carattere di generalità non è più sufficiente fermare l'attenzione sulla riserva che rinvii alla legge (presupponendone caratteri che non deve più necessariamente avere); sulla legge, sulle

([38]) Il legislatore cessa infatti di essere vincolato alle proprie leggi. V. Schmitt, 139, e *infra*, cap. V, in fine.

leggi concrete si deve portare lo sguardo per verificare se esse dettino la disciplina dell'amministrazione della quale si parla.

Per comprendere il senso di questo assunto, a prima vista paradossale, è necessario considerare che le prime norme costituzionali sulle riserve di legge avevano a loro premessa un equilibrio dei poteri assai ben determinato. Il compito di reggere la società spettava allo Stato e per esso al Governo. Il governo non aveva bisogno di legittimazione, si vorrebbe dire, in quanto traeva origine direttamente dal sovrano, che agiva suo iure, che *era* suo iure, si dovrebbe dire. Le varie costituzioni avevano portato alla limitazione di questo potere in un solo senso: che cioè accanto al potere governativo veniva collocato un potere legislativo. Era attribuita a questo la funzione legislativa, e riservata in alcune materie, essenzialmente relative a taluni fatti fondamentali nella vita dello Stato (confini, guerra ad es.) ad agli ambiti della libertà e della proprietà individuali. Vi erano dunque questi elementi: un governo, indipendente dal parlamento e responsabile solo di fronte al sovrano per la direzione della società e dello Stato; un parlamento astrattamente dotato di competenza normativa generale, di fatto in essa limitato ad alcune materie, ad alcuni temi soltanto. Ora il fatto caratteristico — ed alla luce della nostra attuale esperienza di governo del tutto incomprensibile — è che questa formula in sè e per sè non definiva nettamente gli ambiti della competenza governativa rispetto a quella parlamentare. Al governo infatti venivano continuamente riconosciute competenze normative, quanto meno in materia di organizzazione dello Stato (ma in realtà assai più vasta). Si determinava così un concorso di competenze, la cui esatta demarcazione poteva essere oggetto di discussione dottrinale, ma il cui equilibrio dipendeva dall'equilibrio tra le forze governativa e parlamentare.

In questo quadro ed in questo soltanto, della « forza » del governo concorrente con quella del nuovo parlamento, devono essere collocate e possono essere comprese le riserve. Esse ponevano un limite alla competenza normativa del governo; avevano quindi ed hanno un valore ed un significato direttamente proporzionali al potere detenuto ed esercitato dal governo. Quanto maggiore è infatti la sua capacità di attuare il proprio indirizzo politico tanto più significative sono le limitazioni apposte dalla costituzione al suo

potere. Ma è anche chiaro che se il governo perde potere — come automaticamente accade se la sua esistenza sia fatta dipendere da una maggioranza parlamentare e non da una diversa più stabile investitura — le riserve non possono avere diverso destino: divengono pleonastiche, in quanto affidano alla maggioranza parlamentare un potere che essa già detiene.

La dottrina giuridica del secolo scorso — ma lo stesso discorso vale forse anche per quella attuale ([39]) — non ebbe consapevolezza di questo valore relativo delle riserve, quasi di indice di certi rapporti di potere tra governo e parlamento. Al contrario, essa le interpretò come norme delimitatrici della competenza — quindi come vere e proprie norme giuridiche — il cui contenuto dipendeva non da rapporti di forza, ma dalla pura e semplice interpretazione. Fondamento di questo era il rispetto sconfinato — ai nostri occhi facente davvero parte della storia — per il governo, al quale senza discussione alcuna si riconosceva la competenza normativa nell'ambito di ciò che non era diritto, cioè, come minimo, nell'ambito dell'organizzazione dello Stato. Di qui le complicatissime discussioni sui limiti della competenza del parlamento e del governo: ristretta la prima (e corrispondentemente estesa la seconda) ora al campo delle aggressioni in materia di proprietà e libertà, ora a quello della disciplina di esse, ora all'emanazione di « *Rechtssätze* », diretti dunque ad un ambito nel quale il *Recht* potesse valere, e distinti dal « *nicht-Recht* ». Tipico è ad es. in questo Anschütz. Egli condusse una violenta campagna contro i sostenitori ad es. della dottrina che le competenze normative del legislativo fossero enumerate nella costituzione e che, in generale, con le più diverse motivazioni, al governo spettasse un potere normativo proprio, concorrente con quello del parlamento. Ciò nonostante, dopo aver così penetrantemente so-

([39]) Si veda ad es. il libro di Di Giovane, *Le riserve di legge*, Torino, 1970, che alle riserve stesse nel mutato ordine costituzionale attribuisce la funzione di dare al Parlamento compiti di direttiva in determinate materie. Questo poteva andare bene un secolo fa, e non oggi, di fronte al dilagare della legislazione in tutti i campi. L'opera di Anschütz cui si fa riferimento nel testo è *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der Gesetzgebenden Gewalt*, 2ª ed., Tübingen, 1904. Ampio, ma non nitidissimo resoconto delle dottrine sulla competenza normativa del Parlamento e del governo in Jesch, *op. cit.*, pressochè *passim*.

stenuto la competenza legislativa generale, fondata sull'emanazione dei *Rechtssätze*, più e più volte ripete che queste sono le norme che disciplinano i rapporti di libertà e proprietà. Veramente si vorrebbe muovere a lui la critica inversa rispetto a quella formulatagli da Carl Schmitt: e cioè che pur nella penetrante visione che ebbe della funzione del parlamento non seppe condurla a compimento, fino ad affermarne la piena, esclusiva competenza normativa. Il suo concetto di legge — che esattamente Schmitt qualifica politico e democratico — aveva un solo difetto: quello di non essere fino in fondo politico e democratico e quindi di non avere saputo cogliere la natura, puramente politica e storica, del problema della ripartizione di competenze tra governo e parlamento.

Tutto ciò conduce ad una sola conclusione, rilevante per il discorso che qui si va facendo. Essa chiaramente è che i mutati rapporti nell'ambito delle forze che reggono lo Stato non possono essere ignorati più a lungo. Il governo non esercita più il potere illimitato che esercitava prima delle rivoluzioni liberali. È passato più di un secolo e questo lo ha assoggettato al Parlamento. La sua forza —il suo potere — ha un orientamento diverso, come si è cercato di dire, che sta nella necessità dell'apparato amministrativo per la conduzione dello Stato e della società in concreto. Questo comporta dunque che la riserva di legge altro non esprime, se non la quotidiana realtà, della disciplina normativa, monopolio del parlamento.

Appare così necessario procedere ad esaminare la normazione positiva per verificare se essa ponga la disciplina dell'amministrazione di cui si tratta. Bisogna però prima esaurire l'analisi delle norme costituzionali, che dovrebbero aver posto precetti, immediatamente vincolanti l'amministrazione ad una certa disciplina della sua attività.

Le norme della costituzione che a questo fine rilevano sono quelle degli art. 23, 57, 97, 103, 111, 113.

24. Queste norme possono essere raccolte in due gruppi. Il primo, di più semplice ed immediata evidenza, comprende gli articoli 103, 111 e 113. Lette in riferimento al t.u. delle leggi del Consiglio di Stato, alla legge abrogatrice del contenzioso amministrativo, nonchè alla giurisprudenza del Consiglio di Stato sull'estensione

dei propri poteri, queste norme costituiscono certamente un caposaldo del nostro ordinamento. Esse infatti consentono il sindacato su tutti gli atti dell'autorità amministrativa, nessuno escluso, quindi compresi gli atti c.d. politici; e prescrivono che i provvedimenti con cui il sindacato viene esercitato debbano essere motivati. Queste disposizioni testuali e, come si diceva, l'interpretazione data dal Consiglio di Stato ai propri poteri che lo hanno condotto ad una penetrante indagine dell'attività amministrativa sotto il profilo dell'eccesso di potere indubbiamente offrono al cittadino una fortissima garanzia contro l'eventuale arbitrio della pubblica amministrazione a suo danno.

Ma come offrono a lui una notevole garanzia, così anche non sono sufficienti a dare una garanzia adeguata, se così si può dire. Esse non danno cioè la sicurezza che il cittadino è in rapporto con un'amministrazione «disciplinata» ovvero, che egli partecipa con essa, al suo stesso livello, ad un ordine giuridico che entrambi li ricomprende. Questo ordinamento giuridico resta esterno per le ragioni ben note, e cioè perchè presuppone l'illegittimità (e con essa la lesione degli interessi dell'amministrato), ed opera repressivamente. Il privato cioè deve invocare *contro* l'amministrazione l'esistenza di una sanzione — di un ordinamento sanzionatorio, secondo una nota terminologia — e non già trae dalle norme degli art. 103, 111 e 113 il potere di operare con l'amministrazione nell'ambito di un ordinamento che si applichi ugualmente ad entrambi. Si può aggiungere, o forse solo dire in termini diversi, che questo implica una soggezione dell'amministrazione all'ordinamento degli art. 103, 111 e 113 subordinata alla decisione di agire in giudizio degli interessati: e quindi in linea di fatto, all'impossibilità di trovare una diversa migliore soddisfazione dei loro interessi. Quali conseguenze ne derivano è noto; e basti per tutti ricordare le concessioni di contributi o di garanzie dello Stato a crediti, contro il cui diniego nessuno ricorre per tema di venir maggiormente pregiudicato in futuro ([40]).

([40]) Si dovrebbe fare qui anche un'altra considerazione: e cioè che in questo modo anche l'interesse pubblico è pregiudicato. Non vi è dubbio (o quantomeno non se ne può discutere qui) che l'interesse pubblico sia quello definito dalla norma e quindi quello che risulta dalla sua concreta applicazione. Ora nel giudizio amministrativo la regola è che vi siano controinteressati al

25. Il secondo gruppo richiede più approfondita analisi, anche perchè esso non ripete tralaticiamente principi dello Stato di diritto, e mira invece maggiormente a cogliere la sostanza dell'azione amministrativa. Si intende fare riferimento da un lato agli art. 23 e 53 cost., dall'altro all'art. 97.

Il contenuto di queste norme è noto. Gli art. 23 e 53 pongono una riserva di legge per le imposizioni fiscali, statuendo altresì che il sistema tributario deve colpire tutti i cittadini in relazione alla loro capacità contributiva e deve essere ispirato a criteri di progressività. L'art. 97 dice che i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge in maniera da assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, e da determinare responsabilità e competenze degli impiegati. La tensione verso l'imparzialità (ma anche verso una certa concezione della medesima) è sottolineata dal terzo comma, sull'obbligo del concorso per l'assunzione al pubblico impiego.

Il significato di queste norme — a prescindere dalla rilevanza specificamente tributaristica degli art. 23 e 53, estranea a questa fase dell'indagine — è chiaro. Esso è che l'amministrazione non può gravare i cittadini di imposte secondo le proprie esigenze di mezzi finanziari, ma può (e deve) farlo se ed in quanto tali esigenze siano state tradotte in norme di legge. Dal pari, essa non può disporre liberamente di sè, organizzandosi secondo l'autonoma valutazione delle proprie esigenze, ma deve agire nell'ambito di una organizzazione fissata con legge, onde garantire all'azione, che nascerà dall'amministrazione, i caratteri dell'imparzialità e dell'efficienza. Nel complesso è dunque posta una norma avente questo contenuto: che i momenti fondamentali e pregiudiziali dell'azione amministrativa,

---

ricorso: i quali cioè vogliono mantenere saldo il provvedimento. Ne deriva che la discussione sull'interesse pubblico può divenire una discussione tra privati nel senso che questi possono accordarsi per una definizione economica dei loro rapporti del tutto indipendente dalla legittimità del provvedimento. Si pensi alla materia edilizia: a prescindere dalla difficoltà di eseguire l'annullamento giurisdizionale della licenza è divenuta regola che il soccombente paga una certa somma al vincitore con ciò quasi acquistando il diritto alla illegittimità della licenza concessagli. Si può dire che questa è una delle vie per raggiungere la giustizia distributiva. Ma difficilmente la si potrebbe immaginare più contorta ed iniqua.

relativi alla provvista di mezzi e di personale ed alla propria organizzazione, non sono lasciati alle cure dell'amministrazione stessa, ma devono svolgersi secondo disposizioni di legge (o secondo una procedura concorsuale prestabilita per l'assunzione di personale).

In questo modo certamente gli art. cit. della costituzione acquistano un senso che altrimenti non avrebbero (all'infuori di quello storico della riserva dell'art. 23). È chiara però anche la conseguenza che se ne deve trarre e che in effetti, per l'art. 97, è stata tratta: cioè che la costituzione ha mirato a *disciplinare l'organizzazione amministrativa* (seppure anche con una norma immediatamente rilevante nei rapporti con i privati, come è il cit. art. 23), e quindi si rivolge solo mediatamente all'attività, che l'organizzazione deve porre in essere. In altre parole, la costituzione ha voluto evitare che l'esecutivo potesse autoorganizzarsi, determinando le proprie strutture operative secondo le esigenze e le volontà di potere dominanti in esso; ed a questo fine ha prescritto che la legge disciplinasse le linee di questa organizzazione, al fine politico-giuridico di costringerla ad una azione efficiente ed imparziale. Ma questo fine, pur essendo il solo che interessi il cittadino nel suo rapporto con il potere, è conseguito in via del tutto mediata, come si diceva. Nulla di specifico è prescritto all'amministrazione relativamente al modo in cui deve esercitare il suo potere nei confronti del cittadino cioè al modo in cui deve agire. Si dice solo che deve essere organizzata in modo che siano assicurati la sua imparzialità ed il buon andamento.

Ma questo palesemente equivale a dire nulla o quasi nulla, perchè l'unitario potere statale — la cui presenza nell'ordinamento repubblicano è svelata, tra l'altro, da questa equivoca formula della costituzione — con ogni forza tende a conservarsi e a perpetuarsi e quindi ad imprimere all'esecutivo la struttura più idonea a questo scopo.

26. Che così sia, del resto, e cioè che la costituzione con le norme esaminate non detti alcun precetto cui l'amministrazione debba attenersi nell'esercizio dei suoi poteri, appare dalla genericità delle formule usate. Quasi si può addirittura prescindere dalla analisi degli art. 23 e 53, che palesemente pongono criteri per il legislatore e non per l'amministrazione (come accade per le statuizioni

sulla generalità e sulla progressività dell'imposizione). Un contenuto specificamente rivolto all'amministrazione avrebbe la disposizione sulla capacità contributiva, in quanto l'adeguamento dell'imposizione ad essa dipende — oltre che dalla normazione — dalla valutazione che in concreto l'amministrazione faccia del reddito o del patrimonio dei cittadini. Intorno ai criteri di valutazione non è detto nulla, così che nell'ambito di questi art. 23 e 53 sono ancora operanti incivili norme che consentono all'amministrazione accertamenti presuntivi del reddito. Nel consentire vere e proprie inversioni dell'onere della prova — se non addirittura nel consentire la imposizione senza prova alcuna — esse conducono spesso persino allo svuotamento della tutela giurisdizionale, pure costituzionalmente garantita.

27. Ma lo stesso art. 97 che, benchè indirettamente, cioè riferendoli alla struttura che deve avere l'organizzazione, pure pone i principi relativi all'attività che l'amministrazione deve svolgere, ha contenuto generico, nel senso che è impossibile dire con precisione che cosa significhino buon andamento ed imparzialità o, se si vuole, quale significato giuridico possano avere.

Che cosa è infatti buon andamento? Come lo si definisce, lo si individua e misura, in modo da stabilire se una legge sull'amministrazione sia conforme alla costituzione e se, viceversa, sia conforme alla costituzione un rapporto amministrazione-legge, tra una data amministrazione cioè ed una data legge? La sola ipotesi ragionevole è che il costituente abbia voluto deliberatamente inserire nella costituzione una norma meramente programmatica, direttiva, finale, addirittura una «formula in bianco», il cui contenuto sarebbe stato compito della scienza dell'amministrazione determinare, secondo il progredire delle tecniche amministrative. Buon andamento potrebbe così farsi coincidere con efficienza, che l'infinita varietà di problemi posti dalla gestione della macchina amministrativa statale non consente di definire con formule e con schemi generalmente validi. Ma potrebbe farsi coincidere altresì con economicità della gestione; o addirittura con pronto adeguamento dell'apparato ai fini assunti dal potere politico, quindi con una inversione di quel che, con la parola successiva a «buon andamento» — imparzialità — la costituzione prescrive. In astratto nessuno di questi sensi in cui la parola può essere usata è

estraneo alla costituzione; di qui la conseguenza, inevitabile, che il concetto di buon andamento è stato formulato così, quasi più per doveroso omaggio a quel che la pubblica amministrazione dovrebbe essere che per espressa volontà di una amministrazione organizzata in un dato modo. Si può dire, volendo essere apparentemente più precisi, che questo articolo ha affidato al legislatore il compito, come di fissare i fini dell'azione statale, così di predisporre gli strumenti necessari ad essa, seguendo in ciò criteri di efficienza, di economicità, di prontezza dell'adeguamento dell'apparato — in una parola, criteri capaci di assicurare il «buon andamento dell'amministrazione». Si tratterebbe dunque di una specie di delega tecnica al legislatore.

Questo ridurre il problema del buon andamento ad una pura questione di tecnica dell'amministrazione e dell'organizzazione non vale però a costituire una soluzione. Se anche infatti nell'amministrazione deve essere tenuto presente il momento delle tecnica organizzativa, questo non può esaurire il discorso al livello della somma problematica dello Stato. Come si è più volte detto, il problema dell'amministrazione è il problema del potere fondamentale dello Stato. È quindi nella sua profonda natura politico, nel senso che è il problema della *polis*. In questo quadro anche la tecnica trova la sua collocazione, nel senso che suggerisce gli strumenti con cui realizzare una certa disciplina costituzionale del potere. Ma è ad essa preclusa, per definizione, la possibilità di compiere direttamente la scelta tra questi strumenti; ed anzi si deve dire che ove ciò accada, in realtà significa che ci si trova di fronte ad una ben precisa decisione politica il cui contenuto è quello di escludere l'amministrazione dal rapporto con la società ovvero, dal punto di vista inverso, di escludere la società dalla partecipazione al potere. L'esempio dell'amministrazione prussiana e della sua evoluzione tra la fine del '600 e l'inizio dell'800 dispensa da ogni ulteriore discorso ([41]).

Palese è dunque la conclusione. Nella formula dell'art. 97 sul buon andamento nessun principio costituzionale può leggersi relativo alla materia che qui interessa. La prova palese ne è data dall'interpreta-

---

([41]) Su questo argomento v. il volume di H. Rosenberg, *Aristocracy, Bureaucracy, and Autocracy - The prussian experience 1660-1815*, Boston, 1958, ad es. p. 208 della edizione Beacon Press, 1968.

zione sopra proposta che ha dovuto ridurre il buon andamento ad una questione tecnica, nell'impossibilità di trovare un altro contenuto, che avesse valore di principio ([42]).

28. Ma lo stesso sconfortante risultato si consegue dall'analisi del secondo principio dell'art. 97, relativo all'imparzialità. Si è già detto come essa sia riferita in via principale all'organizzazione e solo subordinatamente all'attività e come quindi il suo significato e la sua portata siano inevitabilmente mediati per l'amministrazione. Si deve ora rilevare che, pur già con questa grave limitazione — in quanto lascia all'apparato indipendenza di azione, una volta che esso sia stato organizzato in modo « imparziale » —, la detta imparzialità non trova nella costituzione una specificazione tale, che valga ad erigerla a « principio disciplinatore dell'attività amministrativa ».

Brevissime considerazioni sono sufficienti. Intuitivamente, imparzialità di un soggetto significa suo uguale atteggiamento nei confronti di tutti. Ora per la pubblica amministrazione questo può avere due significati. Da un lato, può stare ad indicare che essa deve rivolgere la stessa attenzione a tutti coloro con cui viene in contatto nell'ambito della sua funzione di cura di interessi pubblici. L'istanza di un grosso complesso industriale, addirittura di una impresa di stato, deve godere dello stesso trattamento dell'istanza di un *quisque de populo*, senza caratterizzazione alcuna. Il potere deve essere, come anche si

([42]) In Giannini, *Dir. amm.*, cit., 84 si osserva che il principio del buon andamento non può essere esposto perchè ne mancano applicazioni giurisprudenziali. Questo non può essere condiviso. Anzitutto la mancanza di decisioni giurisprudenziali non può dispensare il giurista dalla propria interpretazione; ma soprattutto spetta al giurista dare al giudice l'ispirazione che gli manca. In questo senso è pregevole il tentativo di G. Barone, *La partecipazione del privato al procedimento amministrativo*, Milano, 1969, il quale dal buon andamento vorrebbe trarre l'esigenza di partecipazione del cittadino alla funzione amministrativa. In realtà nulla dimostra che questa partecipazione necessariamente determini un miglior andamento rispetto a quello che si avrebbe in sua assenza. Come si cercherà di dimostrare l'esigenza della partecipazione a tutt'altro fondamento, sostanziale, morale, si vorrebbe dire chiaramente del tutto diverso da quello di buon andamento (tecnico).

Sul tema v. anche Nigro, *La funzione organizzatrice della p.a.*, 1966 e anche Berti, *La p.a. come organizzazione*, Padova, 1966, p. 95 segg. A Nigro si deve il riferimento dell'imparzialità all'organizzazione.

dice, obiettivo; deve conoscere funzioni ed interessi pubblici da curare e non uomini; come anche bene si è detto, deve essere « governo di leggi e non di uomini ». Chiaramente il fatto stesso che un interesse sia ad esso affidato rende questo pubblicamente rilevante, e quindi parimenti rilevanti gli interessi del complessso industriale, del potente insomma e del *quisque de populo*. In questo senso quindi imparzialità ed eguaglianza coincidono e si può dire che l'imparzialità altro non è che l'uguaglianza vista dalla parte del potere anzichè dalla parte del cittadino.

Sennonchè questo, quanto è attraente e suggestivo in astratto, altrettanto è povero di significato nella realtà. In essa ricco e povero, o per meglio dire soggetto qualificato e non qualificato si differenziano, se non altro perchè sono portatori di interessi — pubblicamente rilevanti — di rango e consistenza diversissimi. Al limite, si può dire che la differenza tra chi vuole realizzare un tronco autostradale e chi chiede il riconoscimento della pensione di guerra o di un certo grado di invalidità è che il primo è portatore dell'interesse pubblico nella sua totalità ed il secondo *pro quota* soltanto, e cioè per un milionesimo. Questa diversa consistenza dell'interesse pubblico di cui ciascuno è portatore non può non riflettersi sul trattamento accordato, che è certamente « privilegiato » per il portatore dell'interesse più consistente. Questo discorso potrebbe essere approfondito (e lo sarà in seguito), al fine di caratterizzare le funzioni statali proprio in base alla diversa estensione che hanno gli interessi presi in considerazione nell'azione statale: nel senso che dalla diversa estensione deve trarsi una competenza legislativa o amministrativa dello Stato per la loro cura. Tutto ciò sarebbe qui palesamente fuor di luogo. Basti dire ora che la disparità di trattamento, la parzialità, la disuguaglianza sono istituzionali nell'agire amministrativo, nel senso che non è possibile che ogni soggetto, interessato all'azione dello Stato, riceva dallo Stato stesso (dall'esecutivo) identico trattamento.

Si affaccia così il secondo significato in cui l'imparzialità può essere intesa: cioè come pari considerazione e quindi come equiordinazione di interessi qualitativamente omogenei. Essa non pretende cioè trattamento uguale di ogni possibile tipo di interesse; ma richiede che se più interessi per così dire dello stesso rango sono proposti all'azione amministrativa essi ricevano ciascuno una pari considerazione. L'im-

parzialità si articola così in una serie pressochè infinita di gradazioni, ciascuna corrispondente ad un gruppo o ad una categoria di interessi. Questo è stato detto molto bene in un recente studio (di A. Cerri) nel quale si è sostenuto che l'imparzialità consisterebbe nell'obbligo di ponderare tutti e soli gli interessi previsti dalla legge (e di agire poi secondo parametri generali) ([43]). Anche questo però, giusto in astratto, in realtà non coglie il punto centrale del problema e quindi non pone il principio del quale si parla. Nella realtà infatti deve sempre riconoscersi la prevalenza di un interesse su un altro. La ponderazione di tutti e soli gli interessi previsti dalla legge e quindi resi pubblici non è sufficiente a garantire (e addirittura a costituire) questa imparzialità dell'azione, perchè nulla è detto del modo in cui gli interessi verranno ponderati. La pari considerazione sembra dunque essere solo una formula verbale, esattamente come formula verbale è l'imparzialità. Per acquistare significato e per divenire operante deve trasformarsi in qualche cosa di diverso: esattamente, deve trasformarsi nel meccanismo imperativamente imposto all'azione amministrativa perchè la pari considerazione, la ponderazione di tutti e soli gli interessi previsti dalla legge si realizzi. Deve diventare cioè, come lo sviluppo dell'indagine più limpidamente rivelerà, una regola di procedura.

Incidentalmente si può osservare anche qui quel che si rilevava più sopra, e cioè che la stessa legge gradua variamente gli interessi che, pur astrattamente rilevanti, possono trovare soddisfazione a condizione che non ve ne siano altri, « più rilevanti », « più pubblici ». Evidentemente obbligo di ponderare, valutare, considerare, non significa nulla di preciso, finchè non si possa dire che il suo contenuto sta in un certo procedimento, istruttorio e decisorio, dal quale derivi necessariamente una pari ponderazione, valutazione, considerazione degli interessi in gioco. Di questo procedimento la costituzione certo non parla.

([43]) In questo senso, è in sostanza lo studio di Cassese, con la sua ampia analisi della giurisprudenza del Consiglio di Stato; per questa via indubbiamente al principio di imparzialità (per meglio dire: al principio, cui Cassese dà il nome di principio di imparzialità) è conferito un contenuto concreto; sennonchè questa concretezza deriva *aliunde*, non già dal testo stesso della costituzione. Si può osservare che i giuristi sentono meno il buon andamento solo perchè non conoscono la scienza dell'amministrazione, che dà le stesse precise indicazioni per ricostruire una serie di elementi costitutivi dell'efficienza.

È dunque univoca la conclusione che si deve trarre da questo esame delle norme della Costituzione. Nè in quelle sulla imposizione tributaria, nè in quelle sull'organizzazione amministrativa essa ha dettato princìpi che disciplinano nel suo profondo svolgersi l'azione del potere esecutivo. Occorre dunque indagare come, in quali termini, tale indispensabile disciplina si sia formata nella reale vita del potere esecutivo ([44]).

La ricerca si presenta oltremodo complessa.

([44]) Sull'imparzialità v. Nigro, *La funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., la cui tesi è stata criticata da chi scrive in *Principio di legalità*, al quale sia consentito rinviare. Per altro ad essa sembra ora necessario aderire — come è chiaro dal testo —, benchè tale adesione implichi il riconoscimento di una scarsa significatività dell'imparzialità nell'ordinamento costituzionale dell'amministrazione, appunto perchè essa è riferita anzichè all'attività all'organizzazione (come appunto sostiene Nigro nello studio citato). Importante è il libro di Cerri, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1970 (ed. provv.). Di esso si è riferita la tesi centrale, ma è tutto da considerare attentamente, anche per la ricchezza di riferimenti bibliografici. Debbono vedersi anche Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit.; Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, con accuratissime analisi; nonchè Cassese, *Imparzialità amministrativa*, in *Riv. it. scienze giuridiche*, 1968, p. 126 segg. Insuperata sembra però la tesi di Esposito, in *La costituzione italiana*, che riconduce l'imparzialità alla pubblicità, in termini attuali alla « trasparenza » dell'amministrazione. Su di essa sia di nuovo consentito rinviare a *Principio di legalità* di chi scrive.

Si deve osservare che da diversi anni nella legislazione è possible trovare una soluzione al problema della considerazione degli interessi mediante l'inserzione dei loro rappresentanti negli organi amministrativi che li curano. Il fenomeno è limitato, in quanto si riferisce solo alla composizione degli organi collegiali di enti pubblici (previdenziali soprattutto) e dei ministeri, in cui siedono ad es. rappresentanti del personale designati dalle associazioni sindacali più rappresentative. Bisogna per altro dire che questo non risolve affatto il problema, almeno nel senso in cui, a quel che sembra, il problema stesso si pone e va risolto. Infatti l'inserimento di un rappresentante di interessi nella struttura di potere di un ente lo rende parte dell'ente, eliminando quindi il vantaggio della presenza dell'« estraneo » nell'organo; e poi, sopratutto forse, questo non incide in alcun modo nelle procedure di azione dell'organo, il quale continua nelle sue forme tradizionali, riservate, in cui l'imparzialità è affidata ad esso e ad esso soltanto.

Per una importante ed illuminante chiarificazione di quel che è imparzialità di un ordinamento che, pur senza aperture a terzi, pure sull'imparzialità si fonda, si veda Robson, *Justice and administrative law*. La conseguenza che inevitabilmente si trae da questo libro è che non deve esistere differenza alcuna

tra « amministrazione » e « giurisdizione », entrambe dovendo operare con gli stessi criteri. La apertura a terzi è più che mai presente.

Infine, per la comprensione della struttura data alla nostra amministrazione, si deve sempre tenere presente Max WEBER, *Economia e società*, il quale ha interpretato con straordinaria chiarezza il mito dell'amministrazione imparziale ed efficiente, dell'amministrazione « galantuomo » di Spaventa. Ma l'impossibilità di riscontro di questa concezione dell'amministrazione nella realtà è stata ormai e definitivamente chiarita da più recenti indagini sulla sociologia dell'amministrazione. Di essi si dirà in seguito, nel testo. Per tutti, basti richiamare qui la acutissima e penetrante indagine di CROZIER, *Le phenomene bureaucratique*, Paris, 1961, ora tradotto anche in lingua italiana (*Il fenomeno burocratico*, Etats-Compass, Milano, 1970). Ivi richiami a R. MERTON, *Bureaucratic structure and personality*, Ph. SELZNICK, *T.V.A. and the grass roots*, che, tra tutti, sembrano, da due diversi punti di vista, aver recato i più importanti contributi alla comprensione del fenomeno amministrativo.

CAPITOLO III

IL PROBLEMA GIURIDICO DELL'AMMINISTRAZIONE: NELLA LEGISLAZIONE ORDINARIA

SOMMARIO: 29. Premessa. — 30. Se la legge sia lo strumento che *ex se* disciplina l'amministrazione. — 31. Se sia possibile un coordinamento di legislativo ed esecutivo che attua la disciplina di quest'ultimo. — 32. Impossibilità di trarre conclusioni.

29. *Premessa* — Si era concluso il capitolo precedente, dicendo che la ricerca dell'indispensabile disciplina dell'amministrazione si presentava come oltremodo complessa. La ragione di ciò è che l'esigenza di cui si tratta non è certo affiorata oggi *ex novo*: da un secolo la dottrina si è preoccupata di porre limiti alla autorità amministrativa, e questa esigenza si è tradotta sia nelle disposizioni costituzionali (riferite all'Italia ma che costituiscono indice di riferimento per esperienze analoghe), delle quali si è dovuta rilevare l'insufficienza, sia in un generale orientamento del pensiero, che nel coordinamento di funzione legislativa ed amministrativa ha ritenuto di poter individuare lo strumento di disciplina dell'esecutivo.

Già questa prospettazione del problema vale a porre in dubbio la validità dello strumento trovato, nella quale generalmente si crede. Si dice infatti che l'effetto principale della diffusione e radicalizzazione oggi conseguite della struttura costituzionale degli Stati contemporanei quali « Stati di diritto », consisterebbe in una generale prevalenza della legge, al punto che senza di essa, l'amministrazione non potrebbe agire. Nel corso delle pagine che precedono già si è fatto cenno di questa concezione, e si è chiarito da quale equivoco dottrinale sia nata. Su ciò non si deve qui ritornare; occorre invece domandarsi se la legge sia il mezzo con cui si può conseguire il fine di assoggettare l'amministrazione ad una disciplina e, più in generale, se questo stesso scopo

possa conseguirsi solo attraverso il coordinamento di funzione legislativa ed amministrativa. La risposta da dare, si vedrà subito, è negativa, o quantomeno non è più attuale quella positiva. Da ciò deriverà la necessità di indagare attraverso quali strumenti, del tutto diversi, lo stesso risultato di creare e mantenere un ordine dell'autorità sia stato raggiunto, e se esso sia coerente con il carattere democratico che l'ordinamento vorrebbe avere.

30. Al primo punto, se la legge in sè sia lo strumento idoneo a creare la disciplina dell'amministrazione, è relativamente agevole rispondere. Per poter dare una risposta affermativa, si dovrebbe poter presupporre che la legge costituisse sempre un rapporto di subordinazione ideale dell'amministrazione a sè, all'infuori del quale è impensabile una prevalenza della legge e una soggezione dell'amministrazione. Ma si è già visto più sopra come la dipendenza dell'esecutivo dalla legge sia soltanto parziale e come nella realtà essa arrechi alla sua « attuazione » un autonomo e determinante contributo di azione, che nasce dal mero fatto dell'esistenza dell'esecutivo come apparato, come organizzazione di uomini e di mezzi. Questo lo pone con il parlamento in un rapporto che si deve dire piuttosto di parità che di subordinazione. La legge cioè non disciplina l'intera attività dell'esecutivo; al massimo si può sostenere che essa controlla il risultato finale dell'attività amministrativa, nel senso che tale risultato non può essere in contrasto con la legge (conformemente al postulato del Rechtsstaat, che traduceva in soggezione dell'attività amministrativa al controllo giurisdizionale la supremazia del diritto su di essa). Solo da questo punto di vista quindi si può ravvisare una subordinazione dell'esecutivo al legislativo, il cui contenuto viene puntualizzato dalla legge. Anche qui però, di nuovo, si deve considerare che assai spesso la necessità della legge nasce proprio dall'amministrazione, o che la legge stessa all'amministrazione conferisce poteri, anzichè imporle una disciplina. Questo minaccia di rendere la subordinazione un gioco di parole, a nulla rilevando l'eventuale obiezione, che anche la legge che conferisce un potere — in quanto conferisce quel potere e non altri — disciplina l'amministrazione. Questo è infatti formalismo, che sposta l'accento dalla realtà del potere che l'amministrazione ha (o si è fatta

conferire) allo strumento formale con cui quel potere è inserito nell'ordinamento giuridico.

Ma anche a prescindere da ciò e quindi acconsentendo a parlare di subordinazione dell'esecutivo alla legge, bisogna dire che essa ha un contenuto, che è ben lungi dal realizzare la subordinazione, di cui si parla. Si deve infatti considerare che la soggezione riguarda un complesso organismo dotato di proprie vita, iniziativa, volontà. In questo essere... se stesso, si vorrebbe dire, l'apparato può anche soggiacere integralmente alla legge, nel senso che questa può condizionare proprio il suo essere (ed in questo sta l'intuizione di Nigro, che riferisce il valore dell'imparzialità all'organizzazione); ma tale contenuto della subordinazione presuppone una precisa, univoca volontà della legge in questo senso. Di regola ciò non può accadere. La legge « vuole » qualche cosa, e prescrive all'esecutivo di realizzarla. Dell'esecutivo essa deve, implicitamente, presupporre l'organizzazione, la volontà e la vita, in quanto solo dall'esistenza di queste (dunque del tutto prescindendo dalla loro disciplina) può nascere un'azione, alla quale, a sua volta, può seguire il risultato voluto, l'attuazione della legge. In altri termini, legge ed attività amministrativa operano in due ambiti separati. La legge certo vuole imporre all'attività amministrativa un limite ed un controllo. Ma a questo volere della legge si contrappone la cruda realtà dell'attività, in quanto svolgersi del potere, potere nel suo esercizio, nel suo singolare essere e divenire (che è essere, solo in quanto diviene). Nulla può modificare questa realtà: nulla può quindi evitare che anche se rivolta a rendere propri i fini della legge e a realizzarli, nella sua profonda sostanza l'attività amministrativa non possa essere e non sia altro che se stessa, azione, volontà, pensiero dell'apparato. È evidente che questo esclude ogni possibilità che la legge regolatrice dei fini dell'amministrazione possa considerarsi lo strumento della sua generale disciplina. A questa soggezione dell'attività amministrativa della legge solo quanto al risultato finale è poi implicito un ulteriore gravissimo limite: e cioè che essa può essere verificata e resa operante solo in occasione di successivi controlli di legittimità o del ricorso giurisdizionale. Della poca efficienza dei controlli è addirittura inutile dire. Per quanto riguarda il ricorso giurisdizionale, basta rilevare che esso presuppone che l'azione amministrativa abbia leso interessi *qualificati* di taluno, e che questi abbia deciso di agire in giu-

dizio a loro tutela, per rendersi conto di quanto la soggezione della attività amministrativa alla legge possa essere resa effettiva e verificata solo in un ristretto numero di casi.

Negli altri, il suo rispetto è rimesso alla pura discrezione dell'amministrazione e cioè ogni qualvolta non siano stati lesi interessi qualificati ovvero chi sia stato leso abbia ritenuto più conveniente non agire in giudizio, la sua verifica è impossibile.

31. Queste considerazioni consentono di rispondere al secondo problema sopra posto, se cioè la disciplina dell'esecutivo possa essere conseguita da un coordinamento tra amministrazione e legislativo. È da dire forse quale è il senso di questa domanda, dopo avere negato che la legge in sè e per sè possa costituire lo strumento di disciplina dell'esecutivo: ed è che i rapporti qui presi in considerazione non sono più tra atto ed atto (legge ed attività amministrativa) ma tra potere e potere. Quella autonoma vita dell'esecutivo che nelle precedenti considerazioni aveva condotto ad escludere il rapporto di subordinazione (e di esecuzione) è cioè qui al centro dell'attenzione. Possono cioè tra parlamento ed esecutivo instaurarsi rapporti tali, che ne segua l'ordine giuridico del secondo?

La risposta è ad un tempo ardua e semplice. È ardua, perchè anche qui, come già più volte, dalla storia, più che dalla dogmatica o dalla sistematica, si debbono trarre gli elementi per essa. È infatti evidente che i rapporti tra esecutivo e parlamento sono assai diversi (ontologicamente diversi, al punto che costituiscono diversi momenti del potere statale) se l'uno e l'altro traggono origine da ambienti sociali diversi e sono in conflitto tra loro o invece procedono l'uno dall'altro o se addirittura su entrambi sovrasta un'altra organizzazione, quella dei partiti. L'asse, lungo il quale si svolge il potere, si sposta progressivamente e tende a concentrarsi nelle mani di chi è in grado di costituire l'oligarchia e di assoggettare al proprio volere i procedimenti formali degli altri organi costituzionali. Cogliere questo slittamento del potere, individuare i suoi detentori veri ed occulti è chiaramente difficile; a ciò verrà dedicata altra parte dell'indagine.

Ma la risposta è semplice ove si ponga mente a che cosa è esecutivo, apparato, organizzazione per l'esercizio del potere. Se di questo si tiene conto, è evidente che tra l'uno e l'altro, esecutivo e parlamento,

in un certo senso non può mai intercorrere rapporto alcuno. L'esecutivo è quello che è, tale che solo un titanico volere del parlamento può giungere a scardinarne le fondamenta e ad assoggettarlo a sè, a configurarne (e ad imporgli) una disciplina giuridica. Naturalmente nulla impedisce che questa volontà vi sia. Ci deve essere però; ed è necessario considerare che in nessun caso essa può restare esposta al pericolo di mutamenti, affidata al continuo confronto delle forze. Deve divenire realta, se così si può dire, e quindi penetrare nell'esecutivo, trasformando i fondamenti della sua organizzazione, nel senso che questi, anzichè essere orientati (come naturalmente sono) a costituire ed accrescerne il potere, devono determinare una struttura dell'esecutivo, che consenta la superiorità del parlamento. Poichè questo è impossibile, come più volte si è detto, devono determinare una organizzazione dell'esecutivo coerente con i princìpi e le idee fondamentali del parlamento e non dell'esecutivo stesso. Certo la enorme importanza di un risultato di tal genere non ha bisogno di essere sottolineata. Sennonchè bisogna ripetere che per conseguirlo è necessaria una ben precisa volontà; sono cioè necessarie una grandissima chiarezza di idee e la forza di condurle a compimento. All'infuori di questa premessa, il confronto tra esecutivo e parlamento non può risolversi che a favore del primo (e si vedrà in seguito che cosa poi di fatto accade: v. cap. V, in fine). La volontà del parlamento può infatti essere solo volontà di specie, rivolta a singoli aspetti della vita, che si vorrebbero disciplinati in un certo modo; il momento in cui la disciplina divene reale, comando concreto, rimane affidato all'esecutivo e quindi agli oscuri processi attraverso i quali la sua volontà (non già quella della legge!) si determina in atti e comandi.

È evidente dunque la conclusione. Se la volontà del parlamento di attuare una subordinazione dell'esecutivo a sè può attuarsi solo mediante una ristrutturazione dell'esecutivo, che ne ispiri l'organizzazione a princìpi diversi da quelli elaborati dall'esecutivo stesso per consolidare il proprio potere, è impensabile che un coordinamento tra esecutivo e legislativo possa produrre l'ordine giuridico del primo, senza l'atto di volontà che lo riorganizza. L'esecutivo condiziona sempre a sè il parlamento, in quanto esso solo ne può tradurre i precetti in azione.

32. Con questo, il discorso potrebbe dirsi concluso. Nè la costituzione nelle sue varie articolazioni, che vanno dalla riserva di una disciplina dell'esecutivo al parlamento ad una serie di specifiche disposizioni; nè i rapporti che, entro ed al di là del disegno della costituzione, si svolgono tra parlamento ed esecutivo, pongono la disciplina, l'ordine giuridico proprio di quest'ultimo. Se ne potrebbero già trarre significative conseguenze. Si potrebbe cioè dedurre che l'ordinamento costituzionale italiano ha deliberatamente rinunciato a disporre una disciplina, un ordine giuridico dell'amministrazione, per concludere da ciò che esso ha optato per un certo, ben preciso tipo di struttura del potere; oppure, con un atto di fede, si potrebbe indagare quale è la struttura data dalla costituzione ai rapporti tra comunità e stato apparato, per sostenere che la mancanza di norme espresse sull'esecutivo non costituisce se non una lacuna dell'ordinamento, colmabile ricorrendo ai normali princìpi di interpretazione.

Sennonchè entrambi i modi di procedere sarebbero in parte semplicistici, in parte affrettati. Questo è particolarmente chiaro per la seconda alternativa sopra descritta, che presupponeva un atto di fede nell'incompletezza dell'ordinamento costituzionale, da superare ricorrendo ad altri princìpi generali. L'esecutivo occupa una posizione troppo importante nel quadro del potere statale (esso è addirittura il potere statale per eccellenza) perchè possa ammettersi una lacuna dell'ordinamento rispetto ad esso, così come la si può ammettere per una qualunque materia, meno impegnativa. Prima di poter parlare di lacune occorre accertare infatti che l'insieme sia completo; e non è pensabile una completezza del quadro costituzionale se da esso si tolga l'esecutivo. Si può addirittura sostenere, senza tema di esagerare, che se non si dovesse effettivamente trovare alcun principio regolatore dell'esecutivo (per non dire dell'ipotesi che questo fosse in contrasto con altri princìpi della costituzione, relativi agli altri poteri dello Stato), non di lacuna, ma di vera e propria contraddittorietà della costituzione dovrebbe parlarsi; e a risolvere questa non basta certo l'opera dello studioso.

Uguale eccesso di semplicismo ed affrettatezza sarebbe però imputabile a chi già traesse altro genere di conseguenze dalla mancanza di disposizioni costituzionali che fissino l'ordine giuridico (o gli elementi dell'ordine giuridico) dell'amministrazione. L'esecutivo, infatti, proprio per il fatto di essere un apparato organico, composto di uomini e di mezzi per svolgere la funzione di guida e direzione della comunità, ha una propria vita, proprie esigenze e quindi un certo proprio ordine, dal quale la vita stessa e l'azione sono rette. Che così sia è del resto ovvio: non è possibile che una organizzazione di decine di ministeri, centinaia di altri enti, migliaia di organi ed uffici con competenze spesso concorrenti e confliggenti nelle stesse materie, si regga ed operi — cioè produca un risultato — senza che un ordine la regga. Non solo; ma tale ordine può avere i più diversi contenuti, le più diverse articolazioni, così che da esso ben può accadere che nasca l'« ordine giuridico » dell'esecutivo che si cerca, l'ordine cioè che assoggetta a sè l'intera azione dell'apparato, al fine di controllare il potere che vi si esercita. Palese è dunque la necessità di indagare in concreto quali siano i criteri ed i princìpi cui questo ordine è informato, per verificare quale valore essi abbiano e se possano configurare la disciplina giuridica dell'amministrazione.

Questa necessità — che è presente in ogni ordinamento — appare poi particolarmente grave in quello italiano. In esso l'ordine burocratico è stato conseguito (o, per meglio dire, si è ritenuto di poterlo conseguire) con due singolari strumenti. Il primo, tradizionale, è stato quello della gerarchia, elevata addirittura a mito. Dalla struttura piramidale dell'amministrazione, dall'orrore, lungi dall'essere superato, per il decentramento e l'autonomia (basti pensare agli assurdi rapporti tra Stato ed enti locali, comuni, regioni, province, ospedali), al principio, affermato in via generale dal t.u. comunale e provinciale, della ricorribilità gerarchica avverso gli atti dell'inferiore, al meccanismo delle competenze attribuite ai vari gradi delle carriere amministrative, tutto testimonia di una ossessiva, anacronistica fede nella superiore autorità, che astrattamente potrebbe essere in grado di tutto sapere, fare, decidere, guidando gli organi inferiori, come se anche questi non fossero uomini. Questa concezione gerarchica ha radici storiche profonde, rese esplicite ad es. da Max Weber nelle sue pagine sull'efficienza burocratica. Ora, paradossalmente, benchè sempre si sia parlato della gerarchia, sembra che il suo valore e la sua portata generali siano stati sottovalutati. È quindi importantissimo stabilire in che cosa consista e come effettivamente operi, per tentare di cogliere l'ordine, nel quale opera l'amministrazione italiana. Questo ha un ulteriore

rilievo con riguardo ad un superamento di essa, che ad avviso di alcuni autori sarebbe recentemente avvenuto.

Nè meno importante è il secondo strumento. Le dimensioni acquistate dagli apparati; la molteplicità d'interessi, concorrenti e confliggenti; i diversi profili di essi ed i loro diversi centri di imputazione, proprio all'interno dell'amministrazione pubblica; esigenze chiarissime di coordinamento tra l'azione degli uffici, in funzione del provvedimento formalmente imputabile all'autorità somma dell'amministrazione; tutto ciò ha portato con sè la necessità di disciplinare le procedure interne dell'amministrazione, stabilendo quindi attraverso quali fasi, incontri, collaborazioni di uffici l'attività deve svolgersi e giungere a compimento. Ora tutto ciò potrebbe considerarsi fatto assolutamente normale, ed addirittura poco significativo, poichè l'amministrazione non può agire altro che così, attraverso cioè un ordine che raccolga ad unità ed incanali le forze che operano per essa. Per altro in tempi recenti la disciplina procedurale dell'amministrazione è stata oggetto di crescente considerazione, al punto da venir interpretata come evento di straordinaria importanza, che addirittura pone un nuovo principio giuridico dell'amministrazione contemporanea. Tale principio sarebbe quello del « procedimento », nuova creazione dell'esperienza giuspubblicistica di questo secolo, ed in esso starebbe il nuovo strumento di controllo dell'amministrazione.

Vale la gerarchia a costituire il regime di disciplina dell'amministrazione che si cerca? È vero che il procedimento (che ogni procedimento) impone all'amministrazione regole indefettibili di azione che la vincolano e costituiscono il nuovo strumento per il suo controllo?

Rispondere a queste domande, analizzando, in connessione con la gerarchia, il grave fenomeno degli enti pubblici, è lo scopo dei capitoli che seguono. Ad altra parte dell'indagine sarà riservato lo studio del problema del procedimento.

Capitolo IV

LA GERARCHIA E LA NEGAZIONE DEL PROBLEMA GIURIDICO DELL'AMMINISTRAZIONE

Sommario: 33. Premessa. Difficoltà dello studio della gerarchia. — 34. I soggetti del rapporto gerarchico. Gli uffici e gli organi. — 35. Nozione e contenuto della gerarchia: una questione di metodo. — 36. La nozione di gerarchia. — 37. Indeterminatezza del suo contenuto. — 38. Se la gerarchia abbia valore generale come « principio ordinatore dei pubblici poteri ». Le competenze riservate. Gli ordini. Elasticità della gerarchia. — 39. Il coordinamento. — 40. *Segue*. — 41. Impossibilità di derivare l'ordine giuridico dell'amministrazione dalla gerarchia, a causa... — 42. ... dell'indeterminatezza dei poteri gerarchici... — 43. ... e della posizione dell'amministrazione rispetto al fatto che determina (istruttoria e decisione)... — 44. ... nonchè della segretezza che consente. I gruppi di pressione ed il potere dell'amministrazione. — 45. Effetti non desiderati della gerarchia: l'inefficienza. Necessità del suo superamento.

33. Questa indagine, se dal principio gerarchico possa nascere l'ordine giuridico dell'amministrazione, si presenta assai complessa, per due distinti ordini di motivi.

Ve ne è anzitutto uno, che a prima vista sembra fondamentale e decisivo. Come si è accennato e meglio si vedrà nelle pagine che seguono, è parso necessario ritenere che la tradizione ed il presente dell'amministrazione italiana siano orientati nel senso che la struttura degli apparati burocratici di cui consta il potere esecutivo sia piramidale, e quindi caratterizzata da un processo di trasmissione dell'autorità dall'alto verso il basso. Ora questo assunto è stato recentemente negato, con copia di argomenti, da parte di molti ed autorevoli studiosi. Così ad es. in un pregevolissimo saggio si è addirittura scritto che « non vi è più chi affermi essere oggi la gerarchia il principio coordinatore dei pubblici poteri, nè l'istituto cardine dei rapporti interorganici. Troppi mutamenti del resto sono avvenuti nel diritto po-

sitivo, perchè una simile affermazione possa conservare un minimo di credibilità » ([45]). Sempre in questo saggio si fa osservare che l'esigenza dell'amministrazione odierna non è più tanto quella di un processo « ordine-esecuzione dell'ordine », come poteva avvenire nei decenni passati, quanto quella di un coordinamento, il quale dunque « prevale sulla struttura sopraordinazione-subordinazione dei rapporti tra uffici, assorbendo in sè anche i casi di equiordinazione »; si dubita che, in definitiva, in molti casi, esistano effettivi rapporti gerarchici tra organi, esattamente, quando vi sia una specifica attribuzione di competenza ad un organo ([46]). Altri ancora aveva affermato che quando vi sia disuguaglianza tra uffici questo si traduce più in un rapporto di coordinamento che di subordinazione tra essi ([47]). Si rileva infine la presenza di enti ed uffici creati dalla pratica, rispetto ai quali sembrano operare più principi di direttiva e di coordinamento che di vera e propria gerarchia, considerata « idonea più a descrivere gli aspetti strumentali che gli aspetti funzionali dei rapporti intercedenti tra organi » ([48]). In questo coordinamento starebbe pertanto il nocciolo dell'organizzazione dello Stato, « il principio ordinatore dei pubblici poteri », alla gerarchia restando riservato un piccolo spazio nell'ambito dei rapporti personali tra titolari di uffici ed addetti ad essi.

Il secondo motivo che rende complessa l'indagine è logicamente anteriore a questo, qui sopra accennato. Come si diceva, nel porre al centro della struttura organizzativa dello Stato il coordinamento tra organi, si è riservato alla gerarchia solo un ristretto ambito di azione, esattamente relativo ai rapporti tra titolari di uffici e addetti ad essi. Ora questo, se anche ha una propria giustificazione nella logica del discorso fatto dagli autori di cui si parla, non può non destare perplessità sull'estensione, sulla consistenza stessa del concetto di gerarchia. Se infatti essa designa in termini generali i rapporti di subordinazione e sopraordinazione nell'amministrazione pubblica, che hanno ad oggetto, rispettivamente, poteri del sopraordinato e doveri

([45]) Marongiu, *Gerarchia*, v. *Enc. del dir.*, XVIII, 619.
([46]) Marongiu, *op. cit.*, 621.
([47]) Amorth, *La nozione di gerarchia*, Milano, 1936, p. 49.
([48]) D'Albergo, *Direttiva*, voce dell'*Enc. del dir.*, XII, 608.

dell'inferiore, chi è protagonista di questi rapporti, e quale è il contenuto dei rispettivi poteri e doveri? È chiaro infatti che ben diverso deve essere il discorso se si assume che la gerarchia riguardi rapporti tra organi ed uffici o tra addetti ad essi. Nell'un caso, i poteri fondamentali sono di direzione e di organizzazione; è presupposta una certa attribuzione di competenze, che può essere solo interna, ma può anche rilevare esternamente; più in generale si postula una serie di rapporti tra organi ed uffici nell'ambito dei quali soltanto è consentito all'organo od ufficio superiore l'esercizio del proprio potere. Così ad es. l'avocazione è legata a certi presupposti, così come da altre premesse dipendono la ricorribilità in via gerarchica o l'annullamento d'ufficio. Se viceversa si ritiene che i rapporti gerarchici intercorrano solo tra addetti agli uffici, il discorso muta radicalmente. Non ha più senso parlare di competenze, perchè solo delle mansioni degli addetti si tratta; non di rapporti giuridici ma di rapporti personali o di fatto, nel senso che il preposto all'organo od ufficio deve dirigere il lavoro dei suoi sottoposti; non di avocazione o di ricorribilità, perchè qualunque provvedimento del genere (posto che sia configurabile, sia pure astrattamente) resta interno all'ufficio e si esaurisce nell'ambito dei detti rapporti personali tra capo e sottoposti.

È evidente dunque che questo pone il problema pregiudiziale di stabilire chiaramente che cosa debba intendersi per gararchia, e, prima ancora, tra quali soggetti si svolga. Non solo infatti lo stesso nome non può essere usato per designare fenomeni diversi (cioè per rappresentare come il rapporto di subordinazione tra organi così quello tra soggetti fisici), perchè questo contrasterebbe con elementari esigenze di chiarezza terminologica; ma anche e soprattutto perchè soltanto se si opera una netta distinzione concettuale tra chi è e chi non è parte del rapporto gerarchico è possibile fissare i caratteri propri di questo rapporto e verificarne l'estensione. Senza di questo, domandarsi se la gerarchia costituisce principio ordinatore dei pubblici uffici e rispondere in un senso o nell'altro è addirittura inammissibile. Gerarchia resta nome aperto a contenuti possibili e non necessari, così che essa, anzichè strumento di ordine e di chiarezza, diverrebbe veicolo di confusione ed oscurità.

È dunque pregiudizialmente necessario procedere a due definizioni, dell'ambito e del contenuto della gerarchia.

34. Il primo punto non dà adito a speciali difficoltà. Già sopra, riferendo alcune opinioni che negano la generale validità della gerarchia come principio informatore dell'amministrazione pubblica, si è visto come essa sia limitata ai rapporti interni degli uffici, cioè ai rapporti tra gli addetti ad essi. Questo veniva fatto in nome del riconoscimento che altri, nuovi e diversi principi (coordinamento, direttive etc.) dominerebbero il campo dei rapporti tra uffici ed organi. Ora certo le questioni nominalistiche sono del tutto nocive alla chiarezza del linguaggio, per cui, una volta avanzata una terminologia, questa dovrebbe essere seguita senza discussione. Sennonchè sembra che troppi forti ragioni militino contro una tale scelta, contro il legare cioè il nome di gerarchia ai soli rapporti interni tra persone addette agli uffici. L'antica tradizione, che parla di piramide gerarchica, di vertice della gerarchia, di poteri gerarchici, di ricorsi gerarchici; la altrettanto antica tradizione, che certamente fino a qualche decennio fa (ma si deve ritenere anche oggi, come si dimostrerà) articolava l'amministrazione secondo criteri di progressiva dipendenza dell'ufficio di rango più basso da quello di rango superiore a sua volta dipendente da uno ancora più elevato, fino a giungere al ministro o al consiglio dei ministri; la diversa articolazione ed i diversi sviluppi che ha la dipendenza del personale e degli uffici dal rispettivo superiore; la diversa identità di questi (consiglio di amministrazione per il personale, ministro per l'ufficio); tuttto ciò induce a ritenere che il concetto di gerarchia debba essere applicato per designare la subordinazione di ufficio ad ufficio, e non già di persona a persona nell'ambito dell'ufficio, e che sia una arbitraria diminuzione dell'importanza del fenomeno il limitarla al secondo gruppo di rapporti soltanto. Altre considerazioni poi confortano in questa conclusione. Anzitutto è innegabile il prevalente peso che, nella considerazione globale dell'amministrazione, hanno i rapporti tra uffici ed organi rispetto ai rapporti tra le persone che quegli uffici compongono. Non solo essi hanno raggiunto in tempi recenti la soglia della rilevanza giuridica, prima loro negata, ciò che testimonia della tendenza dell'ordinamento ad attribuire loro nuovo valore, a riconoscere cioè loro

(49) In questo senso già altri AA., ad es. MARONGIU, *La direzione*, p. 143 seg., 154 seg.

un valore, prima negato; ma se anche, come qui si è fatto, si vuole dare alla reale vita dell'apparato il massimo significato ai fini della interpretazione del potere esecutivo, certo è che tutti i processi individuali e collettivi degli uomini che compongono l'amministrazione in tanto rilevano, in quanto si traducano in azione o inazione degli organi ed uffici. Considerare solo i rapporti interni degli uomini in essi, ignorando quelli tra gli uffici, cioè tra le unità principali che agiscono, significa considerare solo il particolare, precludendosi la visione dell'universale. Il comando, l'ordine, la direttiva, l'atto di coordinamento possono sì dare adito a reazioni negative di singoli impiegati; ma basta considerare che se queste reazioni si estendono a tutto l'ufficio (a tutto il personale che lo compone), esse praticamente scompaiono come « reazioni ». Divengono il comportamento, l'azione dell'ufficio, che dunque rileva soltanto nella sua contrapposizione all'ufficio od organo che ha emanato la direttiva, il comando o il provvedimento di coordinamento.

Certo si può replicare a questo che se, così riferito l'ambito della gerarchia ai rapporti tra organi ed uffici, si dovesse stabilire che essa non è caratteristica di questi rapporti (in quanto altre forme di guida e direzione dell'azione amministrativa l'hanno superata), il concetto stesso di gerarchia si mostrerebbe inutile. Sennonchè questa non è una obiezione. L'organizzazione gerarchica dell'amministrazione non è che una manifestazione storica di essa, certo nè la migliore, nè la più compiuta. Se dall'esame in concreto dei rapporti tra organi ed uffici amministrativi si dovesse concludere — come gli scrittori sopra indicati ritengono — che la gerarchia è superata e sostituita da altri strumenti di direzione dell'apparato, non ne deriverebbe alcuna conseguenza negativa o alcun disordine negli strumenti concettuali di cui ci si vale. Si dovrebbe soltanto dire che un'epoca storica dell'amministrazione è finita e che un'altra è iniziata.

Come si vedrà, purtroppo, questo non può certo essere detto.

35. Se però in questo modo è stato relativamente agevole individuare i soggetti, tra cui si svolgono i rapporti gerarchici, è assai più difficile precisare ora in che cosa la gerarchia stessa consista e cioè quale sia il suo contenuto. La ragione di questa difficoltà è essenzialmente metodologica, nel senso che occorre preliminarmente stabilire

come si vuole indagare il problema o, ciò che al limite è lo stesso, che cosa si vuole intendere per gerarchia. Il concetto che si è proposto per la gerarchia (essa designa i rapporti tra organi ed uffici sopraordinati e subordinati) può essere infatti sviluppato e interpretato in due modi diversi. Da un lato cioè si può dire che esso è un tratto caratteristico di questi rapporti, ricavabile, mediante considerazioni induttive, dall'esame di una esperienza empirica, cioè della vita amministrativa. Lo studio della gerarchia muoverebbe così dalla premessa metodologica che la vita amministrativa costituisce il dato empirico indiscutibile, che occorre, con una serie di valutazioni soggettive (induttive), sistemare ed interpretare con la formulazione di talune regole nel cui ambito la gerarchia si dovrebbe svolgere. Si tratterebbe insomma di compiere la ricognizione di una realtà data e di rappresentarla in termini razionali. Il limite di questa razionalità è naturalmente la sua soggettività, cioè la mancanza di qualunque suo valore assoluto. Assoluto non è infatti neppure il dato (perchè l'osservazione notoriamente non è sicura); ed è addirittura superfluo parlare della relatività intrinseca a qualsiasi procedimento logico che da una serie di dati cerchi di astrarre le regole che li governano. È il ben noto limite di tutte le scienze naturali e del ragionamento induttivo.

Ma la gerarchia può essere studiata anche da un altro punto di vista, e cioè come struttura logica, come elemento « a priori » si vorrebbe dire, dei rapporti di subordinazione-sopraordinazione. La premessa metodologica di questo genere di indagine sarebbe esattamente inversa rispetto a quella, sopra detta: non l'accettazione della realtà, infatti, in quanto tale, non l'esperienza empirica, ma una premessa razionale (si dica pure un postulato) costituisce il punto di partenza. La ricerca quindi dovrebbe anzitutto cercare la propria premessa e questa poi sviluppare deduttivamente *geometrico ordine*. La sua validità dipenderebbe dunque da due fattori. Il primo, più semplice ed ovvio, è l'assenza di errori logici nello sviluppo della premessa; il secondo è l'accurata scelta di questa. Come nelle geometrie, cioè, la concezione dello spazio a curvatura nulla o variamente curvo dà ingresso alle geometrie euclidee o non euclidee, così diverse concezioni dello Stato conducono a diverse interpretazioni della struttura dei suoi apparati. È evidente dunque la perentoria necessità di fissare con rigore

questa premessa, e quindi di trarla dall'elemento proprio in cui vive ed opera lo Stato, la storia. Ma bisogna anche dire che, una volta fissata questa premessa e svoltala coerentemente, il valore di queste conseguenze sarebbe ben diverso da quello che potrebbero possedere le generalizzazioni conseguibili con il primo metodo. Si tratterebbe qui di veri e propri teoremi, che potrebbero essere confutati soltanto o dimostrando un errore nel ragionamento o negando (dimostrando falsa, storicamente superata) la premessa.

Ora si deve dire che la storicità implicita in questo metodo di indagine porta ad abbandonare il primo, empirico, in favore del secondo. Se infatti si studiasse la vita degli uffici nei loro reciproci rapporti senza risalire al principio ispiratore di essi, la vita stessa non potrebbe apparire altro che nascente e concludentesi in se stessa, priva dunque del riferimento alle proprie origini. Questo riferimento è per altro fondamentale, come si è cercato di chiarire fin dalle primissime pagine, richiamando il *nullam rem e nilo gigni divinitus unquam*. Esso soltanto dà la ragione delle cose e consente di penetrare nell'esperienza empirica, per coglierne simultaneamente il senso ed i limiti. Nessuna esitazione si può dunque avere nella scelta tra due metodi, dei quali l'uno ad esso conduce e l'altro esclude ([50]).

([50]) È opportuno osservare che la maggioranza degli studi contemporanei sullo Stato è gravemente viziata da questa incertezza nel metodo e nella prospettiva da assumere. A prescindere dagli studi tecnici, specifici (come ad es. il *Diritto amministrativo* di Giannini, cit.,), in cui si può comprendere che esigenze di positività abbiano fermato sul nascere l'interpretazione storica dell'amministrazione, anche nelle trattazioni più generali si leggono sicure affermazioni su temi fondamentali, che derivano solo dalla mancata percezione della relatività implicita negli istituti, così come disciplinati in un certo momento, e viceversa della loro assolutezza in quanto generati da certe esperienze storiche. Per citare solo alcuni esempi, si pensi al Consiglio di Stato, da tutti lodato come tutore contro l'ingiustizia dell'amministrazione, e che invece fa parte di un sistema nel quale questa ingiustizia è elemento costitutivo; si pensi alla Corte costituzionale, di cui si dice che tutela la costituzione, e che invece è strettamente legata all'istituzionale debolezza del potere giudiziario (dal quale certo non può differenziarsi, dicendo di essere organo costituzionale); si pensi a tutto il tema delle riserve di legge, che andrebbe ripensato in relazione ai mutati rapporti di potere tra governo e parlamento e della cui sostanziale svalutazione ad opera della Corte costituzionale non ci si rende conto. V. per altro C. Schmitt, e la impostazione storicistica della sua *Verfassungslehre*.

36. Si tratta allora di definire il contenuto della premessa per l'ulteriore discussione sulla gerarchia, quale strumento di disciplina dell'amministrazione. Sembra che essa derivi dalle seguenti considerazioni.

Le due dottrine dello Stato che più forte ed immediata incidenza hanno avuto sulla determinazione della sua struttura positiva — la divisione dei poteri e lo Stato di diritto — avevano ben poco in comune, almeno nelle loro formulazioni originarie. Per l'esattezza anzi si dovrebbe dire che esse si sviluppavano in direzioni tra loro opposte, quelle cioè della negazione del potere statale unitario e della sua affermazione. In linea di fatto però, assai più che in linea teorica, vi era qualche cosa che operava in entrambe e che poi consentì l'incontro e l'interpolazione tra esse di cui si è parlato. Questo elemento comune, chiaramente espresso in entrambe anche se con significati e fini diversi, era che il reggimento dello Stato, il governo, fosse materia riservata a pochi, sottratta alla ingerenza di terzi estranei ad esso. Naturalmente per la dottrina della divisione dei poteri il senso di questo assunto era che il governo doveva appartenere alla classe cui questo settore del potere statale era attribuito (al limite ridotta ad una sola persona, il sovrano), mentre per la dottrina dello Stato di diritto significava solo che il governo dello Stato era un affare di Stato, dunque riservato a chi lo Stato impersonificava, il sovrano. Per diverse vie comunque si giungeva allo stesso risultato: una parte del potere statale, o un aspetto di esso se si preferisce, veniva esercitata da coloro che ne erano incaricati in base al loro titolo di legittimazione, senza che nessuno avesse titolo per interferire.

Dal punto di vista organizzativo del potere pubblico che qui ora rileva tutto ciò era grave di conseguenze. Poichè questa funzione di governo non poteva essere esercitata direttamente e personalmente dal sovrano, era necessario che egli si valesse di un apparato il quale svolgesse le varie attività inerenti alla gestione della comunità e dello Stato; esso doveva cioè essere al servizio del sovrano, ed essere strutturato in modo da realizzare ed assicurare al massimo grado tale incondizionata disponibilità. Questo implicava una serie di conseguenze. Anzitutto l'attività che l'apparato svolgeva non poteva considerarsi sua propria, ma esclusivamente del sovrano (ed infatti per lungo tempo la si ritenne materia riservata alla competenza normativa sovrana, extragiuridica); conseguentemente esso non aveva competenze giuridicamente attribuitegli; ed infine, punto qui fondamentale, la volontà sovrana doveva poter trascorrere dal vertice alla base, senza incontrare ostacoli. Solo un modello organizzativo impostato su una continuità di rapporti di subordinazione-sopraordinazione poteva consentire (l'illusione) che il potere si riassumesse in capo al sovrano, discendesse lungo le linee dell'organizzazione ed operasse nella realtà, per tornare infine al vertice nella simbolica forma del provvedimento ministeriale. Merita di essere incidentalmente ricordato che questo tipo di struttura è stato posto da Max Weber a base del suo « quadro mistico » di una amministrazione improntata alla massima efficienza.

Questa struttura degli apparati amministrativi sviluppata secondo il principio di subordinazione-sopraordinazione, per consentire un fluido e continuo trapasso degli ordini (si consenta questo uso totalmente atecnico dell'espressione) dal vertice alla base, non è mai stata smentita, nel senso che fino ad oggi i modelli amministrativi continuano a svolgersi secondo questa idea, della progressione della funzione amministrativa dal vertice al basso. Questo è reso chiarissimo da due fatti, uno rilevabile empiricamente, l'altro proposto alla riflessione dalle recenti leggi di riforma dell'amministrazione. Il primo è che l'amministrazione dello stato è organizzata secondo la struttura ministeriale, e che tale struttura è addirittura prevista dalla stessa costituzione. Questo significa che l'amministrazione è stata ed è concepita tuttora come un sistema di organi ed uffici che debbono aveve una unità, e che la trovano nell'esistenza di un organo di vertice, il ministro. Una tale organizzazione, che attribuisce al ministro la responsabilità politica per tutto quello che avviene nel ministero cui è preposto, postula *ex necessitate* che vi sia la possibilità giuridica di risalire a lui dal più periferico e secondario ufficio dell'amministrazione, e quindi che vi sia un continuo rapporto di subordinazione-sopraordinazione tra organi ed uffici.

Il secondo fatto è che la legge di riforma dell'amministrazione, la quale vorrebbe attuare un maggiore decentramento ed affidare maggiori responsabilità ai vari uffici, espressamente prevede che al ministro resti attribuito il potere di annullare di ufficio gli atti illegittimi posti in essere dagli organi inferiori. Ora, il giudizio da dare

di questi sforzi riformatori condotti dal ministero della riforma dell'amministrazione può essere estremamente positivo, dati i tempi, date le tradizioni, date le consolidate posizioni di disfunzione che si debbono rimuovere e che si oppongono ad ogni modifica. Certo è però che finchè una norma del genere sopra detto si mantenga, alla struttura piramidale dell'amministrazione non è apportata modifica alcuna. Il vecchio (e superato) concetto che il ministro comanda e che gli organi inferiori eseguono resta fermo e continua a costituire la linea di forza lungo la quale l'amministrazione si articola.

Si deve per altro osservare che non sarebbe neppure impresa di poco conto modificare una struttura così tradizionale e saldamente radicata nella mentalità delle persone che compongono l'amministrazione. Se infatti si considerano realisticamente le cose, è necessario riconoscere che le possibili alternative sarebbero due sole, ma entrambe totalmente rivoluzionarie. La prima, relativamente più vicina alla tradizione, starebbe nella scomposizione dei ministeri in una serie di amministrazioni autonome, sul tipo degli enti pubblici, con rigorosa determinazione delle loro competenze. In sostanza questo comporterebbe un decentramento totale con un corrispondente trasferimento della responsabilità dai ministri agli uffici che effettivamente agiscono. La struttura piramidale sostanzialmente scomparirebbe, in quanto i vertici di essa si dovrebbero trasformare da istanze decisionali, come si dice, in mere istanze di coordinamento, prive di poteri di imperio.

La seconda, ancor più rivoluzionaria, starebbe nell'attuare un effettivo autogoverno, dei vari settori affidati alla amministrazione. Questo potrebbe raggiungersi o con la nomina elettiva dei funzionari, come avviene in molti paesi, o con la creazione di comitati o gruppi, parimenti elettivi, incaricati di svolgere i vari servizi, ed innestati sul tronco di una organizzazione amministrativa stabile minima. Tale seconda possibilità non può essere considerata oggi altro che fantastica per il nostro ordinamento, così che è del tutto inutile immorare su di essa. La considerazione di tale suo carattere è però assai significativa perchè conferma quanto si diceva sopra: e cioè che in nulla oggi la struttura piramidale dell'amministrazione, informata ai principi del rapporto subordinazione-sopraordinazione, appare superata.

37. Tutto ciò esige una importante precisazione. A quanto osservato nei paragrafi che immediatamente precedono si potrebbe infatti muovere il rilievo che in questo modo la determinazione del contenuto della gerarchia si è risolta in una mera tautologia — la gerarchia è il rapporto di subordinazione-sopraordinazione, dunque è la gerarchia —; e che la prova di ciò sta proprio nel fatto che nulla si è detto intorno ai contenuti tradizionalmente ad essa attribuiti: cioè poteri di avocazione, sostituzione, decisione del ricorso gerarchico, controllo etc. In sostanza insomma la generale validità della gerarchia, qui sostenuta, si fonderebbe su un gioco di parole, in quanto il suo contenuto positivo di poteri e doveri rimane del tutto indeterminato.

A questo proposito si deve anzitutto dire che una tale osservazione muove da un equivoco logico, nel senso che ipotesi formulate dalla dottrina sulla determinazione tipica « media » della gerarchia in concreto sono opposte alla nozione indeterminata di essa da cui la dottrina stessa deve muovere per cercare le determinazioni concrete (se da questa idea indeterminata di gerarchia non si muovesse, non se ne potrebbe parlare in alcun modo). La critica dovrebbe venire svolta allo stesso livello a cui la premessa è, stata formulata e cioè verificando ed eventualmente negando che l'amministrazione è stata pensata ed è realizzata secondo uno schema ideale come quello detto, di trasmissione e recezione del comando dal superiore all'inferiore. Opporre ad essa che i rapporti gerarchici si mostrano con determinati contenuti (tra l'altro riconosciuti variabili e non già fissi) significa confermare implicitamente la validità della tesi qui sostenuta, spostando la discussione su questioni che sono solo conseguenziali rispetto alla premessa.

Ma proprio sul terreno delle questioni conseguenziali, della considerazione induttiva del fenomeno gerarchico, della individuazione di contenuti concreti e tipici della gerarchia, di suoi « valori medi » si vorrebbe dire, la pretesa di fissarne qualcuno come caratteristico si manifesta infondata e procedente da un vizio di prospettiva. Come si è detto, con gerarchia si deve rappresentare il fatto della subordinazione di un ufficio od organo ad un altro, nella progressione dai livelli minimi a quelli massimi dell'organizzazione. Questa subordinazione si articola dunque in più livelli: lo stesso ufficio cioè può essere protagonista di più rapporti gerarchici contemporaneamente, nel senso che può dipendere da un ufficio superiore ed esercitare poteri

gerarchici sull'inferiore, o dipendere da più uffici superiori, a loro volta legati tra loro, o, ancora, in questa situazione, esercitare poteri su più uffici dipendenti, a loro volta legati da rapporti di subordinazione tra loro. Altre ipotesi ancora sono raffigurabili, e basta dilettarsi di configurarle. Ora sembra evidente che i rapporti, tra diversi organi od uffici, ciascuno in pari rapporto di subordinazione rispetto all'altro, possono avere contenuti diversi: basti pensare soltanto alla modifica che determina l'attuazione del decentramento rispetto ad un ufficio periferico: esso può emanare atti, che prima erano attribuiti all'ufficio superiore, oppure può continuare ed emanare quelli già attribuitigli, ma con carattere di definitività (cioè non più soggetti a ricorso gerarchico), oppure ancora può divenire protagonista di una nuova vicenda gerarchica tipica nel proprio interno, riproducendo quella che si svolgeva prima tra sè ed il superiore centralizzato: il Ministero dei lavori pubblici offre innumerevoli esempi di questo genere di rapporti nell'organizzazione del genio civile e dei provveditorati alle opere pubbliche.

Di fronte a questa situazione, a questa pluralità sconfinata di rapporti gerarchici che percorrono tutta l'amministrazione, sembra assolutamente arbitrario volerne stabilire contenuti tipici, cioè strutture tipiche del rapporto di subordinazione. Vi possono essere discipline di questo rapporto che ricorrono con maggiore frequenza, mentre altre sono episodiche o semplicemente più rare: ma la considerazione scientifica di questi fenomeni non consente di andare oltre e di convertire la constatazione statistica in regola giuridica. La regola giuridica infatti non esiste, e la conoscenza delle determinazioni positive della gerarchia che si possono avere derivano esclusivamente dalla loro rilevazione empirica, dalla mera constatazione che il rapporto di subordinazione in un caso, in dieci casi, in cento casi si è determinato in un modo e in dieci o venti o cento altri in un modo diverso.

Se si volesse approfondire questo discorso sul piano dogmatico, si potrebbe dire che la dottrina ha avuto la tendenza a considerare la gerarchia alla stessa stregua di un diritto conferito dalla legge o dalla costituzione, del quale occorre fissare i tratti, il contenuto, la estensione, i limiti, in generale la disciplina giuridica. Ma questo è fuorviante e procede da un errore di prospettiva, come si diceva,

perchè la gerarchia raccoglie in sè una serie vastissima di poteri e doveri, che sono in sè e per sè poteri e doveri, ma che seguono non ad essa, ma ad una legge che li pone. La gerarchia potrebbe essere insomma definita come uno *status*, di cui non ha senso determinare tutti i possibili contenuti. Essi sono quelli che, nell'ambito di una determinata concezione storica e politica, la legge stabilisce.

Una singolare riprova di questa indeterminatezza istituzionale del contenuto della gerarchia si rinviene nelle pagine ad essa dedicate da Giannini, nel suo recente «Diritto amministrativo». Dice questo scrittore che il contenuto tipico e costante della gerarchia consiste in un potere di direttiva, mediante provvedimenti generali e speciali, nonchè in quelli di controllo e di risoluzione dei conflitti tra gli organi subordinati. Prosegue subito dopo elencando una serie di ipotesi, in cui la gerarchia si presenta assai più contorta: ad es. perchè vi è avocazione o perchè non vi è, perchè vi è codipendenza, o potere di decisione del ricorso gerarchico etc. È chiaro quale è lo sforzo compiuto da questo autore. Egli ha cercato di fissare i requisiti minimi della gerarchia, cioè gli elementi caratteristici, che ricorrono sempre nei rapporti di subordinazione. In questo la sua sintesi iniziale è certo pregevole. Senonchè quando, subito dopo, rileva che in altri casi la gerarchia si presenta assai più complessa, chiaramente i concetti si confondono: «gerarchia» non è più una mutevole realtà, di cui si cercano, se vi siano, tratti comuni; essa diviene rapporto giuridico, diviene come un «diritto soggettivo», di cui si cerca la disciplina: in contrasto con la premessa.

38. Si può così procedere all'esame delle critiche che sono state mosse al concetto di gerarchia, e soprattutto a quel profilo di esse che ne nega la generale validità come principio ordinatore dei pubblici poteri, come si era detto sopra esse si svolgono sostanzialmente lungo due direttrici, ad un tempo vicine l'una all'altra e divergenti tra loro. Secondo il primo gruppo di critiche si sostiene cioè che la vita amministrativa mostrerebbe un fenomeno nuovo, rispetto a quelli tipici delle situazioni inquadrabili nella gerarchia: la esistenza cioè di uffici, dotati di competenze «riservate», che l'organo superiore non potrebbe violare. Il secondo ordine di considerazioni da cui si vorrebbe dedurre il superamento della gerarchia riguarda invece la esistenza di funzioni,

quali il coordinamento, che non consistono in ordini, e che quindi si presenterebbero come « extra-gerarchiche », come un *quid proprium,* caratteristico dei tempi attuali. Chiaro è il punto in cui queste dottrine entrano in contatto tra loro. Entrambe nel fondo presuppongono che tipico della gerarchia sia la violazione della competenza di un organo od ufficio, così che o la esistenza di competenze non violabili o la adozione di strumenti di direzione che non realizzano la violazione della competenza, in quanto non consistono in provvedimenti tipici di violazione, in ordini cioè, indicherebbe il venir meno del vincolo gerarchico.

A tutto ciò si può rispondere in via generale richiamando quanto qui sopra detto e cioè che la mera esistenza dell'ufficio nell'ambito dell'organizzazione lo inserisce in un sistema gerarchico. L'inserzione nell'organizzazione rende addirittura impensabile una attribuzione ad esso di competenza riservata, che quindi lo porrebbe al di fuori dell'organizzazione stessa; se l'ufficio ha una competenza, questa fa parte del complesso al quale partecipa e da questo è necessariamente condizionata. Questo non si verifica solo per la organizzazione della magistratura dove ogni unità giurisdizionale ha una propria competenza (territoriale) riservata. Ma le ragioni di questo sono ben note e certo non si possono raffrontare tra loro le ragioni che giustificano i diversi trattamenti cioè l'indipendenza del giudice e l'opportunità di consentire autonomia decisoria ad un ufficio dell'amministrazione. Lo stesso vale in termini generali per il coordinamento. A prescindere da ciò che se ne dirà in seguito, sembra palese che esso è strumento di governo dell'azione amministrativa: e questo è sufficiente a privare di valore il rilievo che nel passaggio (nel decadimento) degli ordini ad esso si dovrebbe rilevare un affievolimento della gerarchia, addirittura una sua negazione.

Ma in realtà, anche senza ricorrere a queste considerazioni preliminari e di carattere generale, si deve dire che le obiezioni sopra riferite sono infondate. Non è vero infatti, a proposito della prima, che vorrebbe fondare il superamento della gerarchia nell'esistenza di competenze riservate e che quindi pone nella violazione della competenza dell'organo inferiore il *proprium* del potere gerarchico, che la competenza riservata contrasti con la gerarchia. Si vorrebbe dire che è vero quasi l'inverso, e cioè che la gerarchia presuppone la competenza dell'organo inferiore. Quando vi sia violazione della competenza — cioè si sia in presenza di poteri di avocazione — bisognerebbe quasi dire che il problema della gerarchia non si pone neppure, in quanto vi è una tale immediata supremazia di un soggetto sull'altro, di un organo sull'altro, che essa è *ex se* evidente. Si raggiunge il paradossale vertice massimo del quale si diceva prima. Appare una assoluta continuità di azione dal vertice alla base (la velleità di una tale continua azione), e cioè l'assurdo tentativo di ridurre l'amministrazione ad un unico soggetto, quasi secondo le imaginifiche configurazioni di certi studiosi della fine del secolo scorso. Il problema della gerarchia addirittura non si pone più, perchè la volontà vera è una sola, e la gerarchia diviene immanente, non criterio ordinatore dei pubblici poteri, ma quasi loro mero ordinamento interno dei rapporti tra il personale ed il capo dell'amministrazione. L'esempio fatto da un autorevole studioso (Amorth), della potestà che ha il superiore gerarchico di rivedere i provvedimenti dell'inferiore anche se questi siano conformi alle direttive impartite, lungi dal negare la gerarchia (perchè, si argomenterebbe, non avendo l'inferiore commesso alcuna violazione di norme o istruzioni, il superiore esercita un potere che non è di controllo, nè di avocazione, nè di annullamento di ufficio, insomma non tipicamente gerarchico), ne mostra tutto il penetrante carattere. Essa appare trascendere se stessa, nel senso che il superiore, sindacando il provvedimento dell'inferiore, in realtà per questa via sindaca le proprie istruzioni: dispone cioè nella maniera più integrale dell'amministrazione, addirittura disponendo delle norme. A prescindere da questo caso limite però, e quindi con riferimento a casi di competenza propria degli organi (come nell'ipotesi del decentramento), non sorge dubbio sulla potestà del superiore di dettare istruzioni sullo svolgimento del servizio, che l'inferiore può anche espletare in nome proprio. E questa capacità di dare istruzioni integra compiutamente il rapporto di gerarchia tra organi inferiori e superiori.

Incidentalmente si può notare che così viene portata anche una decisiva critica alla tesi, secondo cui manifestazione tipica della gerarchia sarebbe l'ordine. Da quanto sopra osservato appare infatti chiaramente che l'ordine è un mezzo specifico, per raggiungere un fine determinato; esso è quindi soggetto, si vorrebbe dire, ad una condizione tecnica di validità, nel senso che in tanto ha giustificazione,

in quanto effettivamente sia il mezzo migliore per raggiungere quel dato fine. Se accada così che l'unità dell'apparato — fine proprio della gerarchia — non possa essere mantenuta solo mediante l'emanazione di ordini (ad es. perchè l'ufficio « inferiore » ha una competenza tecnica che sfugge al superiore) non vi è possibilità di scelta: altri strumenti creatori di unità devono essere elaborati in sostituzione degli ordini. La loro sostituzione con provvedimenti di altro tipo, però (quale ad es. l'emanazione di direttive generali in luogo di disposizioni specifiche) non implica affatto che il principio gerarchico venga meno. Al contrario, esso semplicemente si adegua a mutate esigenze, con ciò dimostrando la propria vitalità. Bisogna anzi osservare che ove questo adattamento non si verificasse, la gerarchia, lungi dal conseguire una propria maggiore affermazione, quasi dare una prova di fedeltà a se stessa, tradirebbe sè e l'istituzione che ispira, in quanto questa diverrebbe incapace di operare con mezzi adeguati nella vita. Un esempio chiarissimo di ciò è costituito dall'amministrazione militare. Essa conserva ancor oggi strutture gerarchiche, note concezioni ed esigenze di unità dell'amministrazione quali si ponevano ancora forse un secolo fa. Questa unità però deve oggi mantenersi in situazioni di fatto profondamente diverse, essenzialmente perchè gli aspetti puramente militari della difesa sono subordinati all'applicazione di tecnologie in continuo rinnovamento. Occorre dunque che l'amministrazione della difesa, se vuole restare se stessa e quindi svolgere efficientemente la propria funzione, riesca ad inserire nella propria organizzazione una serie di organi ed uffici, i quali provvedano, secondo le regole della ricerca tecnologica, ma in considerazione delle esigenze militari cui la ricerca stessa è preordinata, ad assicurare l'adeguamento tecnologico delle forze armate. Certamente si può dire che questi uffici ed organi devono sottrarsi alla struttura gerarchica dell'amministrazione (se questa si intende come struttura di gerarchia « ad ordini »). Questo è però superficiale. La realtà è un'altra, e cioè che l'amministrazione deve adeguarsi alla *propria* esigenza di avere questi uffici. Deve quindi inserirli in sè in modi diversi, ed in modi diversi imporsi loro (semplicemente assoggettando una ricerca scientifica alle esigenze dell'amministrazione anzichè a quelle della ricerca o del gruppo di ricercatori che costituisce l'ufficio: l'art. 33 cost. comma I sembra dissolversi per *inane profundum*!). Questo non è però in alcun modo un venir meno della gerarchia. Al contrario, è un suo indispensabile adeguarsi a mutate esigenze, per confermare ed estendere la propria idea di potere, la propria realtà di potere. L'amministrazione militare italiana non ha voluto accettare questa realtà del mutamento delle cose e dei problemi intorno a sè e nell'idea di mantenere fedeltà a sè stessa si è legata ad un'idea di gerarchia del tutto superata dai tempi. Nella convinzione di doversi ancora fondare su un meccanismo di trasmissione dell'autorità basato sugli ordini, essa continua ad es. ad affidare i propri uffici di ricerca tecnologica ad ufficiali cui si possono dare « ordini », ma che sono militari e non tecnici e scienziati, che forniscono all'amministrazione obbedienza, non già idee, progetti e proposte. Salvato così il mito dell'ordine è perso l'adeguamento degli strumenti di difesa alle esigenze ad essa poste dalla tecnologia in continuo sviluppo. Ma con questo si perde anche il senso della stessa amministrazione, le cui strutture, dagli ordini ai cannoni, sembrano ridursi a vuote forme, senza potere.

39. A questo punto, deve essere affrontato con maggiore ampiezza il problema del coordinamento e dei suoi rapporti con la gerarchia. Come si è riferito sopra, infatti, l'assoluta maggioranza degli autori sembra affermare che questo trapasso della funzione di coordinamento dal superiore gerarchico ad organi a struttura più complessa, collegiali e di difficile inquadramento sistematico (comitati interministeriali, ad es.) ed in più complessi rapporti con gli organi ordinari dell'amministrazione, incrinerebbe la struttura della gerarchia, e farebbe sorgere accanto ad essa una funzione giuridica di coordinamento, rispetto ad essa autonoma. Dopo avere cercato di chiarire qui sopra che la gerarchia non consiste necessariamente in alcun potere specifico, ma designa soltanto un modo di essere della organizzazione, che può determinarsi nei più vari poteri, occorre ora vedere se possa sostenersi che l'attività di questi organi si colloca all'infuori del quadro gerarchico. Solo se si potesse giungere alla conclusione che il coordinamento assolve ad una funzione estranea alla gerarchia se ne potrebbe trarre che essi sono due cose diverse e che il primo costituisce un *quid novi* rispetto alla seconda.

Deve anzitutto essere determinato il campo dell'indagine, in armonia con quanto qui sopra riferito della dottrina: si deve cioè consi-

derare che, in quanto la gerarchia rappresenta la tendenza del potere verso la propria unità organizzativa, inevitabilmente nell'ambito di una certa amministrazione (di un ministero) la gerarchia stessa si esprime *anche* come coordinamento. Essa non è necessariamente sempre coordinamento, nel senso che l'unità può essere raggiunta con provvedimenti che hanno altro contenuto; la gerarchia si pone dunque come una più vasta categoria che nel proprio ambito raccoglie, accanto a poteri di controllo, di avocazione, sostituzione etc., anche quelli specifici di coordinamento. Se dunque il coordinamento nell'ambito di un ministero è espressione della gerarchia che caratterizza la sua organizzazione, il problema dei rapporti tra l'uno e l'altra si pone solo per le forme di coordinamento interministeriali. Si tratta infatti di stabilire se il coordinamento disposto dal capo di una amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri ordinari sia qualitativamente e quindi giuridicamente diverso dal coordinamento disposto da altri organi, collegiali anzichè monocratici, che non hanno diretto potere di comando nei confronti di un dato apparato amministrativo.

Il discorso non è agevole. Agli studiosi è parso infatti che, nascente o non nascente da una posizione di supremazia gerarchica (ma taluno lo ha sempre ricollegato a tale origine superiore) il coordinamento posto in essere da organi collegiali sia qualitativamente diverso da quello disposto da un'autorità situata al vertice del settore amministrativo considerato, in quanto in sostanza nel primo vi sarebbe una formazione complessa della volontà, nella quale diversi interessi possono essere presenti e concorrere alla determinazione della linea di azione dell'apparato o degli apparati, su cui in qualche modo prevale l'azione dell'organo che coordina. Si qualifica anche come diversa la posizione dei singoli membri che partecipano all'organo coordinante, nel senso che essi liberamente (salvi rimedi di carattere politico) accetterebbero la decisione collegiale, impegnandosi alla sua attuazione. Nell'organo individuale ci sarebbe invece una volontà unica, quella del capo — o dell'organo che egli rappresenta — trasmessa immediatamente agli inferiori ed assicurata dal loro dovere di obbedienza, perchè la loro azione si svolga in modo conforme. L'esempio più significativo di questa diversità sarebbe poi costituito dal caso delle direttive imposte alle persone giuridiche: l'autonomia riconosciuta a queste organizzazioni — appunto con l'attribuzione ad esse della personalità giuridica — testimonierebbe dell'impossibilità di concepire un rapporto di immediata continuità, come quello che si svolge tra il capo di un'amministrazione ed il suo apparato burocratico.

40. A questo punto, una importante precisazione si impone. È concetto essenzialmente pacifico in dottrina che il coordinamento si esprime mediante direttive con cui si mira ad ottenere il risultato di *imporre* all'azione dell'amministrazione (o delle amministrazioni) un certo *indirizzo*. Esso cioè consta, se così si può dire, di due aspetti. Da un lato vi è la determinazione di questo indirizzo, e quindi la sua scelta, politica o amministrativa, ora non rileva. Dall'altro, viceversa, vi è la traduzione di questa scelta in precetto, in atto cioè che valga ad imporre all'amministrazione l'indirizzo voluto. Nei confronti dell'amministrazione, quindi, esso si pone come atto di autorità, che essa deve seguire, uniformando la propria azione concreta all'indirizzo deciso. Si vorrebbe dire che è naturalmente atto di autorità, perchè, come sarebbe impensabile un'imposizione di volontà, di criteri, di fini, di determinazione di fini rispetto a quelli astrattamente e generalmente fissati dalla legge se l'organizzazione amministrativa non prevedesse il potere di un determinato organo di imporre il suo giudizio, con carattere vincolante nei confronti di coloro che debbono successivamente agire, così sarebbe difficilmente pensabile che una vasta organizzazione in cui le competenze sono complesse, ripartite e variamente collegate tra loro, non avesse in sè un qualche strumento capace di ordinarne l'azione. Ciò che qui preme rilevare è che questo carattere del coordinamento — relativo dunque agli atti nei quali si concreta — non è peculiare ad un tipo di esso, che naturalmente si sarebbe indotti a ravvisare nel coordinamento di origine gerarchica: ma è proprio di ogni sua forma, in quanto senza questa intrinseca autoritarietà non è possibile ottenere che l'amministrazione segua una determinata linea di condotta.

Appare così che le forme di coordinamento che sembravano così diverse, gerarchico e *lato sensu* collegiale, in realtà hanno un essenziale elemento comune: e che questo sta nell'esigenza che il contenuto, che l'atto di coordinamento vuole realizzare, si esprima in forma autoritaria, come precetto — direttiva — nei confronti delle ammini-

strazioni sottordinate, che alla direttiva debbono conformare la loro azione.

Se così è, l'ambito, nel quale le due forme di coordinamento di cui si parla potrebbero divergere, si riduce grandemente, ed esattamente al solo profilo della formazione dell'indirizzo: quanto alla attuazione, infatti, l'una e l'altra forma si manifestano come atti di un'autorità che si pone in posizione sopraordinata nei confronti di autorità sottordinate. La differenza nella formazione dell'indirizzo sta, come si è accennato, in ciò, che in un caso sembra che la volontà decidente sia una sola, mentre nell'altro questa appare complessa, arricchita dal concorso di diversi interessi.

Ma anche questo profilo dell'attività di coordinamento è inidoneo a sorreggere la conclusione che si vorrebbe trarre dalla differenza qualitativa (gerarchica-non gerarchica) tra i coordinamenti disposti singolarmente dai ministri o da organi collegiali. E ciò da due punti di vista diversi. Anzitutto bisogna dire che l'esigenza del coordinamento nasce — e si traduce in formula legislativa — allorchè determinate materie presentino rilevanza per diversi ministeri, e siano quindi suscettibili di interventi da parte di più di uno di essi. Deriva da ciò la necessità di unificare le competenze, quantomeno di vertice, e quindi, se così si può dire, di creare un organo ([51]), nel quale i diversi profili, su cui le varie amministrazioni sono indotte a concentrare la loro attenzione trovino reciproci completamenti ed integrazione. Ora chiaramente questo avviene al livello dei capi delle amministrazioni interessate — o dei capi dei singoli uffici delle amministrazioni che esercitano la competenza nella materia: in altre parole, allo stesso livello, formale e sostanziale di coloro che, nell'ambito di un ministero, dettano l'indirizzo per l'esercizio di una certa competenza. Questo chiaramente toglie valore al fatto che le decisioni di indirizzo siano attuate in sede collegiale. Questo collegio in realtà non è altro che la

([51]) Questa rappresentazione può essere puramente fittizia e di comodo nel caso in cui vi sia soltanto il concerto tra due o più ministeri. Siccome per altro il provvedimento non può essere emanato che da tutti insieme, parlare di un nuovo organo che si crea può dirsi eccessivo, ma non sbagliato nè inidoneo a rappresentare la realtà di più ministeri che agiscono congiuntamente, diversa da quella di un unico ministero che esaurisca l'azione nel proprio ambito.

somma di tutti coloro che possono esprimere una volontà di indirizzo nell'ambito delle loro amministrazioni; mira a creare un indirizzo uniforme tra i vari che potrebbero sorgere; ma non è per sua natura diverso. Si aggiunga a questo che, come si era incidentalmente osservato più sopra, dicendo che i provvedimenti di coordinamento di origine gerarchica provengono formalmente da un organo monocratico, questo poco rileva nella realtà delle cose: perchè questi atti monocratici (così come le leggi) nascono dalla stessa amministrazione, e quindi partecipano dei conflitti di interessi che in essa si svolgono: vale pertanto anche per essi la regola che una molteplicità di profili viene presa in considerazione, ai fini del decidere sull'indirizzo.

Ma vi è un altro argomento che forse anche più specificamente chiarisce il motivo per cui ai provvedimenti collegiali di coordinamento non si può attribuire una natura diversa da quella degli analoghi provvedimenti adottati da un organo singolo. Esso è implicito nella considerazione che l'indirizzo è deciso tra i capi delle amministrazioni interessate; conviene qui rendere questo rilievo più esplicito, e dire che in realtà gli interessi espressi in sede collegiale sono sempre interessi « ministeriali », se così si può dire, di cui già sono portatrici le pubbliche amministrazioni. Accade così che l'ipotetica apertura ad influenze esterne, presupposta dall'affermazione che nei provvedimenti collegiali sono presenti più interessi diversi, in realtà deve essere mutata nell'altra, che sono presenti più interessi *ministeriali*. In sede collegiale si svolge cioè non una discussione tra interessi privati contrapposti o semplicemente diversi, tra cui si può individuare la via di quello c.d. pubblico; ma vengono valutati diversi interessi che già, per effetto della loro recezione da parte dell'amministrazione, si pongono come « pubblici ». A prescindere qui dai problemi di carattere costituzionale cui questi organi c.d. di coordinamento danno adito, certo è che in essi si ripetono e perpetuano i profili funzionali della struttura amministrativa a base gerarchica, secondo la quale la conoscenza della realtà è acquistata dalle unità amministrative inferiori e la decisione presa al livello degli organi superiori ([52]).

([52]) Cfr. quanto riferisce W. Cary, *Politics and the regulatory agencies*, New York, 1967, a proposito del coordinamento informale tra agencies attuato con incontri tra i loro capi.

41. Bisogna dunque concludere che la struttura gerarchica dell'amministrazione appare tutt'altro che negata dalle recenti forme c.d. di coordinamento, le quali altro non sono che adeguamenti tecnici per realizzare la compatta unità dell'amministrazione di fronte a nuove, più complesse situazioni di fatto. Si è cercato di dimostrare tutto ciò nelle pagine che precedono; si vorrebbe ora dire, dopo l'ultima considerazione svolta (sulla provenienza sempre e quasi esclusivamente ministeriale delle persone fisiche che compongono i comitati di coordinamento e quindi sulla dilatazione della « ministerialità » che questo comporta), che la prova più forte della vigenza della gerarchia come « principio ordinatore dei pubblici poteri » sta proprio nel tentativo di superarla mediante una interpretazione evolutiva del coordinamento. È stato infatti necessario fermare lo sguardo solo sul meccanismo formale, attraverso il quale l'attività di coordinamento si svolge senza scendere oltre a vedere chi siano i protagonisti di questa attività, di queste « conferenze » da cui nascono le linee dell'azione, toccate dal coordinamento. Ove ciò si faccia, si accerta che questi protagonisti sono le amministrazioni stesse, attraverso i loro rappresentanti; le quali dunque svolgono ed esauriscono il coordinamento entro di sè (anche se formalmente in una sede esterna), portandosi dietro tutto il bagaglio di tradizioni — ma anche prevenzioni, pregiudizi, preclusioni — proprie dell'amministrazione. La gerarchia dunque muta volto, ma non sostanza, o, per meglio dire, si arricchisce di un nuovo momento, non già se ne priva.

Su di essa dunque va concentrata l'attenzione, per vedere se ne possa scaturire quella disciplina (di rango costituzionale) dell'amministrazione, dalla cui necessità in sede di teoria generale si erano prese le mosse per questa parte della ricerca. Come si era cercato di chiarire, questa disciplina si può ravvisare solo in un ordine giuridico al quale l'amministrazione partecipi quale suo soggetto. Il problema dunque che ora occorre discutere è se una struttura organizzativa fondata su un meccanismo di rapporti di subordinazione e sopraordinazione determini quest'ordine giuridico di cui si diceva.

La risposta deve essere negativa per molteplici ragioni, giuridiche e metagiuridiche.

42. Strettamente giuridica è forse solo la prima. Essa può venir formulata nel senso che la mera struttura organizzativa fondata su rapporti di subordinazione non è in grado di costituire il sistema obiettivo in cui si sostanzia l'idea stessa di ordine.

Per rendere ragione di questa affermazione è forse opportuno prendere le mosse dalla critica della obiezione che potrebbe venire subito opposta: e cioè che la legge, che nel nostro ordinamento fissa in larga misura i poteri in cui la gerarchia si articola, porrebbe direttamente l'ordine obiettivo, il sistema normativo al quale fare sicuro riferimento.

Bisogna osservare anzitutto che i poteri gerarchici sono tutt'altro che compiutamente elencati nella legge. Certamente infatti le norme prevedono una varietà di possibili manifestazioni del potere gerarchico: ma è impensabile, per la contraddizion che no'l consente che essa possa esaurire qualunque ipotesi di essi. I poteri gerarchici elencati sono infatti tipici, e riguardano determinati rapporti — tra uffici locali e periferici, tra determinati uffici centrali — non certo la totalità delle relazioni che esistono tra gli uffici, così da determinare esattamente l'ambito della subordinazione dell'inferiore al superiore. Basta del resto leggere ad es. gli art. 153 segg. del testo unico sugli impiegati dello Stato per avere la riprova della voluta indeterminatezza in cui la legge lascia tutti i rapporti che non sono specificamente disciplinati da altre norme (e che sono la quasi totalità, dato che le norme speciali riguardano anche poteri speciali). A titolo di esempio, al direttore di divisione è affidata l'organizzazione e la direzione del servizio; il direttore di sezione adotta i provvedimenti preliminari ed istruttori nelle materie non a lui direttamente attribuite. È chiaro che la determinazione di questi rapporti di subordinazione-sopraordinazione e dei relativi poteri gerarchici nel loro ambito è rimessa al rapporto tra persone fisiche che compongono i due uffici, in quanto la fiducia del direttore di divisione può elevare di fatto la competenza ad atti preliminari ed istruttori a competenza decisoria, mentre la sfiducia può ridurla allo svolgimento di mansioni poco più che materiali. Inevitabile è dunque la conclusione che nel fatto e non nel diritto (nella legge!) sta la precisazoine della gerarchia. L'ordine obiettivo che la legge dovrebbe prescrivere è dunque quantomeno incompleto; e bisogna anzi dire che questa incompletezza è istituzio-

nale, in quanto la massima parte dei rapporti tra uffici dell'amministrazione è regolata da queste norme, dal contenuto indeterminato.

Ma anche nei casi in cui i poteri gerarchici sono più esattamente delimitati, l'ordine della legge si arresta ad un livello formale, cioè ad una determinazione di competenze e, a volte, e sempre in termini generalissimi (« motivi di grave interesse », « nell'interesse dell'amministrazione » e simili), di presupposti. Di un ordine sostanziale da realizzare con la applicazione di queste norme nulla è detto; ma è evidente, e non richiede dimostrazione, che esso sta esclusivamente nella valutazione più saggia, più lungimirante, più completa che può compiere il superiore. Ora certamente i poteri così descritti dalla legge — di annullamento d'ufficio, di decisione del ricorso gerarchico, di approvazione etc. — costituiscono altrettanti istituti del diritto pubblico, ampiamente elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, nei loro presupposti sostanziali oltre che formali. Senonchè basta riflettere brevemente su di essi per rendersi conto che queste sono mere attribuzioni di potere, che non determinano direttamente l'ordine dell'amministrazione. Questo è determinato (nei limiti in cui possa dirsi determinato dall'annullamento d'ufficio) dal loro esercizio, ed è dunque esattamente l'inverso di un ordine obiettivo, che regoli *ex se* l'attività di un suo protagonista, l'amministrazione. L'ordinamento che queste norme pongono è meramente subiettivo e riposa sulla volontà dei titolari di posizioni di vertice. Addirittura si può dire che esso non tocca l'amministrazione in quanto tale, poichè ne fa parte e muove, come si diceva, dal presupposto della sua chiusa struttura piramidale, che svolge in se stessa la propria disciplina ed in se stessa vuole trovare il proprio ordinamento.

Altro non occorre per chiarire come la definizione di taluni poteri gerarchici nella legge anzichè svolgere un obiettivo ordine giuridico per l'amministrazione fondi un ordinamento subiettivo che rafforza e lascia incontrollato il suo potere globale.

43. Al secondo motivo per cui la struttura gerarchica è appare inidonea a configurare l'ordine giuridico dell'amministrazione si è accennato alla fine del precedente paragrafo: esso è che il sistema di

disciplina così eretto la rinchiude in se stessa e la isola dal contesto sociale in cui opera. La mancanza di questo contatto è assai grave, poichè la priva della partecipazione — e quindi dell'aiuto e del controllo — da parte della comunità.

Per comprendere in quale modo ciò avvenga, occorre considerare che la attività amministrativa, preordinata alla emanazione di provvedimenti regolatori della vita associata, si articola in due momenti fondamentali, che sono quelli dell'istruttoria e della decisione. Si può dire che questo non è del tutto preciso, e che in realtà le fasi sono più numerose, come hanno dimostrato le analisi di Sandulli, Benvenuti e recentemente Giannini; ma la maggiore articolazione proposta da questi scrittori riguarda, a quel che sembra, più la analisi dogmatica del procedimento amministrativo che l'identificazione di momenti fondamentali di esso. Anche alla stregua di tali ricerche, quindi, è possibile applicare il criterio di ricercare solo i punti di massima rilevanza del procedimento; e questi non possono essere che la istruttoria e la decisione ([53]).

Entrambe, istruttoria e decisione, hanno nella legge una disciplina pressochè inesistente. Nella assoluta maggioranza dei casi essa si limita a determinare competenze istruttorie ed a regolare rapporti tra organi diversi, con diverse funzioni (ad es., tra organi di amministrazione attiva e consultiva), senza dettare precise norme sui modi e sulle condizioni dell'istruzione e della decisione ([54]). Quasi non vi sono così regole sulla prova, rimessa all'integrale discrezione dell'amministrazione; non vige il principio del contraddittorio; non quello del *iudicare iuxta probata et alligata partium* (salva l'eccezione per il

---

([53]) Si può qui prescindere dai problemi dell'iniziativa della parte. Se ne dirà in seguito, discutendo più analiticamente il problema del procedimento.

([54]) Questo è detto naturalmente con riferimento a quanto già osservato, sull'efficacia delle norme sostanziali. Si intende cioè dire che l'*istruttoria* non è disciplinata che in rari casi in maniera più puntuale di quello che si risolve nella determinazione delle competenze, non già che la legislazione amministrativa si esaurisca in questa funzione. Che poi la mancanza di disciplina dell'istruttoria si rifletta in maniera determinante sulla stessa efficacia della legge (in sostanza vanificandola o riducendola grandemente) è un altro discorso, che già si è fatto e che nelle considerazioni che seguono nel testo trova ulteriore conferma.

procedimento disciplinare del pubblico impiego e per pochi altri casi). L'istruttoria e la decisione dunque si svolgono secondo regole non scritte, incerte, casuali; le quali comunque, in ogni caso (ripetesi, salve le rare eccezioni) traggono origine solo dall'amministrazione e possono quindi derivare i propri principi ispiratori solo dagli stessi principi che presiedono al funzionamento dell'apparato. Poichè, come si è cercato di dimostrare, tale principio è quello gerarchico, le norme di cui si parla riflettono (e non possono non riflettere) il concetto che l'autorità inferiore dipende da quella superiore, la quale è, se così si può dire, « più competente » della prima. In uno schema ideale dunque all'autorità superiore dovrebbero essere rimesse tutte le decisioni, e ad essa, per informarla e metterla in grado di decidere, dovrebbe dirigersi l'istruttoria dell'inferiore.

Questo schema ideale del procedimento di decisione (cioè di progressione del dato attraverso l'istruttoria verso il vertice, che provvede) deve essere più attentamente analizzato. In realtà infatti — come gli art. 153 segg. del t.u. pubblico impiego sopra citato dimostrano — al superiore non vengono portati meri « dati », cioè tutta la serie di notizie acquistata in sede istruttoria, ad opera dell'amministrazione o su iniziativa delle parti, allo stato grezzo si vorrebbe dire; al contrario, viene portata l'attività di un ufficio inferiore nel suo risultato, cioè sotto la forma di una relazione o anche, semplicemente, di una selezione dei documenti e dei fatti acquisiti — cioè i documenti ed i fatti considerati o voluti considerare significativi dall'ufficio.

Ne derivano due importanti conseguenze. La prima, più semplice, è che l'ufficio istruttore gode della massima libertà nella determinazione del fatto. Certamente, come le recenti interpretazioni del principio di imparzialità vorrebbero dimostrare, l'ufficio, in quanto amministrazione, è vincolato a tenere presenti tutti i fatti afferenti a tutti — e soli — gli interessi considerati dalla legge. Ma non è chi non veda e sappia come nella realtà questo precetto sia di facilissima evasione, per il semplice motivo che l'individuazione dei fatti e del loro rapporto con gli interessi previsti dalla legge è rimessa ad una valutazione soggettiva. Questa valutazione dell'ufficio, svincolata da qualsiasi regola sulla prova, dall'obbligo del contraddittorio, nonchè dall'onere di provare le proprie deduzioni sul fatto pone quindi

una prima volta l'amministrazione in una posizione di « libertà » nell'agire, in quanto essa del fatto ha piena disponibilità .

In secondo luogo, l'attività degli uffici istruttori si svolge nell'ambito di un rapporto di subordinazione-sopraordinazione. L'ufficio istruttore è cioè esposto all'esercizio di tutti gli innominati poteri gerarchici da parte dell'ufficio superiore di cui si è fatto cenno nei paragrafi che precedono. La sua attività non ha dunque carattere definitivo. Essa è strumentale rispetto a quella del superiore — funge, si può ben dire, da mediatrice tra il fatto e l'ufficio superiore, « libera » rispetto al primo, subordinata rispetto al secondo. Accade così allora che il superiore, nell'esercizio dei citati suoi poteri gerarchici, può sempre sindacare l'attività istruttoria compiuta dall'inferiore e per questa via, indirettamente, e sempre senza vincolo alcuno a regole probatorie, può modificare il dato di fatto sul quale esso stesso provvederà. Chiara è la conclusione: nel quadro schematico da quale si sono prese le mosse (e che ammette fortunatamente alcune eccezioni, ma molto minori e più sporadiche di quanto si potrebbe pensare) l'amministrazione gode di una libertà rispetto al fatto che si svolge a due livelli: come disponibilità diretta di esso in prima istanza da parte degli uffici addetti all'istruttoria, per l'assenza di norme sulla prova a carico dell'amministrazione per le sue affermazioni in punto di fatto; come disponibilità indiretta di esso, attraverso il sindacato del superiore sull'attività dell'inferiore, che si traduce in influenza sull'accertamente della realtà da questi compiuto.

Nè certo a questo punto è difficile trarre la conclusione, anticipata all'inizio. La mancanza di legame dell'amministrazione al fatto, derivante dalle ragioni sopra accennate, porta alla conseguenza che questo fatto per gli uffici non è come è, ma come si vuole che sia, come pare opportuno che sia: al punto che, come è tristemente noto, possono venir rappresentate realtà che non esistono o celate quelle imperiosamente presenti. La amministrazione è posta in grado di disporre dell'applicazione della legge, in quanto l'individuazione dei presupposti per essa è esente da qualunque disciplina. Nessuno dal di fuori può costringerla a vedere ciò che non vuole vedere; e ciò che essa vede, ciò che costituisce il presupposto dell'illusoria e mitica « esecuzione della legge », si determina attraverso oscuri, misteriosi giochi

di forze dei quali nessuno è testimone, nessuno sa nulla, nessuno parla ([55]) ([56]).

Ma questo pur grave quadro non sarebbe completo, se non venisse richiamata l'attenzione su altri profili che in termini più generali si connettono alla posizione dell'amministrazione nello Stato. Si è detto qui del potere che essa ha sul fatto, rimesso al suo libero accertamento. Occorre brevemente ricordare quel che più sopra si era rilevato a proposito del rapporto dell'esecutivo con la stessa legge (prima ancora che ne seguano rapporti con la realtà) nel senso che questa legge deve essere « voluta » dall'amministrazione per poter essere applicata. Non è necessario tornare qui alle varie ipotesi di pos-

([55]) Recentemente BARONE, *La partecipazione del privato*, cit., ha cercato di dimostrare che in moltissimi casi l'amministrazione si deve valere della collaborazione del privato per acquistare conoscenza della realtà, cioè per svolgere adeguatamente l'istruttoria: egli fa questo attraverso una accurata analisi della legislazione e della giurisprudenza. Ma non si può dire che abbia avuto successo. I casi che elenca sono sporadici, e tutti orientati nello stesso senso, cioè che il privato può essere ammesso a proporre osservazioni. Si dimostra quindi quasi il contrario di quel che si sarebbe voluto concludere: poichè la sostanza della partecipazione del cittadino all'attività amministrativa appare malcerta, sembra che con ogni possibile evidenza contro i rari casi elencati da Barone si erga la realtà della vita amministrativa che rifugge da qualisiasi rapporto ufficiale, disciplinato e pubblico con gli interessati e con i controinteressati. Il consistente numero di norme individuate con ammirevole pazienza da Barone prova insomma che esse non sono state sufficienti a rovesciare la situazione ed a prevalere su altri, ben radicati principi. Motus ... vetere exoritur semper novus ordine certo sembra di sentir ripetere. Bisogna anche osservare che è dubbio il valore delle citazioni di giurisprudenza fatte da Barone. Esse riguardano casi di specie, in cui la partecipazione del privato era statuita *ex lege* e non derivano che in pochissimi casi (revoca di provvedimenti favorevoli) dall'applicazione di principi generali.

([56]) Sono fondamentali a proposito di questi procedimenti, sembra, R. MERTON, *Bureucratic structure and personality*, cit., e CROZIER, *Le phénomene bureaucratique*, Parigi, 1963. Crozier in particolar modo, con una affascinante lucidità, muove dall'esame di concrete strutture amministrative, di cui individua le caratteristiche, sottolineando come esse, nella realtà, dimostrino l'allontanamento dall'idea che le ispira (un modello di efficienza articolato sugli schemi di Max Weber); egli osserva altresì come Merton, GOULDNER (*Patterns of industrial bureaucracy*) e SELZNICK (*The TVA and the grass-roots*, cit.) già si allontanino dagli schemi interpretativi di M. Weber. Sembra per altro che, per i profili qui rilevanti, veramente innovatori siano solo Merton e Crozier. Il libro, importantissimo, di Selznick investe diversi profili, su cui ci si fermerà in seguito.

sibili reazioni dell'amministrazione alla legge, e cioè ad es. alla sua volontà negativa di essa. Basta considerare solo la ipotesi migliore, di una amministrazione che voglia la volontà, l'ordine della legge: questo comporta una formalizzazione del proprio atteggiamento verso di essa e quindi l'emanazione (la adozione) di direttive per l'azione concreta nelle varie forme di regolamenti di esecuzione, di circolari etc. Non vi è dubbio che questa attività normativa secondaria, come si dice, sia integralmente rimessa all'amministrazione. Se ora si combinano i due punti, della propria disponibilità della legge (del proprio atteggiamento verso la legge e quindi delle linee generali dell'azione) e della situazione di fatto attraverso cui la detta sua volontà della legge può svolgersi, inequivoca è la conseguenza: che l'amministrazione è arbitra dei due momenti essenziali dell'azione di direzione della comunità, e quindi esercita il proprio potere all'infuori di ogni controllo con il solo vincolo del rispetto esteriore delle leggi (che non si possono violare) ([57]).

Nè questa mancanza di controllo democratico sull'amministrazione — che addirittura più che democratico dovrebbesi dire comunitario per rendere più incisivamente la sua indipendenza da qualsiasi organizzazione della comunità in forme politiche — può ritenersi superata e sanata dal controllo che sul vertice dell'amministrazione — il governo — esercita il parlamento, mediante il controllo politico generale e gli strumenti ispettivi tipici che può usare. Un di-

([57]) In altra occasione chi scrive aveva osservato come di questo rinchiudersi dell'amministrazione in se stessa offra paradossale testimonianza il vizio di eccesso di potere, deducibile come mezzo di ricorso di legittimità al Consiglio di Stato. Questo eccesso di potere mira a colpire *ex post* proprio l'unilateralità dell'azione amministrativa, nel senso che non censura una violazione di limiti esterni ad essa, posti insomma alla sua azione, ma l'azione in sè, come eccedente regole di buona condotta, di equilibratezza, di pari trattamento tra gli amministrati etc.: addirittura può colpire la conoscenza dei fatti dell'amministrazione, con l'eccesso di potere per travisamento dei fatti. Questo ricorso è reso necessario dal tipo di amministrazione che opera in Italia ed in Francia: cioè unilateralmente, creando dal suo interno il provvedimento. Ed infatti in altri paesi — nei quali il giudice possiede, tra l'altro, maggiori poteri — il vizio ha rilievo più scarso; esso appare compensato in fase procedimentale,d alla previa partecipazione degli interessati alla formazione della conoscenza dei fatti. Diversissimo è l'« *ultra vires* »: ad es. H. W. R. WADE, *Administrative law*, Oxford, 1967, p. 45 segg.

scorso più approfondito su questo tema verrà svolto in altra parte dell'indagine, dedicata ai rapporti tra esecutivo e parlamento. Fin d'ora si può però notare che per quanto riguarda il generale controllo politico, questo ben poco può investire la quotidiana vita dell'amministrazione, se essa, in seguito a speciali, non certo ordinarie vicende, non abbia acquistato specifica rilevanza politica, tale da pesare sui rapporti tra governo e parlamento, maggioranza parlamentare anzi. A proposito poi degli strumenti ispettivi di cui dispone il Parlamento, il discorso sarebbe oltremodo complesso. Si può comunque fare la ovvia constatazione che essi riguardano solo momenti singoli della vita amministrativa, cioè determinate vicende che abbiano acquistato una qualche notorietà. Questo naturalmente è ben poco di fronte al complesso della vita amministrativa, priva di notorietà, e che quindi sfugge al controllo. In secondo luogo si deve considerare che l'esercizio di questo potere di controllo in concreto è legato al gioco delle forze politiche; così che da un lato quanto più impegnativo diviene l'oggetto sul quale esso dovrebbe svolgersi — o più penetrante lo strumento, come nel caso delle inchieste — altrettanto aumenta la partecipazione del partito o dei partiti di maggioranza alla attività ispettiva, astrattamente imputabile al Parlamento. Questo aumenta il peso del governo in essa, che quindi diviene controllato e controllore. Dall'altro viceversa, in quanto provenga dall'opposizione, l'azione di controllo fatalmente tende a trasferirsi dal piano cui formalmente è destinata la verifica (una certa attività dell'amministrazione) a quello della lotta politica, di cui diviene strumento, con la piana conseguenza che a questo livello si svolge il confronto tra parlamento « controllante » e governo.

Bisogna dunque concludere che anche da questo punto di vista la pubblica amministrazione ha modo di svolgere grandissima parte della propria attività senza controllo attuale nè eventuale. Della limitata efficacia del controllo giurisdizionale — che certo non infirma questa conclusione — già si è detto a suo luogo.

44. Con le considerazioni che precedono è forse toccato il nocciolo del problema. Se il procedimento di istruttoria e di formazione delle decisioni costituisce infatti il centro dell'azione amministrativa, chiaramente anche la sua disciplina ed i principi cui si ispira costituiscono il fulcro, intorno al quale gravita la vita amministrativa del concreto. Da quel che si era osservato quindi, già si potrebbero trarre tutte le possibili conseguenze sulla disciplina (sull'assenza di disciplina) dell'amministrazione. Si potrebbero cioè seguire criteri puramente deduttivi, senza tema alcuna di smentita. La delicatezza del tema è però tale, che sembra conveniente fermare un momento ancora l'attenzione su due fenomeni che offrono piena prova dell'incacapacità della gerarchia di costituire l'ordine giuridico dell'amministrazione. Si fa rifermento da un lato all'incerta disciplina della segretezza amministrativa, dall'altro alla presenza dei gruppi di pressione.

Può apparire strano che questi due fenomeni siano collegati tra loro. Si potrebbe infatti osservare — ed a prima vista con una certa efficacia — che la segretezza è tutt'altro che un male, in quanto, vincolando l'amministrazione a tenere riservati gli elementi del decidere, le consentirebbe una più facile e maggiore imparzialità. I gruppi di pressione poi, come accertato da molte recenti indagini, sono una realtà inevitabile ed insuperabile, così che ben poco senso avrebbe imputare la loro presenza ad una struttura amministrativa gerarchica piuttosto che ad es. decentrata. Nè l'una nè l'altra osservazione coglie però nel segno. Non la prima, perchè la segretezza dell'amministrazione è un mito, esattamente come l'età dell'oro. Essa è assolutamente irrealizzabile in misura piena, e come subito si vedrà la sua violazione è addirittura necessaria; così che se essa sia imputabile ad un certo sistema amministrativo, bisogna dedurne che esso prevede la propria violazione... rimessa, si vorrebbe dire, al proprio prudente giudizio. Non la seconda, perchè se anche i gruppi di pressione sono inevitabili, quel che si deve fare è creare le condizioni meno — e non più — favorevoli per essi: ed un regime gerarchico e segreto rende invece particolarmente facile il loro operare dietro le quinte.

Che tutto ciò sia imputabile alla struttura gerarchica dell'amministrazione appare poi subito, ove si consideri la dinamica della gerarchia in sede istruttoria e decisoria: nel riservare ad uffici di diverso rango l'una e l'altra, senza necessari, formali, e vincolanti rapporti con gli interessati, cioè con la società ed il mondo circostanti, senza precise regole istruttorie, l'amministrazione viene sottoposta ad un duplice, contraddittoria pressione. Da un lato, essa tende a svolgere nel suo interno, integralmente riservato, le procedure di istruzione e de-

cisione. Dall'altro viceversa essa ha bisogno di rivolgersi informalmente verso l'esterno, onde acquistare le notizie di cui ha perentorio bisogno. Nonostante la tendenza verso il monopolio dell'attività istruttoria, infatti, la necessità di cooperare con la società che la circonda è totalmente ineliminabile dalla vita dell'amministrazione. In definitiva essa non riesce ad avere conoscenza della realtà senza che coloro che sono a diretto contatto con essa la rappresentino; ed in ogni caso il rapporto con costoro conduce ad avere una visione più completa, quale è quella che risulta dalla considerazione di più angoli visuali. Ben si può dire quindi che la sua necessità è implicita nella natura stessa dell'attività amministrativa.

Cospirano dunque, in sensi inversi, la tendenza alla segretezza ([58]) ed alla sua violazione, entrambe ugualmente giustificate. Ne nasce, come è naturale, una soluzione di compromesso. L'amministrazione è cioè resa arbitra della propria riservatezza, e nell'ambito di questa — sotto il suo manto protettore, si vorrebbe dire — sviluppa i contatti con l'esterno. Nella più volte denunciata assenza di disciplina procedurale, l'amministrazione entra in contatto con gli interessati « dietro la porta chiusa », come dice l'espressione americana, ovverossia con un apporto conoscitivo e con un'influenza su chi deve decidere di cui è impossibile valutare la consistenza. Può darsi cioè che l'amministrazione riceva gli interessati in regime di parità tra loro, al fine di chiedere ugualmente a tutti notizie ed informazioni; ma è anche possibile e di regola accade che « dietro la porta chiusa » il procedimento si svolga tra alcuni soggetti soltanto, di cui neppure si sa se siano o non siano qualificati. Le conseguenze sono palesi. La valutazione di tutti gli interessi, — di tutti gli elementi di fatto necessari a qualificare quegli interessi in relazione alla legge da applicare — anzichè trarre obiettività dal riferimento alla realtà che le molteplici rappresentazioni degli interessati rendono sicura, si subiettivizza sempre di più, nel senso che persino il dato fornito agli uffici per la

([58]) La genericità del regime giuridico della segretezza nell'ordinamento italiano non può non turbare. Essa dà una sinistra conferma alle considerazioni qui sopra svolte. V. gli artt. 15, 80 e 81 del t.u. pubblico impiego e 314 segg. cod. pen., e PASTORI, *La burocrazia*, Padova, 1967, p. 248 segg.; COLACITO, *Impiego pubblico*, voce *Enc. del dir.*

loro valutazione è privo di certezza, suggerito di nascosto, senza contraddittorio.

Avvenimenti di questo genere sfuggono chiaramente a qualsiasi controllo ed è inutile dire quale gravissimo danno arrechino ad un rapporto democratico, chiaro e sicuro tra pubblica amministrazione e comunità. Soltanto due conseguenze dovrebbero essere brevemente puntualizzate. La prima riguarda i gruppi di pressione, dei quali si è già detto qui sopra. Certo essi, come anche si è detto, sono inevitabili. Ma è altrettanto certo che la mancanza di ogni pubblicità — peggio, la impossibilità di sapere dove ed a favore di chi essa si determinerà — fa sì che l'azione di questi gruppi divenga estremamente insidiosa, in quanto è impossibile sapere come, dove, quando si svolgerà. In altre parole, viene esaltata la possibilità dell'incontrollato sottogoverno, malattia endemica di tutte le amministrazioni che, superate le dimensioni di una gestione « familiare » (come le presuppone un regime fortemente gerarchico) non si vogliono adeguare alle esigenze della comunità che governano.

Ma accanto a questo tipo di conseguenza della chiusura dell'amministrazione — che inserisce nel suo funzionamento elementi ancora più incontrollabili di quanto non sia già in linea di principio lo svolgimento riservato della funzione amministrativa — un'altra se ne deve porre in luce: e cioè che l'essere al centro di complessi giochi di interessi variamente organizzati fa sì che l'amministrazione acquisti una possibilità di manovra tra i confliggenti interessi che si risolve, chiaramente, nell'assunzione da parte sua di un enorme potere *extra ordinem*, legato cioè non allo svolgimento della sua funzione di gestione e cura degli interessi pubblici, ma alla posizione di arbitro che può assumere tra interessi privati legati e subordinati ad essa non perchè privati, ma perchè costretti ad esprimersi nel silenzio e quasi clandestinamente. L'autorità cioè, nell'amministrare, può rendere « favori »: e chiaramente questa possibilità, per il principio di giustizia distributiva che reca con sè, è in grado di tacitare eventuali opposizioni e quindi di rinsaldare il sistema di potere — di incontrollato potere — dell'amministrazione ([59]).

([59]) Merita osservare a questo proposito che la legge tedesca per la stabilità e lo sviluppo dell'economia 8 giugno 1967 (BGBl 1S.582) dispone al § 12,

45. A questo punto si dovrebbe trarre una conclusione. Il quadro che dell'amministrazione si è venuto delineando si può riassumere nei termini che seguono. Nel sistema del potere statale l'esecutivo è regolato in maniera assai approssimativa, nel senso che nella costituzione sono poste disposizioni solo generiche a sua limitazione, e che il vincolo più forte che esso dovrebbe trovare, la legge, non vale a costringerne l'azione entro termini prevedibili *ex ante*. Ciò dipende dal fatto che è rimessa all'esecutivo la definizione del proprio rapporto con la legge e quindi delle linee generali della propria azione. Di fronte a questa incapacità che gli strumenti formali dell'ordinamento mostrano nel creare la disciplina interna ed organica dell'amministrazione (tali non potendo certo essere i meccanismi di controllo successvo quali ad es. la registrazione della Corte dei conti o il sindacato giurisdizionale) la detta disciplina organica dell'apparato ha tratto origine dall'apparato stesso: e cioè, sviluppando non più recenti principi degli stati pre-democratici, si è articolata in una serie di rapporti di dipendenza, che discendono dal vertice dell'amministrazione verso la sua base. A questo principio qui si è dato il nome di gerarchia, e si è visto come esso, applicato alla fase di amministrazione attiva, assicuri all'apparato globalmente inteso la disponibilità del fatto e quindi della stessa legge. Bisognerebbe dunque concludere che questa struttura gerarchica assicura allo Stato (al potere) se non alla comunità il miglior apparato burocratico che sia pensabile, in quanto assicura rapida esecuzione del comando. Parrebbe infatti necessario e sufficiente che il solo vertice dell'esecutivo — il governo — « volesse » qualche cosa (dunque volesse l'esecuzione delle leggi) per conseguirla rapidamente ed agevolmente attraverso il meccanismo gerarchico.

---

co. 2 che il governo federale ogni *due* anni deve fare al parlamento una esposizione riassuntiva delle somme erogate a titolo di aiuto finanziario. Con questo è stabilita la chiusura del sistema che praticamente vede affidato solo all'amministrazione — senza pratiche possibilità di controllo — l'intero delicatissimo settore dell'erogazione di sovvenzioni ed aiuti finanziari in genere. Tutta la legge in genere chiude la gestione di questo settore nell'ambito dell'amministrazione. V. ad es., § 17. La legge è commentata da STERN e MUENCH, *Gesetz zur Foerderung der Stabilitaet und des Wachstums der Wirtschaft*, Berlin-Koeln, 1967; il commento all'art. 12 a p. 146.

Senonchè questo in linea di fatto non accade. Nè il governo, nè i singoli ministri hanno questo potere sull'amministrazione. L'apparato burocratico, composto da personale di ruolo, con ambizioni di carriera e paura di modifiche oppone alla direzione politica — cioè al vertice supremo della sua gerarchia — una propria fermissima volontà. Questa volontà è, si potrebbe dire paradossalmente, senza soggetto, nel senso che nessuno dice specificamente di volere o di non volere qualche cosa, di assentire o di dissentire: ma proprio per questo è più pericolosa, possente ed addirittura invincibile. Essa permea occultamente l'amministrazione come disposizioni non impartite o non osservate senza reazione alcuna, come ignoranza di chiarissime disfunzioni, come resistenza passiva a qualunque innovazione. Di fronte a questo il vertice è impotente. Come ormai tutti sanno, la sua volontà può realizzarsi alla sola condizione di adeguarsi alla volontà dell'apparato.

Non spetta a questa ricerca indagare le ragioni di questo sconcertante fenomeno che è al centro di molte indagini di sociologia delle organizzazioni. Basti dire che ad esso gli studiosi hanno dato i più diversi fondamenti e le più diverse spiegazioni. Considerano così il degradamento della personalità dei funzionari attuato con la loro soggezione al continuo potere gerarchico del superiore che paralizza l'iniziativa e quindi rende svogliata l'esecuzione dell'ordine, compiuta secondo il principio della minima fatica; l'istinto di tutela delle persone che compongono gli uffici e che a questo fine evitano di assumere responsabilità e nuove iniziative, impedendo altresì che qualche altro, con la propria attività ed il proprio impegno, li sopravanzi nella carriera; la conversione formalistica che a lungo andare determina l'osservanza di qualsiasi procedura, ove questa non sia sorretta dalla consapevolezza del potere esercitato; la stessa inidoneità strutturale del meccanismo gerarchico a garantire un'azione efficiente, in quanto riposando sull'ordine (o sulle manifestazioni analoghe) tende a trasferire continuamente a terzi l'onere delle iniziative — salva la possibilità di sabotarle —. Altro veramente non occorre aggiungere. In linea di fatto la quotidiana esperienza della vita amministrativa dà continue conferme delle frasi con cui questa paralisi dell'amministrazione è stata scolpita: *displacement of goals*, trasferimento dei fini dall'oggetto prescritto a quello voluto dall'apparato, *fitness of an*

unfit fitness, pressochè intraducibile espressione con cui si esprime l'adeguamento a parametri, a principi inappropriati, che determina una totale inadeguatezza.

La vita dell'amministrazione dunque si svolge tra i termini di questa contraddizione, di una sua concezione e strutturazione rivolte a darle la massima efficienza, la massima rispondenza ai comandi di chi se ne ponga al vertice, e della sua realtà che si ribella al comando e sfrutta la struttura gerarchica per realizzare una propria contorta volontà. Questa contraddizione e questa inefficienza dell'amministrazione pongono in contraddizione con se stesso l'esecutivo, alla cui essenziale volontà di potere viene tolto il fondamento. La contraddizione e l'inefficienza dell'esecutivo pongono in contraddizione con se stesso lo Stato, che non può più volere, fare, agire, se non nei limiti in cui una incontrollata ed incontrollabile burocrazia lo consenta. Ma nella contraddizione con se stesso lo Stato non può vivere — quantomeno non può vivere oltre un certo termine. La contraddizione deve essere risolta, e quindi deve essere elaborato lo strumento, con cui superare il punto morto dell'inefficienza e della volontà soggetta che si impone a colui che la deve dominare.

Questo strumento sono gli enti pubblici.

Capitolo V

GLI ENTI PUBBLICI

Sommario: 46. Premessa. Difficoltà del problema. Il polimorfismo degli enti pubblici. — 47. Il problema nella dottrina. Suo singolare sviluppo, che l'ha condotta ad una rinuncia. Dimostrazione. È sempre presupposto un concetto di ente pubblico. — 48. *Segue*. La giurisprudenza. — 49. Il polimorfismo ed il pluralismo degli enti pubblici dipende dalla disponibilità che di essi ha il legislatore. — 50. Conseguenza: essi devono venir studiati in relazione alle funzioni per cui sono voluti. La nozione di ente pubblico. — 51. Verifica della nozione proposta: società private a capitale pubblico. — 52. Necessità di differenziare gli enti pubblici. Si dimostra l'opportunità di studiare gli enti pubblici economici. — 53. Problemi posti da questi enti. — 54. Sul potere dello Stato di svolgere attività economiche. — 55. Se esso incontri un limite naturale. Esclusione. Conseguenze. — 56. Se lo Stato possa creare enti a struttura privata. — 57. Conclusioni sul potere esecutivo sullo svuotamento delle sue funzioni. Rinvio.

46. Le considerazioni svolte nel corso del capitolo precedente avevano posto in luce come la pubblica amministrazione trovi la sola vera disciplina della propria azione in sè stessa, a causa della struttura piramidale che l'ossequio ad antichi concetti le ha dato. La constatazione dell'inefficienza che questo meccanismo di trasmissione e di esercizio del potere reca con sè ha prodotto, si è detto, il fenomeno degli enti pubblici. Ad essi si deve ora, quindi, portare l'attenzione, in quanto la loro presenza determina una trasformazione nel quadro tradizionale del potere. Con essi infatti sembra che all'idea fondamentale e tradizionale di esercizio del potere (si dirà in seguito della disciplina) un'altra se ne sia affiancata. Non solo vi è cioè il meccanismo che dalla formulazione della direttiva (dalla volizione della volontà della legge, si era detto) scende alla sua realizzazione concreta, sia pure attraverso gli equivoci della disponibilità del fatto e quindi dell'arbitrio; accanto a questo sorge il fenomeno dell'affida-

mento di una competenza, più o meno vasta, ad un nuovo soggetto il quale la fa sua e la esercita. Per potere avere un quadro completo (per quanto possibile completo) dell'esecutivo, è quindi necessario indagare che cosa significhino, come operino, come si atteggino questi enti pubblici.

Ma il problema è di soluzione complessa. Tre diverse componenti lo turbano, fin dall'inizio, ed impongono che la chiarificazione passi attraverso di esse. Anzitutto la nozione stessa di ente pubblico è quanto mai incerta. È dato di comune esperienza che questi enti hanno forme, funzioni, discipline, ordinamenti disparati, al punto che mal si saprebbero avvicinare l'uno all'altro. Sono enti pubblici ad es. tanto l'IRI quanto gli enti di riforma fondiaria e le associazioni combattentistiche. Chiaramente questi hanno tutti diverse posizioni nei confronti dello Stato, così che è impossibile parlare di enti pubblici in termini generali. Ciò che è vero per gli uni può non essere vero per altri o solo parzialmente vero per altri ancora. Si pone quindi un primo condizionamento allo sviluppo della ricerca, nel senso che occorre stabilire che cosa siano gli enti pubblici ed al limite, a quali enti pubblici ci si voglia riferire. In secondo luogo è dato di parimenti comune esperienza che il settore nel quale è più significativa la presenza dello Stato mediante enti pubblici è quello dell'economia. Di ciò non si può non tenere conto, anche se si pone così un nuovo grave problema, quello di distinguere tra ente ed ente in base al solo campo nel quale esercita le proprie attività, forse le proprie competenze. Connessa a questa poi sorge l'altra constatazione, che in moltissimi casi lo Stato partecipa a questo settore economico con enti che non sono pubblici, ma nella forma integralmente privati: ad es. società per azioni. Questo è di difficilissima interpretazione. Certo le forme del diritto privato offrono agli imprenditori gli strumenti di azione più efficaci, duttili ed elastici, adattabili alle più diverse esigenze. Ma che cosa succede se questo imprenditore è lo Stato, magari in cooperazione con privati o in concorrenza con loro? Può esso istituirli senza limiti? Questo problema si complica ulteriormente ove si consideri la posizione che hanno questi enti. Da un lato essi godono di una vasta autonomia decisoria, del tutto impensabile per l'amministrazione tradizionale; essa raggiunge i vertici massimi per gli enti in forma privata. Ma al tempo stesso, come conseguenza del fatto di essere stati creati con uno scopo ben preciso, di essere privi di gran parte delle garanzie che la forma pubblica offre, essi sembrano trovarsi ed in effetti si trovano in una posizione di più profonda soggezione allo Stato, di cui costituiscono, come si diceva, mezzi di azione più elastici e flessibili di quelli tradizionali: così che non si può dire che vi sia esagerazione nella nota affermazione di Guarino, secondo il quale essi sarebbero in posizione di totale manovrabilità da parte del legislatore. E che così sia ha anche profonde giustificazioni. Certamente essi sono stati creati per sfuggire all'inefficienza del principio gerarchico. Ma l'evasione da esso pone di fronte a tre possibilità che si escludono a vicenda. O lo Stato ha così rinunciato, con essi, al potere che aveva nella vita associata — in quanto cioè — li ha creati come soggetti autonomi, dotati di loro vita alla stregua di tutti gli altri soggetti: ciò che è palesemente insostenibile; o esso ha mantenuto il proprio potere, soltanto mutandone la struttura, cioè mutando le regole per la sua trasmissione; o, infine, involontariamente forse, ha trasferito loro il suo potere nel senso che li ha lasciati liberi di agire in suo nome. La soluzione è chiaramente delicata e grave di conseguenze. Tutti questi problemi si affollano intorno, si sovrappongono, si condizionano reciprocamente, tutti insieme condizionando l'interpretazione centrale di cui si va in cerca. Occorre dunque una attenta e paziente indagine, che della oscura realtà cerchi il filo conduttore.

Conviene iniziare la ricerca dalla nozione di ente pubblico.

47. Si sono accennate qui sopra le ragioni obiettive per cui la nozione di ente pubblico è problematica, e che vanno ricondotte essenzialmente alla incredibile molteplicità di enti, senza alcun tratto chiaramente comune a tutti. Questo polimorfismo degli enti pubblici ha trovato singolare eco presso gli scrittori più recenti, i quali, pressochè unanimamente hanno rinunciato a definire che cosa sia ente pubblico, in sostanza dichiarando che questa nozione è di puro diritto positivo, così che solo al diritto positivo si dovrebbe limitare l'attenzione, senza indulgere in teorizzazioni e formulazioni generali di essa. Questo è veramente paradossale, perchè il fatto stesso che si parli di enti pubblici, che il legislatore sempre più frequentemente crei soggetti con questa qualifica, indica che un elemento comune a tutti

gli enti pubblici deve pur esistere e che esso è anche tale da conferire la qualità di « pubblico » all'ente in cui in concreto ricorra. Benchè paradossale però questa situazione della dottrina è reale, e deve, come tale, essere riferita.

In realtà, un esame delle vicende e del travaglio di pensiero che hanno condotto a questa posizione di stallo, nella quale essa ora si trova, offre qualche significativo elemento per la sua interpretazione. Come è noto, dal t.u. sul consiglio di Stato alla l. n. 100 del 1926, ad altre disposizioni in materia di inquadramento sindacale, numerose norme, rimaste anche nella legislazione vigente, hanno per loro destinatari, o assumono quale presupposto per la loro applicazione una categoria indefinita di soggetti — per dirla nei termini più generici — che sono denominati « enti pubblici ». Ora la situazione normativa relativa a questi enti (e cioè alla individuazione dei soggetti protagonisti delle vicende di diritto speciale cui si è accennato) era ed è assai confusa. Si possono fare almeno tre diverse ipotesi di norme su questi « enti pubblici ». In taluni casi — che sono i più semplici — gli enti pubblici sono stati creati direttamente dal legislatore: sono stati cioè creati come soggetti *suo iure* pubblici. In altri casi — e questi sono forse i più complicati — soggetti, che avevano tutte le caratteristiche per essere pubblici, sono stati creati dallo Stato come privati. In una terza ipotesi infine manca qualunque espressa determinazione della volontà dello Stato in un senso o nell'altro. Ci sono solo elementi che possono far sospettare la presenza dello Stato in essi — la presenza della pubblicità — o che di questa danno inequivoca testimonianza. Si potrebbe dire che in realtà questa è l'ipotesi più difficile e di più incerta interpretazione. Ma ciò non è vero, perchè qui in definitiva si tratta solo di ricostruire indiziariamente la presenza del pubblico in questi enti, secondo un procedimento ben conosciuto, e tipico di mille situazioni giuridiche incerte (come quando si deve qualificare un rapporto in un modo o in un altro); nel caso precedente invece la soluzione è apparentemente certa, ma la sua problematicità deriva da complessi motivi di diritto costituzionale sul potere dello Stato di creare questo tipo di enti « pubblici-privati ».

Dall'incerta situazione normativa qui sopra accennata nascevano due ordini di problemi. Il primo era in un certo senso pratico, classificatorio, diretto ad una riordinazione del disordine del legislatore

e dell'amministrazione. Si trattava di stabilire in tutti i casi incerti se, dato un certo ente, data la sua struttura, data la forma impressagli in contrasto ad es. con la sua origine (come nel caso delle società private ma a capitale integralmente statale) andasse o non andasse ad esso applicata la disciplina speciale. L'indagine era o almeno poteva essere estremamente complessa. I fini dell'ente, i controlli cui poteva essere assoggettato, i suoi rapporti diretti con l'amministrazione dello Stato, i poteri di cui godeva, questi erano — e sono — tutti elementi dai quali si poteva arguire se un ente fosse o non fosse pubblico. Si potrebbe dire che questo era — come è — un compito tipico della giurisprudenza: ed in effetti le più importanti e sicure indicazioni si trovano in essa, che, conformemente alla sua vocazione, ha elaborato criteri elastici, duttili, multiformi, reciprocamente integrantisi, per identificare l'ente pubblico, distinguendolo da quello privato.

Ma accanto a questo tipo concreto di problemi un altro se ne poneva, strettamente teorico, e che riguarda forse uno dei temi fondamentali del diritto pubblico contemporaneo. Sulla scena ricorrono continuamente enti nuovi, istituiti con leggi speciali, o enti affondanti le radici della loro pubblicità nella storia più remota (si pensi ai comuni ed alle casse di risparmio); o enti palesemente e volutamente pubblici, benchè strutturati come enti privati (si pensi ad es. all'Enel), o palesemente pubblici, ma voluti come enti privati. Che cosa hanno in comune tutti questi enti? che cosa è, come si spiega questo fenomeno dello Stato che isola da sè stesso una organizzazione e la chiama pubblica oppure, facendo la stessa cosa, la denomina privata, o addirittura qualifica pubblici enti che sono quello che sono, fondazioni o associazioni, senza bisogno di alcuna particolare qualificazione in termini di pubblico? Chiaramente si tocca qui, come si accnnava, uno dei problemi fondamentali dello Stato contemporaneo perchè sembra che gli schemi classici della sua organizzazione siano violati: aspetti essenziali della sua attività vengono affidati ad enti che non dovrebbero essere « Stato » nel senso più largo della parola (cioè non dovrebbero appartenere alla sua organizzazione); enti che viceversa non hanno nulla a che fare con esso sono pacificamente qualificati pubblici, come se questo collegamento con lo Stato avessero.

Si è iniziata così una singolare vicenda. Pur sentendo la straordinaria importanza del problema generale — come dimostra il gran numero di studi ad esso dedicati — la dottrina quasi non ha osato affrontarlo *ex professo*, e lo ha trattato pressochè *incidenter tantum*, come mezzo per giungere a risolvere in via generale l'altro, più modesto problema concreto della distinzione degli enti pubblici da quelli privati, in sostanza con esso confondendolo ([60]). Rivolta a questo fine particolare — o per meglio dire, concentrata su questo fine particolare con gli strumenti per un'indagine di carattere generale e teorico — naturalmente non è riuscita nell'intento, perchè i caratteri differenziali degli enti pubblici variano per ciascun ente, nel senso che per ognuno ve ne è uno o qualcuno soltanto che tipicamente rivela la pubblicità; onde è impossibile stabilire quali sono i caratteri sulla cui esistenza o assenza ci si deve basare per qualificare un ente in concreto.

La dottrina a questo punto ha avuto una strana reazione. Dopo avere proposto una serie di criteri di individuazione dell'ente pubblico rispetto al privato (e che in realtà tali non erano, perchè si limitavano a cogliere singoli aspetti peculiari degli enti pubblici), essa si è come stancata di questo problema di distinzione; ha dichiarato che esso è di diritto positivo (e quindi... insolubile), come si è riferito, e che ci sono infiniti enti pubblici e vari tipi di essi; e che anzichè alla definizione dell'ente pubblico occorreva dedicare l'attenzione agli enti pubblici concreti, agli enti pubblici del diritto positivo. Certo stupisce leggere queste importanti ricerche e vedere tracciato un sistema degli enti, nel quale non è spiegato che cosa si intende per ente pubblico; così come stupisce poi constatare, quando si approfondisce la

([60]) È sintomatica a questo proposito la posizione di MIELE G., *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, p. 10 segg. Benchè a questo A. si debbano penetranti osservazioni (e la tesi centrale, nella sostanza qui condivisa (anche se forse integrata) sulla natura dell'ente pubblico), pure egli nega la possibilità di trattare dell'ente pubblico come se fosse una realtà. Certo non è realtà l'ente pubblico in sè; ma è ben realtà il fenomeno che con esso si vuole descrivere e del quale si deve cercare una unità, visto che unitariamente viene considerato — e deve essere considerato, data l'opera del legislatore in questo senso. Questo fenomeno ha aspetti molteplici: alla ricerca della loro unità, dei loro tratti comuni deve essere dedicata l'indagine sugli enti pubblici — cioè sul fenomeno dell'ente pubblico.

ricerca, che questa dottrina in realtà sa benissimo che cosa è ente pubblico e quasi sembra soltanto non volerlo dire espressamente. Ora questa singolare e paradossale situazione si spiega così: che il rifiuto della dottrina di definire l'ente pubblico va inteso come rinuncia al problema empirico della distinzione tra ente privato e pubblico, in sostanza motivato proprio con il suo empirismo; ma per la sovrapposizione dei due problemi, di cui si è detto, ne è seguito anche il rifiuto del problema teorico, cioè del problema di definire il « pubblico » dell'ente. Questo naturalmente non è bastato nè per cancellare il problema, nè per elidere la sensibilità della dottrina; ma ha ben fatto sì che i dati positivi precedentemente elaborati restassero nello sfondo, e fossero, si vorrebbe dire, soltanto presupposti. In altre parole, la tesi qui svolta mira a sostenere che le indagini di Miele, di Forti, di S. Romano, di Ranelletti, di Sandulli, di Ferri e di molti altri autori sono ben lungi dall'essere state abbandonate *in toto*, come le critiche ad esse portate dalla più recente dottrina indurrebbero a ritenere; al contrario, è abbandonata la tematica più ristretta, sui criteri di distinzione tra ente pubblico e privato, cui esse si riferivano; ed è recepito, ora più ora meno, ora in un modo ora in un altro, il loro nocciolo sostanziale, rivolto a cogliere, — esattamente o solo approssimativamente — il *proprium* dell'ente pubblico.

Di questa affermazione vi sono almeno due prove. La prima è costituita proprio dall'atteggiamento della dottrina più recente. Come si è accennato, essa, criticati gli approcci tradizionali al problema dell'ente pubblico, propone e svolge una serie di ricostruzioni del sistema positivo degli enti pubblici. Si hanno così distinzioni tra enti indipendenti, enti ausiliari, enti autonomi, enti in funzione esecutiva, enti strumentali, enti di disciplina di settore, enti di gestione, enti associativi etc., a seconda della posizione che hanno nel sistema del diritto positivo e delle funzioni che svolgono nello Stato. Come è naturale essi sono variamente combinati tra loro nei diversi sistemi suggeriti, così come è naturale che alle diverse parole i vari Autori attribuiscono significati diversi. Ora chiaramente una impostazione di questo genere del problema degli enti pubblici, che vuole trarre da essi un sistema, presuppone che sia chiaro il concetto di base da cui muove, e cioè che i protagonisti del sistema stesso siano enti *pubblici*: enti cioè, come si afferma, di puro diritto positivo, dal quale risulti

affermata la pubblicità. Ed in linea di fatto essa è presupposta, — tanto è vero che ci si domanda perchè mai certi enti pubblici siano tali (Giannini) — anche se poi non è definita, coerentemente alle premesse, e risolta nel rinvio al diritto positivo: ma chiara e netta è la sensazione che un lieve sforzo sarebbe sufficiente per ridurre ad unità queste varie forme di enti pubblici, ovvero per trovare in esse l'elemento comune (il quale giustifica che per tanti enti diversi si faccia ricorso alla stessa denominazione, di ente pubblico) o, ancora, per enunciare esplicitamente l'idea presupposta di ente pubblico. I celebri scritti di S. Romano, di Miele, di altri illustri scrittori sembrano emergere dietro la critica loro recata e proporre di nuovo alla dottrina la via per giungere alla cercata definizione.

48. La seconda prova poi della verità dell'assunto — che cioè i probemi della determinazione concettuale dell'ente pubblico e dei criteri di distinzione tra esso e gli enti privati si sono sovrapposti, oscurandosi a vicenda — sta nella giurisprudenza. Come si era brevemente accennato, questa, nella sua determinazione di criteri di individuazione e distinzione dell'ente pubblico rispetto a quello privato, segue una serie di criteri non rigidi, ma di volta in volta adattati alle singole circostanze, alle singole esigenze del caso di risolvere. In questo suo procedere essa è frequentemente accusata dalla dottrina di non avere un criterio di identificazione preciso, e di seguire ora l'uno, ora l'altro indirizzo, senza riferimento a principi unitari, addirittura aderendo a criteri già validamente criticati dalla dottrina, quale ad es. è quello del fine. Ora bisogna dire che queste critiche, a parte i casi, inevitabili, di errore di giudizio, non sono esatte: e ciò sia perchè non sembra vero che la giurisprudenza si attenga a criteri già definitivamente criticati in dottrina, sia perchè in una materia incerta come questa, un criterio unitario è impossibile, potendosi sempre dare casi nei quali l'applicazione di un solo principio non dà risultati o dà risultati non decisivi e che richiedono altre verifiche, dunque l'applicazione di altri principi. Queste possibilità, che costituiscono quotidiana esperienza della magistratura, impongono di seguire criteri elastici, compositi, in base ai quali cercare di cogliere la natura dell'ente nelle infinite determinazioni concrete che esso può avere, per stabilire poi se essa valga a radicare la giurisdizione ordi-

naria o amministrativa (a questo riducendosi spesso la portata concreta del problema). In questa ricerca, la giurisprudenza chiaramente deve tenere conto di ogni elemento rilevante, che possa costituire indice rivelatore della pubblicità: creazione, fini, controlli, poteri, contributi, composizione degli organi etc. Essa dice espressamente che vari possono essere i modi in cui la pubblicità si manifesta, così che occorre vagliare accuratamente la normativa relativa all'ente, per cogliere in concreto se ed ove essa si annidi (ad es. Cons. Stato, sez. VI, 12 luglio 1966, n. 643); o, come nella celebre sentenza sulla Dante Alighieri, che occorreva rintracciare nella sua disciplina se vi erano elementi che attestassero la volontà dell'ordinamento di costruirlo come uno speciale strumento che, pur dotato di autonomia, fosse idoneo ad assumere e perseguire fini pubblici: sottolineando cioè non il fine, che benchè comune allo Stato, può essere ininfluente sulla natura dell'ente, ma la necessità di reperire nella sua disciplina la traccia di una volontà pubblica, rivolta a costruirlo come strumento di azione. La giurisprudenza non aspira insomma ad altro, se non a rinvenire gli indizi di una volontà dello Stato, che renda lo Stato stesso presente nell'ente. Di fronte a questo non è possibile imputare alla giurisprudenza incertezza nei criteri di valutazione. Essi sono per definizione elastici, e la giurisprudenza deve scegliere di volta in volta tra l'uno e l'altro. Questo però non vuole dire incertezza. Al contrario significa compiere valutazioni « discrezionali » analoghe a quelle che si debbono fare in mille materie (ad es. quando si deve distinguere tra diritto soggettivo ed interesse legittimo in un certo rapporto tra privato ed amministrazione), che hanno a loro fondamento un'esigenza di giudizio e non già lo svolgimento o l'applicazione di una teoria. Certamente queste esigenze concrete di giudizio sono affrontate in base ad un certo criterio che emerge dalle pronunce: e questo criterio può essere sbagliato. Ma per sostenere questo, occorre anzitutto stabilire quale esso sia, e cioè individuarlo al di là delle singole espressioni usate, dalle singole indagini svolte, per poi opporre ad esso un diverso modo di ragionare, che conduca a diverse conclusioni. Di questo non vi è traccia nella dottrina, perchè essa stessa non ha elaborato criteri generali; così che sembra veramente singolare opporre alla giurisprudenza che essa si è valsa di mezzi di indagine incerti, quando addirittura non sono neppure esat-

tamente individuati i termini del problema che essa affronta. Senonchè anche questo atteggiamento ha la sua profonda giustificazione: ed è che la dottrina ha criticato la giurisprudenza nei termini accennati perchè l'una e l'altra hanno confuso e sovrapposto i due ordini di problemi, della *natura* dell'ente pubblico e dei *criteri di individuazione* di esso, in relazione alla necessità di distinguerlo dall'ente privato. Certo, se con la giurisprudenza si dovesse risolvere il problema di che cosa è un ente pubblico, si potrebbe concludere con la dottrina che essa è incerta; senonchè lo stesso dovrebbe dirsi della dottrina, che, rispetto ai suoi diversi fini, è anche incertissima su che cosa esso sia, semplicemente presupponendone la nozione nei propri ragionamenti e ricostruzioni, quasi per via di intuizione. Ma nell'ambito del problema che deve in concreto risolvere, la giurisprudenza è certissima: essa applica i più diversi ed elastici criteri, per cogliere indizi che rivelino la natura pubblica o privata dell'ente. Se poi si volesse dire che anche essa presuppone tacitamente che cosa sia ente pubblico, e cioè che ne affida il concetto all'intuizione, indubbiamente non si errerebbe, ma si scivolerebbe anche verso il diverso problema di cui si è detto.

49. Le forse troppo lunghe osservazioni svolte qui sopra su un problema di metodo anzichè di merito, in un certo senso pregiudiziale, hanno però una precisa ragione. Come forse è apparso dalla breve esposizione della posizione della dottrina più recente, si può dire che in sostanza essa capovolge il metodo di indagine assunto dagli studiosi che la avevano preceduta. Essa nega la possibilità di individuare che cosa sia l'ente pubblico, e dedica la sua indagine agli enti pubblici del concreto: agli enti, si vorrebbe dire, di cui si sa che sono « pubblici ». Vi è in ciò un elemento paradossale, perchè questa conclusione costituisce il risultato dell'approfondimento degli studiosi precedenti, secondo i quali proprio dal diritto positivo doveva essere tratto che cosa fosse ente pubblico: non vi è l'ente pubblico, dice la dottrina odierna, perchè vi sono solo multiformi tipi, modelli, moduli, figure soggettive di enti, senza alcuna omogeneità tra loro. Ma l'inversione del metodo, così inconsapevolmente compiuta, è evidente: mentre infatti i meno recenti scrittori cercavano di fissare i tratti comuni a tutti gli enti che si qualifichino come pubblici (pur

nell'equivoco derivante dall'avere accomunato due problemi diversi nell'ambito della stessa indagine), ora a questo si rinuncia, in quanto — tacitamente — si presuppone la pubblicità e sulla base di questa premessa è svolto il lavoro ricostruttivo. Gli enti sono dunque catalogati e raggruppati per moduli, modelli, schemi organizzativi, scopi (queste sono in sostanza tutte espressioni equivalenti). Il problema che si pone è questo: se tutti questi modelli, moduli e funzioni eterogenei sono frutto del mero diritto positivo — dunque mutevole e variabile nel suo contenuto, come la mutevolezza degli enti creati dimostra senza possibilità di dubbio — è consentito trarre da esso una categorizzazione degli enti che abbia valore sistematico (come si vorrebbe) e non meramente classificatorio? Vi è infatti sempre la possibilità che il « diritto positivo » istituisca enti diversi, con funzioni diverse, con strutture organizzative diverse, che si possono porre all'infuori di qualunque schema precedente. O per meglio dire, poichè anche le classificazioni hanno il loro valore, è possibile trarre da queste, che si sono proposte, un valore che le trascenda, e che quindi consenta di giungere al cuore di questi enti?

A questo punto il discorso diviene assai complesso. Il problema posto investe le radici stesse della dottrina della quale si parla: si solleva infatti qui il dubbio se la disciplina normativa dettata per i singoli enti — da cui la dottrina stessa vorrebbe trarre fondamento ed autorità — costituisca davvero il dato del reale, da cui muovere per la ricostruzione sistematica del fenomeno. Il dubbio sorge — è forse opportuno rilevare — perchè questa normativa sugli enti pubblici sembra assai più dettata al fine di consentire una serie di azioni pubbliche in determinati settori per il loro tramite, che a quella di fissare una loro disciplina — e sia pure per tipi e per linee generali —; così che ritrarre da queste norme singolari, nel senso più pieno della espressione, principi generali (di nuovo: sia pure nella forma di categorizzazioni significative dal punto di vista giuridico), sembra arbitrario, in quanto sussiste sempre la possibilità che questi principi vengano infranti con la creazione di qualche nuovo tipo di ente, dotato di una diversa disciplina « singolare ». Questa possibilità della creazione di un « diritto » degli enti *extra ordinem* (posto che creazione del diritto sia) sembra insomma dominare il fenomeno degli enti pubblici: ed appare quindi necessario cercare l'elemento che ne

accomuna le varie manifestazioni in un momento anteriore ad esse, anteriore agli enti del concreto, e cioè al livello della volontà che, come ha creato certi enti, può continuamente crearne altri, onde svolgere per il loro tramite determinate funzioni.

Certamente cioè questa « volontà » si esprime in forma di norme positive — di norme di presunto diritto positivo — che creano gli enti, danno loro il fondo di dotazione, disciplinano, come la composizione degli organi, così il loro rapporto con lo Stato; ma queste norme, lungi dal porre una disciplina costante ed in qualche misura immutabile degli enti — il loro diritto insomma — sembrano assai più portare con sè l'impronta della loro origine, cioè l'essere attuazione di una volontà nata e manifestatasi semplicemente come volontà di azione, come volontà di creare uno strumento che svolga una determinata azione, sociale o economica, ora non rileva. Questo sembra rendere incerto e malsicuro il riferimento al diritto positivo degli enti pubblici che la volontà creatrice può illimitatamente mutare e vano il tentativo di un sistema basato su questo « diritto positivo ».

Inequivoca è la conclusione. La contraddizione tra l'esigenza scientifica di superare la soggezione al caso (sia pure questo l'arbitrio del legislatore!) e la continua, immanente presenza del caso stesso (sia pure, di nuovo, questo l'arbitrio del legislatore) nella realtà che si indaga, può essere superata in un unico modo: e cioè riconoscendo che il caso, l'arbitrio del legislatore, la continua mutabilità del diritto positivo degli enti pubblici sono la realtà. Occorre cioè respingere la tesi, che le norme dettate per gli enti costituiscano il « diritto positivo » vigente per essi, ed ammettere quindi, con un vero e proprio capovolgimento della prospettiva, che loro fondamentale caratteristica è la possibilità di venir continuamente modificati ed accresciuti in numero e qualità, secondo quel che alla volontà creatrice, cioè allo Stato, sembra via via opportuno: in altre parole, che non esiste un loro « diritto ».

Nè questo può essere inteso come un rifiuto della più recente dottrina o un ritorno al passato. Se scopo dei più recenti scrittori era infatti quello di salvaguardare il nocciolo essenziale del fenomeno degli enti pubblici, cioè il loro pluralismo, la sola via per conseguirlo è proprio quella qui indicata, e non quella che sui singoli enti si

fermi. La ragione è evidente: mentre la dottrina *de qua* necessariamente può catalogare e sistemare solo gli enti esistenti(non avendo senso parlare di enti che non sono stati ancora creati) la tesi qui sostenuta presuppone la possibilità di una illimitata creazione di enti, corrispondente alle intenzioni ed agli orientamenti dello Stato. Il pluralismo degli enti pubblici viene infatti colto nella sua essenza razionale, che permette di dare ragione delle molteplici forme in cui gli enti pubblici si manifestano — dalle casse di risparmio agli enti combattentistici, dai collegi professionali ai c.d. enti di gestione — come volontà di intervento, di controllo, di azione, di presenza, nata da una valutazione politico-discrezionale del legislatore.

50. Deriva da queste considerazioni una significativa conseguenza. Se, infatti, il pluralismo degli enti di cui si tratta viene salvaguardato solo considerandoli non nel loro attuale essere, ma nella prospettiva della loro possibile moltiplicazione ad opera dello Stato, la direttrice per l'indagine sugli enti pubblici subisce una profonda modifica.

Non ha più senso cioè studiare gli enti pubblici esistenti, che possono venir modificati qualitativamente e quantitativamente ad arbitrio del legislatore. Ciò che conta è la ragione, è lo scopo per cui essi sono creati: e quindi sono significative le funzioni che, per il loro tramite, o in riferimento ad essi, lo Stato vuole svolgere. È infatti evidente che se la diversità tra gli enti pubblici ha una ragione, essa non è implicita nel loro essere, ma segue alla diversità di funzioni che essi sono chiamati a svolgere; non deriva cioè da una diversa determinazione naturale degli enti in generi e specie, quasi da un loro istituzionale pluralismo morfologico, ma dalla funzione per la quale sono stati creati come « enti pubblici ». Sulle funzioni e non sugli enti occorre dunque portare l'esame — sulle funzioni da svolgere tramite un ente pubblico *ad hoc*, si può precisare. Occorre cioè riconoscere che lo Stato assume come proprie molteplici funzioni e che per svolgerle si vale, tra l'altro, di enti pubblici, ogniqualvolta ciò gli appaia conveniente. Nè necessariamente queste funzioni sono attive, se così si può dire, nel senso che debbano implicare sempre una funzione di amministrazione attiva. Questa funzione statale può risolversi in una mera presenza, in un mero riconoscimento onorifico, in mera san-

zione di una sostanziale pubblicità preesistente. Lo Stato cioè vuole onorare gli ex combattenti e riconosce carattere pubblico alle loro associazioni d'arma; vuole che siano assistiti i lavoratori nelle pratiche amministrative relative ai rapporti di lavoro e riconosce personalità di diritto pubblico agli enti di patronato; vuole dirigere secondo un certo criterio i vari settori dell'energia ed istituisce, valendosi dell'art. 43 cost., l'Eni e l'Enel. Vuole assicurare il buon andamento di certi antichi istituti di credito e dichiara enti pubblici le casse di risparmio ed i vari altri istituti bancari, da lungo tempo operanti come « pubblici » in Italia.

51. Questa idea dell'ente pubblico, che si è proposta, è suscettibile di numerosi sviluppi: essenzialmente pare che la rigorosa recezione del pluralismo tipico degli enti pubblici in essa consenta di procedere ad una distinzione non arbitraria tra essi, in relazione alle loro funzioni; e che questa stessa considerazione delle funzioni possa poi condurre a discutere il tema dei limiti che il potere statale incontra nella creazione di nuovi enti.

Ma prima di ciò è forse opportuno sottoporre questo concetto ad una verifica. Si potrebbe infatti dire che esso è troppo generico, che non tiene conto di obiettive realtà normative, che risolve il problema dissolvendolo, ovverossia rinviando nuovamente a quel diritto positivo del quale era stata negata la validità, meglio forse l'utilità per i presenti fini. Di qui il bisogno di una verifica. quasi sperimentale, del concetto. È infatti evidente che se, applicato ad una fattispecie di particolare difficoltà, esso potesse condurre ad una soluzione sicura, se ne potrebbe anche ammettere la validità in tutte le ipotesi meno complesse e contraddittorie.

Questo banco di prova può essere utilmente individuato nel problema degli enti creati dallo Stato in forma totalmente privata, ad es. quali società per azioni, ma con integrale o predominante apporto di capitale pubblico.

Alla stregua della dottrina dominante il problema di questi enti si pone nei termini della distinzione tra ente pubblico e privato; concorrono infatti in essi elementi contraddittori, che se da un lato costituiscono indizi della loro pubblicità, dall'altro viceversa orientano verso il loro carattere privato. Si deve anche dire che, alla stregua dei

criteri di distinzione accolti dalla giurisprudenza (della cui validità non si può dubitare), la soluzione sembra essere piuttosto in favore del loro carattere pubblico che di quello privato: e vi sono infatti elementi decisivi in tale senso, quali la espressa volontà dello Stato, addirittura manifestata con legge; la forma, con la legge stessa data; la disciplina giuridica che sottopone questi enti ad un regime di parità con i privati. In ogni caso — e questa è stata opinione autorevolmente espressa — si dovrebbe riconoscere che questi elementi prevalgono sulla circostanza della creazione degli enti per effetto di volontà statale e del dominante apporto di capitale statale ad essi.

Nè si può effettivamente replicare a questi argomenti finchè il discorso si tenga al livello della distinzione tra ente pubblico e privato e quindi si svolga come soltanto può svolgersi, lungo le linee dei criteri indiziari della pubblicità. Sennonchè resta fuori di esso un punto fondamentale: e cioè che lo Stato per sua volontà ha creato proprio un ente privato che si mimetizzasse, si potrebbe dire, tra gli altri soggetti privati, ma che agisse per conto dello Stato — come Stato in borghese, si vorrebbe dire. Certo, ci si deve domandare quale sia il valore di questo, e si può addirittura obiettare, un po' formalisticamente, che *quod statui placuit legis habet vigorem*, e che quindi l'ente è privato, perchè così lo Stato — addirittura il legislatore — lo ha voluto. Ma proprio nel dire questo si ammette che anche nel caso estremo dello Stato che si crea un ente, normalmente solo dandogli un fondo di dotazione, senza altri legami con esso all'infuori del potere di nomina degli amministratori, e della determinazione del suo scopo, esiste ed opera una volontà dello Stato di agire, di fare qualche cosa all'infuori di sè, all'infuori del sè stesso tradizionale, legato alla struttura rigida del bilancio, delle delibere, dei contratti etc. Questo dato può non essere valutato, nel senso che si può, come si accennava, dare rilievo al solo contenuto formale del volere, che ha avuto ad oggetto un ente privato e non pubblico; ma se viceversa si voglia portare lo sguardo sul contenuto effettivo di esso non è possibile negare che con l'ente — privato — di « sua » proprietà lo Stato abbia voluto inserire sè stesso in un campo preclusogli dalle sue strutture burocratiche, ad es. per creare e controllare, come è storicamente accaduto, situazioni di monopolio (si pensi all'Agip ed alla Rai, pur nella diversità delle loro vicende); e che quindi l'ente sia, nella sua profonda sostanza,

« pubblico ». Anche se, come si è detto, si deve prestare ossequio al precetto del legislatore, per ora assai potente, e quindi si devono assoggettare questi enti alla disciplina privata (speciale!) ad essi estesa da un artificio del legislatore...

52. Raggiunto così l'importante risultato di individuare l'ente pubblico come quello rispetto al quale lo Stato vuole svolgere una funzione qualsiasi, è ora possibile procedere alla discussione dei problemi che questa molteplicità di enti e di funzioni pone: vale a dire a determinare un criterio per separare tra loro funzioni più o meno rilevanti e quindi a stabilire se e quali limiti esistano alla creazione di questi strumenti esecutivi *extra ordinem* da parte dello Stato.

Nel primo problema si propongono all'esame elementi contraddittori, chiarificatori e perturbatori. Chiarificatrice è certo la constatazione, in linea di fatto, che tra gli innumerevoli enti che conosce l'ordinamento italiano i più significativi tra essi sono quelli che operano in campo economico e che sono espressamente costituiti dallo Stato. A prescindere cioè dalla loro organizzazione e dalla loro natura (di cui si dirà subito) non c'è dubbio che lo Stato, quando crea un ente pubblico, gli attribuisca la realizzazione di un compito del quale la propria organizzazione sarebbe incapace; e questo compito è, in termini latissimi, produttivo. Producono beni o servizi gli istituti per le case popolari, l'istituto nazionale per le assicurazioni, l'Inps, l'Inail, il monopolio dei tabacchi, l'opera combattenti, l'opera maternità ed infanzia, ed infiniti altri. Di fronte a tali enti, i casi di quelli con funzioni meramente amministrative sono marginali, e non meritano considerazione in questa sede. In generale anzi si può addirittura ritenere che la caratterizzazione in senso amministrativo delle loro funzioni dipende da una certa interpretazione che dell'ente si è avuta e che prevale sulla obiettiva realtà di esse.

Di qui deriva un secondo elemento chiarificatore; perchè se, in base a considerazioni meramente quantitative, gli enti pubblici creati dallo Stato che svolgono attività economica sono quelli maggiormente significativi, dal discorso che qui si svolge possono essere esclusi tutti gli enti per i quali alla pubblicità non corrisponde una funzione attiva che lo Stato voglia svolgere per il loro tramite. Esulano così dal discorso tutti gli enti, pubblici per ragioni ad es. morali (associazioni

d'arma) o storiche (enti locali, casse di risparmio, altri istituti di credito). Contrariamente ad una opinione già autorevolmente sostenuta, ma non più seguita, si deve anche negare ad es. che i comuni agiscano per conto dello Stato e che da questo « agire per conto » ritraggano il fondamento della loro pubblicità. In un certo senso, essi preesistono allo Stato e la avversione nutrita per essi lo dimostra; sono stati dichiarati pubblici in analogia a numerosi enti locali per la pubblicità loro immanente, derivata dall'essere amministratori di comunità locali; e ben si può dire che lo Stato ne ha sempre presupposto la natura di organismi funzionanti, già « pubblici », quando ha voluto valersi di loro per suoi « fini »: si pensi ad es. al caso del sindaco ufficiale del governo o alle deleghe ai comuni per la realizzazione di opere pubbliche.

L'elemento perturbatore sta invece nel fatto sopra accennato, che funzioni sostanzialmente analoghe — ad es. nel settore assicurativo — sono fatte svolgere da enti diversi, con strutture diverse, e cioè a volte essenzialmente con strutture e modalità di azione che riflettono in tutto e per tutto quelle dell'amministrazione statale ed a volte invece sono elastiche, in tutto dissimili dallo Stato, al limite realizzate secondo gli schemi del diritto privato. Ad es. i servizi che l'Inail, l'Inam, l'Inps prestano alla collettività sono effettivamente sottoposti ad una rigida disciplina di legge, che vorrebbe realizzare anche in essi il meccanismo ideale tipico dell'esecutivo, consistente nella procedura « legge-esecuzione della legge ». Questi enti godono certo di autonomia, in quanto ad es. determinano come debba svolgersi la loro azione, come debbano organizzarsi, come si debba procedere agli investimenti ed ammortamenti; ma pur avendo forse una maggiore estensione, essa non presenta una sostanziale differenza rispetto alle amministrazioni tradizionali dello Stato, anche esse « autonome » purchè, come questi enti, rispettino le previsioni della legge relative ad una certa attività. Accanto a questi enti però ve ne sono molti per cui questa rigida disciplina dell'azione (ripetesi, indipendentemente dall'effettività che essa può avere) non si verifica. Essi sono voluti solo, si vorrebbe dire, in quanto capaci di produrre un certo risultato, a poco o nulla rilevando il modo in cui questo è conseguito. Si pensi, come esempio limite, ad una società per azioni il cui capitale sia sottoscritto integralmente dallo Stato. Lo Stato mantiene certo con essa

rapporti tramite il ministero competente; ma la sfera di attività dell'ente — della società — in cui lo Stato incide è ridottissimo ed in linea di fatto le direttive dello Stato nei suoi confronti sono sempre frutto di un accordo tra esso e la società.

Una giustificazione razionale di questa differenza di trattamento non esiste. Non è tale infatti quella che si potrebbe dedurre dal tipo di servizio da essi erogato, ritenendo cioè imprenditoriale l'attività degli uni, prevalentemente amministrativa quella di altri enti, ad es. previdenziali. Tale differenziazione infatti si fonda sulla diversa disciplina dettata per l'attività dell'ente, non già sulla natura di questa attività. Gli istituti che gestiscono le assicurazioni obbligatorie contro le malattie o gli infortuni o la vecchiaia, sia pure con finalità sociali e quindi con esigenze economiche speciali, svolgono una vera e propria attività imprenditoriale, esattamente come un'attività imprenditoriale esercita ad es. l'Enel — anch'esso, tra l'altro, nei propositi dei politici, per fini sociali.

In astratto cioè non vi sarebbe preclusione alcuna per l'affidamento delle assicurazioni sociali ad imprese private o pubbliche in forma privata: e sarebbe una mera questione tecnica realizzare l'obbligo di assicurare i lavoratori (basterebbe ad es. sancire gravi pene per i trasgressori e garantire gli effetti sociali dell'obbligo mediante un fondo comune tra assicuratori, analogo a quello introdotto dalla legge sull'assicurazione obbligatoria degli autoveicoli). Non vi è quindi una differenza funzionale, afferente cioè al tipo di attività svolta dai due gruppi di enti. La sola conclusione che si può trarre è che la scelta tra un tipo ed un altro di ente dipende solo dalle valutazioni di chi compie tale scelta. Alla volontà del legislatore, soltanto, dunque, può farsi risalire la struttura organizzativa e l'attività « libera » di un tipo di enti, e la costruzione di altri in schemi analoghi a quelli propri dell'amministrazione statale.

Se dunque da un lato la determinazione del tipo di ente da prendere in considerazione è stata agevolata dalla esclusione di tutti quelli con i quali lo Stato non vuole svolgere una propria funzione attiva, rimane il problema di stabilire quale tra gli altri due gruppi di enti, ad organizzazione libera o a tipo statale debba essere preso in considerazione. Due rilievi sembrano però decisivi. Il primo è che gli enti modellati secondo gli schemi statali non presentano alcuna originalità.

Ripetono le vecchie strutture ed in definitiva può essere una questione nominalistica dire che essi si differenziano dallo Stato perchè hanno personalità giuridica autonoma etc. Inoltre, come lo Stato, essi sono in larga misura inefficienti ed affetti dallo stesso genere di problemi.

Il quadro degli enti a struttura privata è invece completamente diverso. In essi lo Stato sembra essersi come disvoluto, come negato e ripudiato. Esso abbandona tutti i propri miti. Non appare mai e resta invece dietro le quinte. Non ha aspirazione alcuna all'imparzialità ed all'efficienza, alla sua stessa possibilità di comandare direttamente. Dà a questi enti un capitale ed uno scopo — quasi dona loro la vita — e li lascia agire. Come un privato si riserva il controllo su di loro nelle forme più occulte ed insidiose, cioè come potere di nomina degli amministratori. Ma al di fuori di questo, nulla. Lo Stato si rinnega al punto che il difetto fondamentale dell'amministrazione tradizionale, che la costituiva vero « non-potere » dello Stato, la sua tendenza a sindacare autonomamente i provvedimenti normativi ad essa diretti dal legislatore e quindi a crearsi fini propri, non necessariamente coincidenti con quelli della legge, è posto a base di questi enti: ad essi infatti è prescritto solo uno scopo, come si è detto, che essi fanno proprio e perseguono con ogni vigore. Più essi lo ingigantiscono anzi (esattamente al contrario di quel che avviene con la amministrazione) meglio è, perchè questi enti *debbono* aumentare la loro autorità ed il loro potere; per questo fine sono stati infatti creati. Non solo, ma anche l'altro elemento strutturale tipico dell'amministrazione, fonte del suo dispotismo e della sua finale debolezza, la riservatezza, il monopolio delle decisioni, viene assunto a base di questi enti. La loro pubblicità fondamentale — il nascere dallo Stato — infatti scompare nelle forme del diritto privato o a questo affini, così che in esse scompare il problema stesso della riservatezza delle decisioni e delle procedure interne; essa finisce con il rispondere perfettamente al carattere formale dato all'ente. Diviene cioè coerente con la natura di questi enti che nel loro ambito le decisioni siano prese da essi stessi, cioè dagli organi direttivi, senza interferenze esterne. L'esigenza di una qualsivoglia partecipazione di soggetti estranei non ha neppure spazio per sorgere, perchè gli interessi affidati alla cura dell'ente sono suoi propri (l'interesse pubblico è stato trasformato in interesse dell'ente); e non vi è dubbio che nessuno possa valutarli meglio di chi sia preposto

alla sua guida. La sola questione che potrebbe sorgere è quella se gli organi direttivi sono realmente capaci di compiere le migliori decisioni nell'interesse dell'ente: ma qui si ricade in un altro problema, quello del controllo sugli amministratori.

E in più c'è l'elemento del quale ancora non si è detto, cioè il capitale. Questo determina il momento fondamentale della negazione che lo Stato fa di se stesso e ad un tempo della formazione del proprio nuovo potere. Il capitale viene infatti dato a questi enti, quasi a titolo proprio: ma a differenza da quel che avviene nell'ambito dell'impresa privata, esso non trae origine dal risparmio ma dall'imposizione fiscale. Con un unico provvedimento quindi lo Stato può disporre delle gigantesche somme che vanno a costituire il capitale (il fondo di dotazione) di questi enti. Nel corso della vita dell'ente, poi, lo Stato può sempre procedere a nuove integrazioni di questo fondo di dotazione (o far sì che vi provveda qualche altro suo ente); e poichè la fonte, da cui le somme sono tratte, è sempre la stessa, svincolata dalle leggi del risparmio e delle manovre dei capitali, lo Stato può, a suo piacere, perseguendo i propri fini politici, estendere l'attività dell'ente. È inutile rilevare che a questo non corrisponde nessuna responsabilità. La continua disponibilità di capitali è in grado di sopperire a qualsiasi necessità; in ogni caso la responsabilità patrimoniale si perde nell'impersonalità dello Stato.

Sembra dunque palese la conclusione. Con gli enti pubblici lo Stato si è costituito un mezzo di azione il cui limite di efficacia sta esclusivamente nella disponibilità di capitale e nelle persone che li dirigono: lo Stato può disporre di entrambi. Con essi quindi lo Stato può penetrare in qualunque settore della vita economica, di fatto governandolo con la propria presenza. Gli esempi dell'industria siderurgica, cantieristica, elettrica sono a tutti noti. Questi enti dunque costituiscono il fatto veramente nuovo nella vita dello Stato. Con l'artificio di una fuga da se stesso lo Stato si presenta nella vita e nella società dotato di un potere veramente senza limiti. Nella prospettiva assunta in questa ricerca non sembra possibile il dubbio sulla necessità di concentrare su questo tipo di enti pubblici l'attenzione, per vedere se esistano limiti alla loro creazione e che effetti determini la loro presenza nel quadro del potere statale.

53. Il problema degli enti pubblici posto nelle pagine che precedono trova così una netta precisazione. Dalla considerazione che nel rapporto tra Stato ed enti pubblici sono di essenziale rilievo le funzioni che gli enti stessi possono essere chiamati a svolgere era derivata l'opportunità di concentrare l'attenzione di quelli tra essi che operano in campo economico; e tra questi di esaminare quelli che per la forma assunta consentono allo Stato maggiore elasticità, e quindi l'esercizio di maggiore potere. Alla fine del paragrafo precedente si è posta la questione se vi siano limiti alla creazione di questi enti e quindi all'esercizio del potere statale in questo campo (economico) ed in queste scioltissime forme, veramente *legibus solutae*. È forse opportuno rendere questa domanda più esplicita: vi sono limiti allo svolgimento di funzioni amministrative dello Stato mediante enti i quali fanno proprio — rendono privato si vorrebbe dire —, lo scopo della funzione amministrativa stessa? Mediante enti cioè i quali pongono in essere un'azione (e con ciò realizzano uno scopo) che è solo loro propria, rispetto alla quale non si può neppure dire che lo Stato la recepisca, in quanto sembra semplicemente volere che sia presente, che sia svolta nella società? Insomma se, come si è detto, fondamentalmente lo Stato affida a questi enti la produzione di beni o servizi mimetizzandosi con i privati (ma restando dietro di loro per dosarne l'azione, e soprattutto darle la sicurezza di cui nessun ente privato è capace) è possibile che lo Stato faccia questo senza limiti? O vi sono punti che non si possono oltrepassare? E più in generale, posto pure che la forma « privata » di amministrazione sia la migliore dal punto di vista operativo — perchè affidando ad ogni scopo un ente questo viene perseguito con ogni vigore — fino a che punto può ammettersi che lo Stato ceda a questa migliore efficienza, mimetizzandosi e celandosi tra i soggetti privati, agendo come loro, decidendo come loro, curando insomma interessi pubblici, come se fossero privati, cioè rendendoli interessi dell'ente?

A queste domande cercheranno di dare una risposta le pagine che seguono, esaminando se nel diritto positivo vi siano disposizioni che consentano di dare una risposta agli interrogativi proposti. Poichè oggetto di discorso è qui un'attività degli organi supremi dello Stato, addirittura del Parlamento, è evidente che l'indagine deve svolgersi

al livello delle norme che ne regolano l'attività e quindi della Costituzione.

Bisogna subito dire che la costituzione italiana non contiene norme che pongano limiti alla creazione di enti pubblici, nè che disciplinino in alcun modo il potere dello Stato di assumere veste privata per svolgere qualche attività, così che i limiti — se limiti potranno chiamarsi — dovranno essere cercati altrove. Valgano a tal fine le seguenti considerazioni.

54. È ben noto come le uniche norme della costituzione che disciplinano lo svolgimento delle attività economiche in generale siano quelle degli art. 41 e 42, comma 1: e si dice in generale, perchè disposizioni particolari, relative a servizi di preminente interesse pubblico o alla proprietà terriera sono contenute anche in altre norme (art. 43 e 44) cui si accennerà più avanti. Ora, per quanto riguarda le attività economiche, questi art. 41 e 42 hanno un singolare contenuto. Addirittura si potrebbe dire che l'art. 41 ignori l'iniziativa economica pubblica nei suoi primi due commi. L'iniziativa economica privata è libera, dice il primo comma; non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, afferma il secondo. Esso insomma fin qui sembra tacere dell'iniziativa economica pubblica, veramente ignorandola; ma poi viceversa, d'un tratto, viene a parlare nel terzo comma, senz'altro presupponendola, là dove dice che la legge determina i controlli ed i programmi opportuni perchè l'attività economica *pubblica* e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali. Già sorgono di qui numerosi problemi, in quanto è oscuro il senso di questa equiparazione dell'attività economica pubblica a quella privata ai fini dei controlli e dei programmi. Il problema del rapporto tra attività economiche pubbliche e private si complica ulteriormente, quando si legga l'art. 42, comma I, secondo periodo, il quale dispone che i beni economici appartengono allo Stato, agli enti ed ai privati. Che cosa significa questa affermazione sulla proprietà dei beni economici, tra l'altro con il singolare ed equivoco riferimento agli « enti », quasi che il costituente avesse ignorato i dibattiti dottrinali e le polemiche — addirittura politiche o quasi politiche — sugli enti pubblici e privati? Che cosa significano nel loro insieme le formule degli art. 41 e 42?

Si può dire che negli art. 41 e 42 il costituente non ha fatto altro che riferirsi ad una situazione di fatto preesistente, in cui coesistevano proprietà pubblica e privata, così come coesistevano iniziative economiche pubbliche e private. Si può spingere il discorso anche più innanzi, ed osservare che queste espressioni del costituente singolarmente considerate non sono altro che espressioni generiche, istituzionalmente sprovviste di un significato preciso (tranne che con esse si vogliano sancire principi rivoluzionari); e che tale significato va dato solo a disposizioni costituzionali che esprimano una precisa volontà politica, quali, proprio nel testo degli artt. 41 e 42, possono essere quelle in tema di programmazione e di successione. Si può quindi cercare il senso degli art. 41 e 42 in un approfondimento di queste disposizioni più immediatamente prescrittive, cioè nella soggezione della proprietà privata ai limiti imposti dalla funzione sociale assegnatale e nella uguale sottoposizione di imprenditori pubblici e privati alla programmazione, anch'essa per fini sociali. Ma chiaramente questo non reca luce al problema che qui si indaga. La questione da risolvere è se questa iniziativa economica pubblica, con la pubblica proprietà dei beni economici, trovi nella costituzione un limite o una serie di limiti. Fin qui si può dire solo che la costituzione detta norme sulle *esistenti* iniziative pubbliche, e riconosce lo stato di fatto del concorso di proprietà privata e pubblica dei beni. Ma questo dettare norme sulla soggezione alla programmazione chiaramente presuppone la esistenza di una iniziativa economica, e quindi una diversa fonte della sua disciplina, per quanto attiene alla concreta attuazione dell'iniziativa stessa.

Nè una indicazione più precisa sul contenuto degli art. 41 e 42 si può rinvenire nell'art. 43. Questo dispone, come è noto, che con legge lo Stato può trasferire o riservare originariamente a sè, a enti pubblici, a comunità di lavoratori o di utenti, determinate categorie di imprese, riguardanti servizi pubblici essenziali, fonti di energia o situazioni di monopolio, che abbiano preminente interesse nazionale. Si potrebbe dire che questa norma, esplicitamente prevedendo una diretta inserzione dello Stato nella vita economica, la inquadri in un preciso ambito, conseguentemente determinando anche il significato delle affermazioni sull'iniziativa e sulle proprietà pubbliche, contenute nei precedenti art. 41 e 42, nel senso che queste sarebbero pos-

sibili solo nei casi dell'art. 43. Ma tale interpretazione dell'art. 43 non può convincere. Esso infatti prevede una ipotesi limite, si vorrebbe dire, di riserva originaria o di trasferimento coattivo a determinati soggetti di certe categorie di imprese, che concernono servizi pubblici di preminente interesse nazionale. L'art. 41 invece e,in parte più ampiamente, in parte da un diverso punto di vista, l'art. 42, parlano in genere di proprietà pubblica, di beni economici e di iniziativa economica pubblici, così che non sembra consentito ridurne la portata, da norme generali quali essi sono, nell'ambito di una previsione speciale, sull'integrale sostituzione dell'attività economica statale, pubblica in genere, a quella privata: negli art. 41 e 42 è indicata cioè una coesistenza dell'attività economica pubblica con quella privata, che invece l'articolo 43, in determinati casi, esclude.

Bisogna pertanto avviare l'indagine in una direzione diversa: e cioè, escluso che negli artt. 41 e 42 cost., in riferimento all'art. 43, si possa trovare un'esplicita delimitazione delle possibili iniziative economiche pubbliche, occorre indagare se una tale limitazione possa trarsi dalle altre disposizioni sostanziali di questi articoli: se cioè la previsione costituzionale della programmazione, in riferimento all'affermazione della libertà di iniziativa economica privata, nonchè il regime speciale della proprietà pubblica, implicito nell'art. 42 (che affidando alla legge la disciplina della proprietà privata e tacendo di un'analoga normazione per quella pubblica implicitamente dà a quest'ultima una posizione di maggior favore, residuale forse, ma in senso vastissimo, valgono a porre limiti alla proprietà ed all'iniziativa economica pubbliche.

Benchè rispondere a queste domande appaia a prima vista assai difficile, sembra per altro che un criterio sicuro di indagine possa individuarsi in questo: che, muovendo l'art. 41 fondamentalmente da una disciplina dell'attività economica privata (nella quale inserisce l'iniziativa economica pubblica ai fini della programmazione) i limiti dell'iniziativa economica pubblica devono risultare, per esclusione, dall'estensione data all'iniziativa economica privata. Se cioè nell'art. 41 vi fossero norme o principi che assicurassero una certa estensione all'iniziativa privata, se ne dovrebbe dedurre che l'iniziativa pubblica non può estendersi fino al punto da pregiudicare o vanificare l'estensione della iniziativa privata, costituzionalmente garantita.

Senonchè non sembra che la costituzione contenga alcuna disposizione di questo genere. Certo essa afferma che l'iniziativa economica privata è libera. Ma a questa affermazione non segue garanzia alcuna, poichè, riservando allo Stato il potere di programmare le iniziative economiche pubbliche e private, chiaramente a questo anche riserva il potere di disporre i mezzi, economici e giuridici, per conseguire i risultati voluti dal programma. In altre parole, lo Stato può disporre di mezzi che, pur senza togliere in linea di diritto il potere di iniziativa ai privati, pure in linea di fatto questa scoraggi, appunto per imporre loro — e più in generale all'attività economica nazionale, nella quale anche gli operatori economici privati sono compresi — di conseguire i fini sociali del programma.

Ora certamente il complesso quadro storico della vita nazionale italiana, che vede il concorrere ed il confliggere di spinte centralizzatrici e di tendenze autonomistiche, di formidabili iniziative private e di ugualmente forti resistenze ad esse, ha determinato un assetto normativo dal quale è possibile ricavare una interpretazione, se così si può dire, *ex post*, della costituzione: un meccanismo di incentivi, di freni, di imposizioni e di agevolazioni fiscali, di contributi a fondo perduto etc. costituisce un complessissimo quadro, di cui è anzitutto difficile individuare i dati positivi per l'interpretazione, ma nel quale certamente l'iniziativa economica privata occupa un posto notevole. Senonchè tutto ciò, proprio per il fatto di essere una ricostruzione *ex post* non può valere a risolvere il problema costituzionale — in un certo senso a priori — dei rapporti tra iniziative economiche pubbliche e private: così che un discorso che voglia determinare i limiti in cui lo Stato può assumersi iniziative economiche necessariamente deve muovere dalla premessa generale che tali limiti nella costituzione *non sono fissati*, e quindi cercare altrove — all'infuori dell'ambito giuridico — se e quali limiti di fatto possano essere trovati.

55. La risposta a questo interrogativo acquista evidentemente un contenuto ed una portata paradossali. Vorrebbe porsi, quasi per naturale vocazione, al livello costituzionale, ma da questo è rigettata per tutti i motivi cui si è accennato. Vorrebbe avere carattere stretta-

mente positivo — e quindi muovere o dall'economia, o dal diritto positivo, insomma da un qualunque riferimento sicuro — e non lo trova, perchè il dato sperimentale, si vorrebbe dire, manca. In altre parole, deve risolvere il problema di fissare una direttiva ai politici, ed in fondo da questi politici è condizionata, perchè chiaramente la individuazione del fatto rilevante dal punto di vista storico e soprattutto la previsione delle sue conseguenze è tipica opera di politico. Si dovrebbe quasi concludere che la risposta è impossibile; forse lo è effettivamente. Poichè per altro è altrettanto impossibile rinunciare ad almeno un tentativo di soluzione, si può forse ritenere che le seguenti considerazioni possano avviare a porre qualche punto fermo: considerazioni che evidentemente in tanto possono considerarsi giuridiche in quanto possano valere a condizionare una decisione giuridica finale, in materia di estensione dell'iniziativa economica privata e di suo rispetto.

Si può così osservare che è un principio generalmente valido della scienza economica che un equilibrio tra più imprese operanti sul mercato postula che ciascuna di esse goda, rispetto alle altre, di un regime di parità: nel senso cioè che ciascuna deve correre gli stessi rischi, avere la stessa possibilità di accesso al mercato finanziario, avere le stesse possibilità di accesso ai consumatori. La misura di tutto ciò deve determinarsi solo in base alle dimensioni ed alla forza economica delle singole imprese.

Come è ben noto, derivano da ciò singolari e significative conseguenze. Da un lato vi è la possibilità dell'insorgere di monopoli od oligopoli, che certamente « turbano » il mercato (posto che tale espressione in questo contesto abbia senso). Questa turbativa, o per meglio dire questa alterazione del mercato ha sempre giustificazioni profonde, o nelle difficoltà tecnologiche di un certo settore industriale o nella eccezionale forza espansiva di una determinata impresa. Non vi è dubbio che una situazione di questo genere debba essere controllata. Basti fare riferimento a questo proposito alle famose leggi americane contro i trust, rivolte a mantenere un regime di concorrenza a vantaggio dei consumatori, ma soprattutto al fine di mantenere un mercato più articolato, e quindi più vasto. Dall'altro lato, vi è la possibilità di crisi: cioè la possibilità che per il concorrere di molteplici ragioni, nessuna delle quali da sola determinante, le condizioni

di produttività e viceversa la capacità di acquisto del mercato subiscano una contrazione, così che le imprese più deboli non sono più in grado di sostenere i costi della produzione e debbono venire eliminate. Come è stato ben posto in luce e costituisce ormai dottrina dominante, anche questo fenomeno non può essere considerato con indifferenza dallo Stato. Nè l'interesse dello Stato alle crisi nasce solo da una ragione egoistica, si vorrebbe dire, e cioè perchè esso ha una massa enorme di spese fisse, cui non può sottrarsi, per cui ha la costante necessità di percepire un « reddito » tributario consideravole; si deve piuttosto dire che le conseguenze morali ed economiche di una crisi per l'intera vita nazionale sono tali, che lo Stato verrebbe realmente meno a suoi fondamentali doveri di curatore del bene comune se lasciasse indifferente svolgersi e compiersi la crisi. Vi è dunque in questi casi la necessità che lo Stato intervenga con provvedimenti moderatori, i quali fondamentalmente ristabiliscano l'equilibrio turbato con limitazione di certi tipi di spesa e con investimenti produttivi.

Ma, pur con gli immanenti pericoli di crisi, pur con la necessità di una vigile presenza dello Stato rivolta a temperarle in un senso o nell'altro, pur con la necessità di constatare che la complessità tecnologica odierna comporta la necessità di investimenti di capitale colossali per ogni nuova iniziativa, che quindi resta quasi naturalmente riservata di fatto ad alcune grandi o grandissime imprese, che possono procurarsi il capitale stesso, ripartendo tra sè i rischi, non può negarsi che questo sistema, fondato sul duplice principio della *par condicio* degli operatori economici e dell'intervento dello Stato in funzione di controllo sia autosufficiente e rechi quindi in sè la capacità di espandersi fino al limite consentitogli dalle proprie forze, cioè dalle proprie disponibilità di uomini e di capitali.

In questo tipo di sistema, pertanto, ogni intervento dello Stato è, in linea di principio, perturbatore: e lo si è detto, proprio osservando che è ormai riconosciuto unanimemente che esso è necessario per correggere tendenze negative, da cui il sistema stesso saprebbe liberarsi solo in un lungo periodo di tempo. Ma di questo tipo di intervento perturbatore non è il caso di occuparsi qui, per le ragioni già dette, cioè proprio la sua riconosciuta necessità. L'intervento perturbatore dello Stato su cui ci si deve fermare è un altro, quello cioè che inse-

risce permanentemente nel sistema un fattore, che impone agli altri soggetti la ricerca di un nuovo equilibrio. Una forza extramercato viene inserita in esso perchè operi alla stessa stregua delle altre imprese. Chiaramente le imprese già operanti sul mercato devono tenerne conto, e, si vorrebbe dire, assorbirla, adeguando la loro struttura a questo nuovo elemento.

Certo non spetta a questa ricerca indagare i problemi economici ed economico-politici posti da questi interventi operativi dello Stato. Qui si deve osservare soltanto questo: che mentre il mercato fino ad un certo punto è in grado di sostenere questi interventi e quindi di continuare a funzionare alla stessa stregua di un mercato « libero », ad un certo punto si determinano condizioni tali, per cui l'iniziativa pubblica prende il sopravvento, trascinata, si vorrebbe dire, dalla sua stessa forza, così che l'iniziativa privata assume un atteggiamento recessivo.

Ora è compito della scienza economica dire quali siano queste condizioni in un dato sistema economico, così come spetta ad essa determinare in concreto quali possono essere i limiti dell'interesse dello Stato all'intervento; spetta cioè ad essa stabilire fino a che punto aziende di Stato possono entrare nel campo economico, senza che si alteri (o per meglio dire si trasformi) l'equilibrio preesistente, e, corrispettivamente, individuare i campi che presumibilmente possono essere lasciati all'iniziativa privata, per difetto di interesse dello Stato. È viceversa compito di una indagine sullo Stato cercare di comprendere il significato — e la legittimità — di una serie crescente di interventi che si avviano, se già non lo hanno superato, al punto in cui l'equilibrio di un mercato fondato sull'iniziativa privata è rotto, e si pone l'esigenza di una generale o ancor più estendentesi partecipazione dello Stato alla economia. Il passaggio di questo limite porta infatti con sè la conseguenza che da un regime di economia privata (o nel quale l'economia privata svolge un ruolo significativo) si passa ad un regime di economia pubblica — o nel quale la economia privata tende a perdere questa posizione. Ma si pone a questo punto un gravissimo problema costituzionale: perchè se anche la costituzione, affermando la libertà di iniziativa economica privata, non dà ad essa alcuna specifica garanzia e permette concorrenti iniziative pubbliche, certo la loro dilatazione oltre il limite da determinare, come si è detto, in sede di scienza economica, conduce a rendere impossibile di fatto l'esercizio della libertà di iniziativa economica.

Se questo però può essere affermato e sostanzialmente condiviso senza particolari difficoltà, si deve anche osservare che ciò deriva essenzialmente dall'elasticità implicita nella formulazione proposta. Si è parlato infatti di un limite al di là del quale si determina una radicale trasformazione del mercato. Ora è evidente che pure ammessa in tesi questa formulazione, se ne possono trarre le più diverse applicazioni pratiche, ciascuno potendo dare la sua interpretazione del limite e quindi sostenere l'ammissibilità o inammissibilità di ulteriori interventi statali. Evidentissimo questo in sede politica, si deve altresì rilevare che, in pratica, neppure la scienza economica potrebbe dare un responso certo, essendo ben noto come essa stessa si dibatta in polemiche, quando occorre valutare gli effetti di un fenomeno in termini di previsione del futuro. A questa incertezza, a questa elasticità non può sottrarsi neppure la scienza del diritto. Di fronte ad una formula costituzionale generica ed elastica, come è quella dell'art. 41 cost., essa non può fare altro che additare la rilevanza in termini costituzionali oltre che puramente economici dei fenomeni di interventi statali nell'economia; e denunciare che oltre un certo limite, che essa stessa non è in grado di determinare, questi interventi urtano contro il precetto dell'art. 41 cost., riducendo di fatto oltre un limite minimo accettabile la concreta possibilità di esercitare la libertà di iniziativa economica. Bisogna pertanto concludere questa parte dell'indagine — con la riserva, ovviamente, di valutare poi questo risultato dal punto di vista assunto per la ricerca — nel senso che lo Stato gode di una libertà di iniziativa economica, che nella costituzione non ha limiti precisi e la cui limitazione concreta è rimessa quindi alla valutazione che il parlamento (o, in altra istanza, se di fatto ne avesse i poteri necessari, la Corte costituzionale faccia del contenuto della libertà di iniziativa economica privata in un determinato momento storico.

56. Il problema che ora si deve trattare è ad un tempo strettamente connesso al precedente ed indipendente da esso. Come si era accennato, la ragione della creazione di enti pubblici a struttura di

diritto privato è tecnica, nel senso che per il loro tramite è possibile realizzare un'azione più elastica ed efficiente di quella che sarebbe possibile mediante un diretto impegno dell'amministrazone statale, legata alle rigide norme del bilancio e delle procedure, paralizzata da proprie interne tensioni. Senonchè, come anche si era detto, accade per questi enti che l'efficienza si realizzi mediante un'assunzione di fini pubblici, statali, di azione come fini privati, che vengono perseguiti con tutta l'energia di cui gli organi dell'ente sono capaci. Essi quindi si sottraggono al principio di legalità in senso classico (pur con la limitata efficacia che a questo deve riconoscersi), in quanto i fini sono perseguiti, come se fossero privati; ma evidentemente questa affermazione vale a fortiori per lo Stato che li crea. Si verifica dunque un fenomeno di questo genere: da un lato lo Stato crea questi enti senza trovare un limite sostanziale a ciò, poichè gli art. 41, 42, 43 non li pongono; ma creandoli si sottrae anche all'applicazione a sè del principio di legalità. Può questo ammettersi?

La risposta a questa domanda è non solo difficile dal punto di vista giuridico per evidenti ragioni (e cioè perchè si tratta di determinare se l'art. 97 possa essere esteso oltre le ipotesi formali e tipiche in esso previste) ma anche e soprattutto da quello storico-politico. È infatti ben noto, e costituisce l'oggetto di questa parte dell'indagine, che lo Stato ha creato e crea continuamente enti pubblici operanti nelle forme del diritto privato. Ora questa è una realtà della quale non è possibile non tenere conto. Sarebbe cioè vano invocare contro una serie sistematica di scelte del legislatore — e cioè contro una sua sistematica interpretazione della costituzione — una interpretazione di essa che non tenga conto della sua opera, e quindi della determinazione storica che egli ha fatto dell'art. 97 cost. Si verrebbe a dare una interprestazione della costituzione astorica e quindi per ciò stessa priva di un serio valore. Ma in questo modo l'interprete si trova di fronte ad una gravissima difficoltà. Da un lato è indubbia l'esisteza del problema nel senso che l'interpretazione dell'art. 97 data dal legislatore in relazione al problema che si discute non può non lasciare perplessi. Non sembra cioè possibile che il concetto di pubblica amministrazione di questa norma possa essere delimitato a piacere del legislatore, il quale con qualche mero adattamento formale può ad esso sottrarre o viceversa sottoporre le sue creature. Nè occorre sottolineare la gravità del problema, dato che la costituzione dovrebbe applicarsi in primo luogo proprio al legislatore. Dall'altro lato per altro la vigenza dell'art. 97 nel nostro ordinamento, ovvero la sua operatività, è nel senso che il legislatore possa disporre a suo piacimento del concetto di amministrazione, cioè creando enti pubblici ma in forma privata, secondo le circostanze e le esigenze: o anche più semplicemente entrando, per il tramite di qualche altro ente presistente, in imprese private. Le vicende di un'impresa come la Montecatini-Edison, che ormai si protraggono da anni, insegnano.

In questa situazione il giurista si trova in una vera e propria situazione di impotenza. Egli può e deve rilevare la incongruità di una situazione in cui i precetti della costituzione sono manovrabili pressochè a piacere — e sia pure a piacere del legislatore. Può e deve rilevare che questa manovrabilità è pericolosissima, perchè finisce con essere illusoria: se anche infatti il legislatore ritiene di potersi sottrarre al vincolo dell'art. 97 cost. dando forma giuridica privata (non amministrativa dunque) ad enti costituiti con carattere pubblico ciò non toglie che sia sempre possibile che altri poteri dello Stato — e specialmente quello giudiziario — oppongano alla sua una diversa interpretazione dell'art. 97, e quindi considerino pubblico quello che era stato concepito come privato, con tutte le conseguenze, specialmente penali, che questo comporta (si pensi ai reati di peculato che ne possono nascere ed alla cui denuncia si assiste oggi quasi ogni giorno). Ne può derivare insomma una vera e propria violazione del divieto di retroattività della norma penale, nel senso che attraverso la costituzione *ex post* di un presupposto per l'applicazione dei precetti penali si rendono perseguibili fatti che, nel momento in cui vennero posti in essere, non potevano seriamente venir considerati come reato. Si pensi semplicemente agli usuali doni fatti dalle imprese, pubbliche e private, ai loro fornitori e clienti: se di un'impresa pubblica in forma privata si dovesse dichiarare la natura pubblica, ne seguirebbe pressochè automaticamente che questi donativi usuali costituiscono altrettanti reati di peculato per distrazione. Ora benchè tutto ciò sia grave, quello che può fare il giurista è soltanto richiamare legislatore e magistratura alla massima chiarezza ed oculatezza, per evitare di consentire e di commettere gravi ingiustizie concrete in nome di una astratta giustizia. Il giurista non si può spingere fino

alla soluzione fondamentale — cioè ad affermare che ai sensi dell'articolo 97 cost. non si possono creare enti pubblici che... siano privati, e che come lo Stato non può partecipare ad un ente, senza renderlo pubblico, così viceversa ogni ente, al quale lo Stato partecipi, deve considerarsi pubblico. Come si diceva, questa soluzione, che pure certo è la sola possibile dal punto di vista razionale, è smentita dall'esperienza storica, che vede lo Stato creare enti privati, senza per altro porre il diritto speciale che li governi e quindi dia loro la certezza di cui hanno bisogno.

La conclusione, già evidente, che si deve trarre, è sconfortante. Essa è che se anche una limitazione costituzionale al potere di creare enti pubblici si può ravvisare nell'art. 97 cost. in quanto questo, imponendo alcuni principi alla struttura delle amministrazioni pubbliche, non può consentire allo Stato di sfuggire loro, semplicemente mutando forma e presentandosi come non-pubblica amministrazione, pure si deve riconoscere che per ormai lunga esperienza questo precetto della costituzione è stato sistematicamente violato, così che l'ordinamento italiano mostra una serie di enti pubblici, operanti nelle forme del diritto privato. Di fronte a ciò nulla si può più dire, se non che il potere di fatto dello Stato di creare altri enti di questo genere non conosce limiti; ma che è anche perentoriamente necessario che esso, in questa situazione, provveda a dettare norme di legge, che definitivamente pongano la disciplina civile e penale di questi enti pubblici in forma privata, eliminando così la possibilità che ad es. comportamenti ordinari di un ente privato possano condurre a sanzioni penali, in seguito ad una sopravvenuta diversa interpretazione della natura dell'ente cui lo Stato partecipa.

57. Questo forse troppo lungo *excursus* è così giunto al termine, prospettando la possibilità che lo Stato crei senza limiti nuovi enti pubblici. L'esame è stato concentrato sulla creazione di enti, in forma privata ed operanti nel settore economico, come quello oggi più rilevante; ma l'argomentazione vale a fortiori per enti a struttura più tradizionale o operanti anche in altri campi, ove ancora minori, ancor più generiche sono le disposizioni costituzionali a tutela (dell'attività) dei cittadini. A solo titolo di esempio si pensi alla ricerca scientifica. Certo l'art. 33 cost. dispone che l'arte e la scienza sono libere

e che libero ne è l'insegnamento; che le università ed accademie hanno diritto di darsi ordinamenti autonomi. In linea di fatto però l'onerosità della ricerca scientifica (fisica, chimica, medica, tecnologica in genere) comporta oneri tali che nessun privato è in grado di esercitare da solo la libertà astrattamente attribuitagli. Di qui nasce la possibilità — addirittura necessità — di interventi organizzati dello Stato; con essi si apre però la porta ad un nuovo controllo dello Stato sulla attività dei privati e quindi ad una riduzione di essa — se si svolga all'infuori delle sue organizzazioni — ad un rango puramente marginale.

Si tratta ora, quindi, di interpretare questo fenomeno, così come lo si è venuto identificando: come fuga cioè dello Stato da se stesso con maggiore precisione, secondo la singolare intuizione avuta da uno scrittore, di cui si è detto al principio di questo capitolo, fuga del legislatore dall'esecutivo. In sostanza si può dire che l'esecutivo aveva acquistato troppo potere di fronte al legislativo; ma anche che in questo potere si erano venute determinando involuzioni caratteristiche, che lo portavano, più che all'esercizio di un proprio effettivo potere, in parte all'imposizione quasi di una propria volontà negativa di azione, in parte a subordinare a sè qualsiasi decisione del legislativo. Di qui, non appena se ne diede l'occasione, la creazione di enti, separati dall'amministrazione statale, ma con la precisa funzione di realizzare un'attività finalmente coerente con i desideri del legislatore.

Così posto il problema, l'interpretazione non può dare adito a dubbi. Essa è nel senso che il legislativo ha vinto, se così si può dire, ed ha infranto tanto le regole della divisione dei poteri quanto quelle dello Stato di diritto, spezzando la struttura tradizionale dell'esecutivo. Accanto a questo, infatti, un nuovo esecutivo è stato creato: ma è un esecutivo che non applica il diritto, non vive, autolimitandosi con esso — non è, in una parola, lo Stato, in un momento della sua profonda eticità — ma che, scisso in svariate unità, *legibus solutus,* ha come proprio unico fine l'azione in se stessa. Questa azione è produzione e non governo. Esso non è quindi un potere che, in contrasto con il legislativo, concorra anche con esso a dirigere lo Stato. Non si preoccupa di questo reggimento, chè altri, ben più circoscritti, sono i suoi fini; non è in contrasto con il legislatore, perchè al con-

trario è con esso in pieno e profondo accordo, ed il contrasto se mai nasce proprio con l'esecutivo (come l'esperienza recente, ad es. dell'Enel, dimostra). Non è insomma il potere esecutivo dello Stato, ma, se così si può dire, la *longa manus* del legislativo, la cui volontà di fatto realizza.

È chiaro dunque che cosa bisogna trarne. Questa ricerca si era iniziata con la constatazione che esiste un potere statale, quello denominato «esecutivo», la cui azione non è disciplinata nel suo svolgimento, come viceversa accade con gli altri poteri. Di questo potere si sono analizzati prima gli elementi che lo costituiscono — il fatto stesso di essere una organizzazione; poi, attraverso l'indagine sulla sua disciplina, si sono anche incontrati quelli che, con l'intento di dargli il massimo potere, pongono le premesse per la sua elisione, chiudendolo in una spirale senza via di uscita. Un nuovo potere sta ora, invece, negli enti pubblici, dotati ciascuno di limitata competenza, ma lasciati anche alla disciplina più ferrea che ci sia, che affanna e che consola, che controlla il potere e lo esalta in quanto gli consente di svilupparsi secondo le proprie profonde capacità, quella cioè del mondo nel quale l'azione si deve svolgere. È economica l'azione, è economica la disciplina, è economico il potere: questo non rileva, è solo un particolare di oggi, dell'odierna struttura dei fini dello Stato. Nella sostanza è potere. Questo ha un solo significato. Esso è che l'asse lungo il quale il potere statale si svolge si è spostato. Esso non corre più, come un tempo, tra parlamento ed esecutivo, nel senso dello Stato di diritto (in cui il Parlamento poneva la legge da osservare) o della divisione dei poteri (in cui si bilanciavano reciprocamente); al contrario, si è venuto concentrando nelle mani del potere legislativo, il quale lo esercita come chiunque detenga un potere senza controlli, freni e limiti. Così la fuga dell'esecutivo è divenuta fuga dai limiti che esso impone, dall'equilibrio che crea, dall'ordine di cui paradossalmente pone la necessità. Con nuovo volto nella vita dello Stato è riapparsa l'antichissima *legibus soluta potestas*, che trova ragione e giustificazione in se stessa e null'altro conosce all'infuori delle segrete forze che la muovono. Ma essa ha una nuova forza, sconosciuta prima: in qualunque momento del proprio volere può creare lo «strumento cieco» che lo realizza, un nuovo ente pubblico.

L'ulteriore svolgimento di questo lavoro dovrà approfondire il tema dell'accentramento del potere statale in capo al legislativo, indagando i modi in cui questo avviene, con sempre maggiore frequenza. Questo consentirà di tornare, con più ampia visuale, sul problema dell'esecutivo, del suo potere, di come garantirlo e disciplinarlo. *Ita res accedent lumina rebus.*

BE001077480
1077480