

K
pu.
cor
si
di
dif
tra
tor
cut
col
vol
gett
in
la
ing

ric
gra
e n
sull
di
zion
tive
dal
che
mu
sen
tut
gile
teon
di

F
di di
Cont
nelle
1940
dove
C
(191
Volk
West
Staat
ques
Colla
and
and

IV
LA DOTTRINA DEI TRE POTERI
O FUNZIONI DELLO STATO

PREMESSA

Nell'esposizione che segue, si parte dal presupposto che lo stato è un ordinamento ideale della condotta umana, un ordinamento coercitivo, ed è quindi ordinamento giuridico. Esso, di conseguenza, è da considerare un sistema di norme e non già — come generalmente si assume — una realtà naturale, determinata dalla legge di causalità.

Viene accolto, così, il concetto di stato proprio di Kant. La nota definizione kantiana dello stato come *riunione di una molteplicità d'individui sotto leggi giuridiche* esprime sostanzialmente la stessa cosa. Se infatti si astrae dall'elemento spaziale contenuto nell'immagine di uomini che stanno sotto norme giuridiche, la definizione si riferisce alla condotta di una pluralità d'individui imposta mediante norme giuridiche, cioè come contenuto delle medesime. Lo stato appare quindi come un legame costituito essenzialmente da norme giuridiche; e ciò è in pieno accordo col fatto che Kant qualifica ripetutamente la situazione dello stato come situazione giuridica. Né si può dubitare che l'unità dello stato abbia, secondo Kant, solo un carattere ideale, poiché quand'egli concepisce questa unità come unità del volere e pone a fondamento dello stato una *volontà collettiva* o *volontà generale*, è ben lontano dal cercare una qualsivoglia realtà psicologica. Questo volere (*Wollen*) è da lui senza dubbio inteso come un dover essere (*Sollen*), giacché a proposito di questa *volontà unificata* egli dice espressamente che è *solo l'idea di un atteggiarsi esteriore dell'arbitrio degli esseri razionali nei loro rapporti reciproci, che non è un fatto ma soltanto una norma*. Che questa norma possa essere solo il diritto, è cosa che s'intende da sé.

Kant, in verità, non ha tenuto fermo questo concetto dello

stato come unificazione giuridica o ordinamento giuridico e nella sua dottrina dello stato non ha tratto tutte le conseguenze che da tale concetto derivano. Questo, in particolare, è il caso della teoria dei tre poteri dello stato, che in Kant diventano, com'è noto, tre *persone morali* fra loro diverse, ciò che difficilmente si può conciliare con l'unità di validità dell'ordinamento statale del dover essere. Per *potere* (*Gewalt*) dello stato, in quanto quest'ultimo venga concepito come ordinamento del dover essere, si può intendere solo la validità di tale ordinamento e non già una qualunque forza fisiopsichica. Nell'esposizione che faremo saranno indicate le conseguenze che da ciò derivano per la dottrina dei tre poteri dello stato.

1. UNITÀ DEL POTERE STATALE E PLURALITÀ DEI POTERI O FUNZIONI DELLO STATO

A) La dottrina dei tre poteri del potere statale unitario.

Poiché il significato reale di ciò che viene comunemente indicato come potere statale è la validità di un ordinamento giuridico e quindi, implicitamente, l'unità di questa validità, mentre l'idea di una suddivisione di tale validità è una non-idea, l'unità e indivisibilità del potere statale possono anche essere presentate come conseguenze del suo concetto. Se però il significato del concetto di potere statale si trasforma in qualcosa di sostanziale — come avviene di solito nelle trattazioni della dottrina dello stato tradizionale —, la dottrina dell'indivisibilità del potere statale perde necessariamente il carattere di verità teoretica deducibile dal concetto. La sostanza è certamente divisibile. Il principio dell'indivisibilità del potere statale assume allora il significato di un postulato politico, che serve per non minuire la forza effettiva dello stato, possibilmente per accrescerla, per mantenere — direi quasi *salva rei substantia* — lo stato. Dato questo presupposto, indicato come una verità di natura, la dottrina dell'indivisibilità dello stato è certamente un inganno.

La contraddizione tra il presupposto offerto da un concetto di stato snaturato e l'indivisibilità come presunta conseguenza appare chiaramente nel fatto che, nonostante l'assicurazione dell'unità e indivisibilità del potere statale, vengono tuttavia distinti più poteri dello stato. E questa distinzione si presenta in un rapporto affatto essenziale per il suo significato con la dottrina della separazione dei poteri, vale a dire con la ripartizione dell'esercizio di questi poteri fra vari organi, con l'isolamento tecnico-organizzativo di tali poteri. Il potere statale unitario e indivisibile viene rappresentato come composto da tre poteri fra loro perfettamente coordinati sul piano concettuale e perciò anche isolabili sul piano organizzativo: il potere legislativo, il potere giudiziario e il potere esecutivo. In qual modo propriamente questa triade costituisca una unità, rimane oscuro. Ora, non c'è alcuna sostanziale differenza se, per mantenere l'unità del potere statale, quanto meno sul terreno terminologico, invece di parlare di poteri si parla di funzioni dello stato e quindi di legislazione, giurisdizione ed esecuzione, fintantoché non venga abbandonata l'idea di una irrelata giustapposizione di queste tre funzioni e al posto della mera affermazione della loro unità, incompatibile con quell'idea, non subentri la chiara ed energica definizione del principio unitario che ne è alla base.

B) L'articolazione logica delle funzioni statali: in particolare, i tentativi più antichi.

Non si può dire che questo principio unitario sia rimasto finora del tutto sconosciuto. Da tempo immemorabile, da quando si è cercato di dare un ordine all'attività dello stato e alle molteplici manifestazioni del diritto, esso si è fatto valere nella tendenza sempre ricorrente a stabilire una qualche gerarchia nei poteri, nelle funzioni, nei diritti o nella sequela di atti statali diversamente indicata. Solo che, per l'appunto, non si è avuta la coscienza dell'importanza propriamente logico-giuridica del problema che stava sul tappeto, la

cui soluzione pertanto è stata sempre confusa e oscura. Come accade molto spesso in questo campo, lo sforzo conosciuto si è mescolato in modo non chiaro con l'intento politico di ottenere o conservare a chi storicamente si trovava ad esercitare certi *poteri*, ai titolari di certe *funzioni*, ai soggetti di certi *diritti*, una posizione di particolare privilegio. E l'idea di riconoscere ai loro atti il rango derivante dall'essenza del diritto viene contaminata dal desiderio di porre teoricamente in prima linea taluni atti che appaiono particolarmente importanti dal punto di vista di determinati interessi, in quanto la partecipazione ad essi sta al centro della lotta politica. Ma è soprattutto comprensibile come la concezione dell'essenza dello stato e delle funzioni che ne discendono per necessità concettuale sia determinata, in misura maggiore o minore, dal tipo di organizzazione che si trovano ad avere quello stato o gli stati di quell'epoca alla quale appartiene chi la espone. Se al posto di una struttura del processo giuridico conforme alla sua essenza concettuale viene sospinta la manifestazione esteriore, più o meno tipica, del medesimo, e se invece di un esame dell'essenza giuridica si fornisce la mera descrizione degli organi esteriori che pongono in atto il processo giuridico, ciò non significa che manca ogni conoscenza dell'essenza: anche nell'organizzazione esteriore, nell'assetto degli organi dello stato, si esprime infatti, in una certa misura, la struttura essenziale del processo giuridico. Se questo però dev'essere conosciuto nella sua interezza, lo sguardo non può restare fermo sul profilo contentutistico dell'apparato organizzativo.

Per questa ragione, qualunque tentativo che si risolve in una ripartizione del possibile contenuto dell'ordinamento o — che è lo stesso — dei possibili fini dello stato non può condurre ad una strutturazione logica delle funzioni o poteri statali. È tipica a questo riguardo la dottrina delle cinque direzioni o campi dell'attività statale, sostenuta dalla vecchia teoria dello stato: affari esteri, amministrazione interna o politica, finanze, amministrazione camerale, giustizia e affari di guerra; dove finanze e giustizia erano concepite come settori

speciali dell'amministrazione interna in senso lato e gli affari di guerra come funzione particolare accanto agli esteri e agli interni. Ora, non ha molta importanza il fatto che questi diversi contenuti venissero denominati *sovranità*, *poteri di governo*, *poteri sovrani*, *regalie* etc. Costituisce invece un decisivo passo in avanti la tripartizione adottata dalla moderna teoria dello stato, che spesso si collega con antichi tentativi; e ciò proprio perché qui, nella opposizione tra legislazione da un lato e giurisdizione e amministrazione dall'altro, viene in primo piano la differenza, effettivamente decisiva per il problema in questione, tra il generale e l'individuale, l'astratto e il concreto.

2. LEGISLAZIONE E GIURISDIZIONE COME CREAZIONE E APPLICAZIONE DEL DIRITTO

A) "Legis latio" e "legis executio".

L'essenza della legislazione viene, in linea assolutamente generale, colta nel fatto che in questa sua funzione lo stato pone regole generali ed astratte, mentre nella giurisdizione e nell'amministrazione svolge un'attività individualizzata, assolve immediatamente compiti concreti. Il concetto di legislazione viene così identificato con quello di produzione, creazione, posizione del diritto. Sicché l'attività individualizzata dello stato, in quanto naturalmente venga intesa come atto giuridico, è definita come semplice applicazione del diritto o tutela giuridica e quindi subito contrapposta, nella sostanza, alla creazione o posizione del diritto. Quest'ultima definizione — come già mostra la stessa terminologia — è poi propriamente riferita solo alla cosiddetta giurisdizione o potere giudiziario. La funzione indicata come amministrazione o potere esecutivo non è — più o meno coerentemente — concepita né come posizione né come applicazione del diritto ma come attività sostanzialmente diversa dalla funzione giuridica dello stato, volta al perseguimento di fini non giuridici ma politici o

di progresso civile, ed è conseguentemente definita, in rapporto al diritto, in modo negativo, cioè come quell'attività statale che residua togliendo la legislazione, vale a dire la posizione del diritto, e la giurisdizione. Mentre quindi, secondo la corrente esposizione delle funzioni statali, tra il potere legislativo in quanto posizione del diritto e il potere giudiziario in quanto applicazione del diritto o tutela giuridica dev'essere senz'altro affermata una relazione giuridica positiva, la subordinazione logica che cerca di esprimersi tra legislazione come funzione generale e amministrazione come funzione individuale, al pari della giurisdizione, viene eliminata nella stessa misura in cui l'opposizione di fini statali giuridici e fini di potere o di progresso civile, in tutto fondata sul contenuto dell'ordinamento giuridico, si fa valere nel concetto di amministrazione, e si vuole intendere quest'ultima non già come funzione giuridica ma come attività sostanzialmente diversa. Viene così nuovamente abbandonata, sul piano teorico, l'idea-guida che sola può costituire la spina dorsale della teoria delle funzioni e che, continuamente soffocata, continuamente riemergere: la distinzione tra *legis latio* e *legis executio*.

Allo scopo di trarre da questa antichissima distinzione il nocciolo esatto, è necessario eliminare anzitutto due errori che come gusci lo celano. In primo luogo, il concetto di *posizione del diritto* (*Rechtssetzung*), da esprimere col termine legislazione (*Gesetzgebung*), *legis latio*, non può essere identificato con l'attività di determinati organi, storicamente individuati, funzionanti secondo il principio della divisione del lavoro e quindi il concetto di diritto non può essere identificato con quello di *legge*. Si deve poi intendere l'opposizione di legislazione e giurisdizione, cioè di posizione e di applicazione del diritto, in senso non assoluto ma relativo.

B) Il concetto di legge: la norma generale (astratta).

Il termine *legislazione* (*Gesetzgebung*), che nella dottrina dei poteri dello stato, al pari di produzione e di creazione del

diritto, serve per esprimere la posizione di norme giuridiche, indica propriamente solo un caso particolare di posizione del diritto, al modo stesso che *legge* (*Gesetz*), nel suo significato tecnico, si riferisce solo ad un caso particolare, ad una forma specifica di *diritto*. Si chiama *legislazione* l'attività di determinati organi, che agiscono secondo il principio della divisione del lavoro, deliberatamente rivolta a porre il diritto. Si ridurrebbe certamente troppo la portata che il concetto di legislazione assume nella dottrina dei poteri tradizionale se vi si volesse comprendere solo l'attività di posizione del diritto propria degli organi costituiti in forme democratiche, per esempio della sola assemblea o rappresentanza popolare, e non anche quella dell'autocrate. Anche il monarca assoluto, infatti, emana *leggi* e anche la sua *legislazione* può essere distinta dall'applicazione delle leggi fatta da lui o dai suoi organi. C'è tuttavia in campo pure la tendenza a questo restringimento del concetto di legislazione, chiaramente ispirato da motivi giusnaturalistici.

È comprensibile che, quando la legislazione e la giurisdizione come funzioni di organi si riuniscono, almeno potenzialmente, in una sola mano, ci si renda meno conto della differenza teorica che sta nel loro contrasto; ed è perciò molto significativo che la teoria della funzione statale sostenuta nell'epoca della monarchia assoluta, del cosiddetto stato di polizia, non annoveri affatto, fra i cinque poteri sovrani sopra ricordati, la legislazione come potere speciale o regalia. Si deve invece ammettere che nel concetto di legislazione della dottrina dei poteri per *legge* sia da intendere solo la norma generale. Sebbene ciò che viene qualificato *generale* o *astratto* sia la funzione dello stato e quindi lo stesso atto, tuttavia — poiché gli atti di legislazione come tali possono essere solo concreti e individuali — solo il prodotto di quest'atto può avere un significato generale o individuale, astratto o concreto. Usando il termine *legge* si pensa, per l'appunto, esclusivamente o principalmente a norme generali o astratte. E se s'identifica senz'altro la legislazione con la creazione del diritto, ciò accade perché si concepisce senz'altro il diritto come

Kelsen
pura », concede
si dà c
di sé,
diffond
tra le
tore gl
cument
col pa
vole sc
getto d
in que
la diffi
ingegn
Mo
ricono
grandi
e non
e sulla c
di seg
Br
zione
tivo p
dal ri
che le
mutua
sen si
tutto
gile e
teoric
di ori
Har
di dirit
Contra
nelle u
1940) e
dove i
Opr
(1911);
Völker
Weisen
Staats)
questo
Collan
and N
and S

una somma di norme generali, lo si immagina solo in forma generale, astratta. Mostreremo subito, però, come questo concetto di diritto sia chiaramente troppo angusto e come possa quindi portare a insolubili contraddizioni.

C) *Statuizione e creazione consuetudinaria del diritto.*

Dev'essere però ancora soprattutto precisato che il concetto di produzione o di posizione del diritto espresso col termine *legislazione* è troppo angusto anche per il fatto che la produzione del diritto — sia pure nel senso di *posizione* di norme generali — è possibile non solo come consapevole *statuizione* del diritto (*Rechtssatzung*) da parte di organi particolari ma anche nella forma di uso abituale di tutti i consociati. Anche il cosiddetto diritto consuetudinario viene posto, è positivo, è il risultato di una produzione, di una creazione, anche se non di una *statuizione*. Solo che neppure questo genere di produzione di norme generali — un genere estremamente democratico — colpisce troppo la coscienza teorico-giuridica e quindi il contrasto tra la posizione di norme generali e la cosiddetta applicazione del diritto, la giurisdizione, sfugge alla conoscenza giuridica. Il contrasto tuttavia c'è e non può non esserci anche qui, sol che si riconosca che ciò che la teoria dei poteri chiama applicazione del diritto, giurisdizione, e contrappone alla posizione o creazione del diritto, altro non è che la posizione di norme individuali, concrete; sicché la differenza che conta è quella tra posizione di norme generali e posizione di norme individuali.

D) *Diritto individuale.*

Questa distinzione è essenziale sul piano dei concetti e indipendente da qualunque soluzione di diritto positivo. Anche quando sembra che siano emanati solo atti giuridici individuali — quando, per esempio, un capo, agendo come monarca assoluto e giudice esclusivo, punisce i malfattori solo nei casi in cui gli aggrada e toglie con la forza i beni ai debitori per

darli ai creditori senza aver prima posto norme generali di diritto penale o civile, o addirittura senza che norme di tal genere siano state positivamente introdotte anche per altra via, in particolare prodotte per via consuetudinaria — anche allora, per poter concepire questi atti coercitivi del capo come atti giuridici, atti della comunità, atti dello stato, e l'individuo che li pone in essere come *capo*, cioè come organo della comunità, è necessaria una norma, anche se non propriamente posta o statuita, però in ogni caso *presupposta*, che costituisca quest'individuo come autorità giuridica, che stabilisca che, sempre nelle condizioni stabilite caso per caso a piacimento di quest'uomo — qualificato quindi subito come capo — sia posto in essere un atto coercitivo che spetta sempre allo stesso individuo di stabilire a piacimento caso per caso.

Questa norma è per sua natura generale ed astratta. E senza questa *legge* fondamentale (*Grund-Gesetz*) che viene applicata agli atti giuridici individuali del capo, questi ultimi come tali, cioè come atti giuridici individuali, non sono possibili. Il caso in cui l'unica norma generale è costituita da questa ipotetica norma presupposta è tuttavia solo un caso-limite teorico.

E) *L'individuazione (concretizzazione) della norma generale (astratta) (1).*

Con l'uso giuridico individuale si formano sempre norme giuridiche positive generali, sia pure per via di consuetudine. In tali norme ad una fattispecie astrattamente determinata viene collegata una conseguenza giuridica ugualmente determinata in astratto. La norma generale, però, tanto se prodotta in modo consuetudinario quanto se statuita da organi parti-

(1) La teoria della produzione graduale del diritto, qui di seguito esposta, si basa sulla dottrina della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico, che Adolf Merkel ha per primo sistematicamente sviluppato. Cfr. il suo scritto *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, Hannover, 1917, e il suo volume *Die Lehre von der Rechtskraft* (Weiner staatsw. Studien, XV Bd., 2 Hef.), 1923.

colari, preposti alla creazione di norme generali, e chiamata *legge*, ha bisogno, per avere un senso, di essere individualizzata. Si deve stabilire se esiste *in concreto* la fattispecie che la norma generale ha definito *in abstracto* e per questo caso si deve porre in essere, cioè prima ordinare e poi realizzare, un atto coercitivo ugualmente previsto dalla norma generale *in abstracto*. La sentenza del giudice, l'atto in cui si esprime il potere giudiziario, viene chiamata giurisdizione (*Rechtsprechung*), pronuncia (*Rechtspruch*), come se, per così dire, fosse solo dichiarativamente pronunciato ciò che già — nella norma generale — è diritto. Questa è però una terminologia che nasconde il pieno significato della cosiddetta pronuncia e quindi del giudice — forse non senza una inconscia intenzione. Che infatti vi sia una fattispecie concreta da collegare con la sanzione e che essa venga collegata con una sanzione concreta, è un rapporto interamente creato dalla sentenza. Se la legge dispone che ogni qualvolta viene commesso un furto dev'essere inflitta al ladro la reclusione da sei mesi a due anni, la sentenza stabilisce che A ha rubato e dev'essere punito con la reclusione di un anno (a partire da un certo momento): senza questa sentenza il diritto astratto non potrebbe assumere forma concreta. La sentenza che dichiara esistente nel caso concreto la fattispecie che la legge definisce solo in termini generali e pronuncia la sanzione concreta che la legge prevede solo in generale, altro quindi non è che una norma giuridica individuale, l'individualizzazione o concretizzazione della norma giuridica generale o astratta. (La sentenza giudiziaria non è certamente l'unico mezzo di concretizzazione del diritto. Anche il negozio giuridico è un mezzo analogo; questo problema appartiene però ad un altro contesto).

F) *Legislazione e giurisdizione: due gradi del processo di produzione del diritto.*

L'atto giurisdizionale è pertanto posizione, creazione, produzione del diritto al pari dell'atto legislativo ed entrambi

sono soltanto due gradi del processo di produzione del diritto; la cui unità deriva dalla necessaria subordinazione del grado più basso al grado più alto, sicché la norma del grado più alto, cioè la norma generale, astratta, determina in misura maggiore o minore il contenuto della norma del grado più basso, cioè della norma più individuale, più concreta. Tutto il processo di produzione del diritto si manifesta come una serie di individualizzazioni e concretizzazioni che aumentano gradualmente. Il diritto non è dato affatto, come di solito si assume, solo in forma di legge, solo a livello di norme generali. La *legge* non è né l'unico e neppure il più alto grado dell'ordinamento giuridico, com'è stato appena affermato da una nuova e assai meritoria teoria. Come la giurisdizione — che la dottrina tradizionale ha contrapposto in linea assoluta, in quanto applicazione, alla legislazione in quanto creazione del diritto — è anch'essa creazione, così la legislazione è anch'essa applicazione. La sentenza giudiziaria è applicazione in quanto la si ponga in rapporto col più alto grado della legge, dalla quale è giuridicamente determinata; è creazione del diritto, normazione giuridica, in quanto la si ponga in rapporto con quegli atti giuridici che devono essere compiuti *sulla base* di essa, per esempio gli atti esecutivi, o in quanto si abbia riguardo alle parti alle quali essa impone obblighi concreti. Analogamente la legge, che rispetto alla sentenza è creazione, è applicazione del diritto rispetto ad un grado più alto dalle cui norme viene determinata.

G) *Il grado della costituzione.*

Per individuare questo grado più alto bisogna tener presente che il diritto ha la caratteristica di disciplinare la propria produzione e che pertanto il modo di legiferare, il procedimento di produzione di norme generali, possono essere a loro volta determinati da norme generali positive. Queste norme vengono denominate norme costituzionali e la *costituzione* (*Verfassung*), rispetto alla legge, è un grado più alto. La costi-

zione viene *applicata* nella legge in quanto il procedimento legislativo è determinato dalle disposizioni costituzionali come la sentenza giudiziaria è determinata dalla legge che essa deve applicare. A questo proposito, non è possibile scorgere una differenza sostanziale nel fatto che la sentenza è determinata da leggi processuali formali da un lato e da leggi civili e penali sostanziali dall'altro, non solo quindi per ciò che riguarda la procedura che ad essa conduce ma anche per ciò che riguarda il suo contenuto, mentre la legge non è determinata dalla costituzione nel contenuto ma solo nel procedimento. Da una parte, infatti, neppure il contenuto della sentenza è mai completamente determinato — e, per motivi che spiegheremo più avanti, mai completamente determinabile — dalla legge sostanziale; dall'altra, anche il contenuto della legge può essere determinato dalla costituzione, vale a dire da un'altra legge. La costituzione vieta quindi taluni contenuti e altri ne prescrive, sicché la legge può apparire attuazione della costituzione come la sentenza attuazione della legge.

H) *Giurisdizione e tutela giuridica.*

Un'idea oltremodo confusa del rapporto tra legislazione e giurisdizione sta nella qualificazione, così frequente, di quest'ultima, come *tutela giuridica* (*Rechtsschutz*). Orbene, è il diritto che viene tutelato — e da chi? forse dallo stato? — o è il diritto che tutela esso stesso qualcos'altro, per esempio degli interessi? In un certo senso, è possibile affermare l'una e l'altra cosa, senza con ciò qualificare specificamente la pronuncia del giudice rispetto alla legge, giacché anche nella legge il diritto viene tutelato e tutela. Se la sentenza del giudice — del resto, da un punto di vista affatto soggettivo — viene intesa come *tutela* d'interessi individuali, ciò vale anche, anzi soprattutto, per la legge, le cui norme generali devono prima tutelare gli interessi astrattamente affinché il tribunale li possa poi tutelare in concreto. La legge è *diritto*, *tutela giuridica* non diversamente dalla sentenza; si tratta di due fasi della tutela giuri-

dica d'interessi. Che la sentenza giudiziaria sia soggettivamente più vicina alla parte e venga quindi più facilmente considerata come *tutela*, è reso certamente comprensibile da una ingenua concettualogia che si ferma alla superficie. D'altra parte, si ripete che ciò che viene tutelato con la sentenza è il *diritto* e si vede così nel tribunale lo *stato*, che sta *dietro* il *diritto* — identificato con la *legge* — e tutela questo diritto col suo potere coercitivo, imponendolo e attuandolo contro la volontà dei riotosi. Ma non è pure lo *stato* che — come emana la sentenza — *pone* la norma generale della legge? Non è, in entrambi i casi, un organo stabilito dal diritto che ora statuisce la norma generale ora la norma individuale? Non si tratta quindi di stadi diversi di un solo, autonomo processo? Nella sentenza, lo stato non *tutela* il diritto in un senso diverso da quello in cui lo *pone* nella legge. Che il diritto viene tutelato nella sentenza altro non significa se non che la norma generale della legge è logicamente contenuta nella norma individuale della sentenza, che la sentenza è conforme alla legge, che è proprio lo stesso diritto, la cui produzione, iniziata nella costituzione, divenuta processo del tutto cosciente e scoperto nella legge, dove il suo contenuto è fissato con la massima forza, viene continuata, concretizzata, individualizzata nella sentenza.

3. LEGGE E REGOLAMENTO

A) *La legge in senso formale.*

Poiché il contrasto tra individuale e generale, concreto e astratto, non è assoluto ma relativo e poiché il modo d'individualizzazione e di concretizzazione può avere quanti gradi si voglia, anche l'articolazione positiva del processo di produzione del diritto — e, sotto questo profilo, l'intero ordinamento giuridico è solo un processo di produzione del diritto — può avere qualsiasi numero di gradi. Anche se, a termini delle disposizioni costituzionali, un unico organo è fondamentalmente chiamato a porre norme generali ed è, come tale, il *legislatore* in

sensu formale, esso è per lo più anche autorizzato a trasferire, entro certi limiti, ad altri organi la facoltà di emanare norme generali. Così, in tutti gli stati moderni, autorità che non sono considerate organi *legislativi* possono emanare *regolamenti* (*Verordnungen*) in base alla legge, porre cioè norme generali nelle quali le leggi vengono attuate, applicate in modo più particolare. In quanto norme generali, anzi semplicemente in quanto norme, anche i *regolamenti* sono leggi in senso materiale. Di legge in senso formale si parla solo a proposito delle norme che vengono poste dall'organo immediatamente stabilito dalla costituzione e quindi dall'organo di grado relativamente più alto, cioè delle norme generali del grado della normazione. In quanto però l'organo indicato come *legislatore* può porre anche norme diverse dalle norme generali, per esempio norme individuali, il concetto tradizionale di *legge in senso formale* abbraccia anche questi atti. È quindi opportuno parlare di *forma di legge* e ricomprendervi qualunque atto del legislatore senza riguardo al suo contenuto. Il concetto di legge è così determinato una volta attraverso il concetto dell'atto — la norma generale — e un'altra volta attraverso l'organo che lo pone in essere.

B) Il concetto di regolamento.

È questo vale anche per il concetto di regolamento. Se, da un lato, per regolamento è da intendere la norma generale non posta dall'organo legislativo, dall'altro — secondo l'uso linguistico generale — non ogni norma generale di questo tipo viene qualificata regolamento. Si richiede anche qui — e ciò costituisce il concetto di regolamento in senso formale — che la norma generale sia emanata da un organo precisamente qualificato. E a questo proposito va cercata una certa linea di demarcazione, anche se molto relativa e mobile. Quando la legge, la norma generale, stabilisce che, qualora intervenga un accordo tra soggetti *privati*, le parti si devono comportare in conformità dell'accordo e che, in caso contrario, si procede all'esecu-

zione nei riguardi della parte inadempiente su domanda dell'altra, anche questa è solo una delega a porre diritto fatta alle parti. La norma di diritto contrattuale, che rappresenta solo un modulo in bianco, viene attuata dalle parti stipulanti — dal solo punto di vista della fattispecie in questione, è vero, — così specificamente come la legge viene attuata dal regolamento; il processo di produzione del diritto viene continuato dalle parti private. Rispetto alla norma di diritto contrattuale contenuta nella legge, il negozio giuridico è applicazione del diritto; nei riguardi però delle parti, anzi nei riguardi dei tribunali chiamati a decidere in caso di controversia, esso è produzione di norme. La fattispecie del negozio giuridico riempie infatti la norma di diritto contrattuale nel caso concreto con un contenuto concreto. Senza questa fattispecie, neppure i tribunali potrebbero applicare quella norma. Il negozio giuridico può porre norme individuali ma può anche porre norme generali, a seconda che venga convenuto un comportamento che si esaurisce in una sola volta o un comportamento che si ripete, che ricorre in presenza di determinate condizioni. La mente corre ai contratti di società, ai contratti di lavoro collettivo, alle tariffe ferroviarie e simili. Si tratta di norme generali, che obbligano le parti. Il fatto che il loro contenuto sia determinato dagli stessi obbligati, è un modo democratico di produrre che non può togliere loro il carattere di norma; tanto più che in molte di queste forme intermedie — per esempio statuti, tariffe — l'assenso di coloro che sono sottoposti alla norma è solo una finzione. La differenza rispetto al regolamento emanato unilateralmente, autocraticamente da un'autorità, è assai poca; e così pure rispetto al regolamento emanato da un organo costituito democraticamente. Se si vuole cogliere la differenza tra il regolamento e il negozio giuridico generale nel fatto che quello proviene da un organo statale — nominato in forma autocratica o democratica — e questo invece da parti private, è facile mostrare che il concetto di organo dello stato non consente una delimitazione così netta rispetto al concetto di parte e di soggetto privato, come si è soliti ritenere.

4. L'AMMINISTRAZIONE

A) Amministrazione e diritto.

Dopo quanto abbiamo detto fin qui, si comprende da sé che anche la funzione statale qualificata come amministrazione può essere concepita solo come individualizzazione o concretizzazione di leggi e che non si può ammettere una distinzione essenziale tra essa e la cosiddetta giurisdizione nei riguardi della legislazione e neppure ammettere una sua differenza di sostanza rispetto a quest'ultima. Quando la dottrina dominante, in parte in contraddizione aperta con i propri presupposti, cerca di scoprirvi una così fondamentale antinomia, vi riesce — in apparenza — solo in quanto fonda il concetto di amministrazione sull'oggetto o fine dello stato, mentre fonda le due altre funzioni o poteri sulla forma dello stato, cioè sul diritto. L'amministrazione viene intesa come perseguimento dei fini e dei compiti dello stato, e più in particolare come attività statale rivolta al perseguimento di fini politici e di progresso civile. La connessione di questa funzione col diritto, che non si lascia certamente eliminare, viene sospinta nell'ombra, mentre viene spesso sottolineato che l'amministrazione è una *libera attività* dello stato e s'ingenera l'idea che lo stato amministratore possa propriamente concepirsi svincolato dal diritto, che l'amministrazione non abbia, nella sua essenza, nulla a che fare col diritto, anche se il diritto si riferisce in qualche modo all'amministrazione. Ora, che anche l'amministrazione, al pari di qualunque attività dello stato, possa entrare in scena solo come contenuto di norme giuridiche, di atti giuridici, che fini politici e di progresso e fini giuridici non si escludano a vicenda ma il diritto sia proprio la forma specifica o il mezzo specifico del progresso politico e civile; e che, dal punto di vista dei fini, anche la cosiddetta funzione giuridica dello stato — legislazione e giurisdizione — serva a fini politici e civili, sia funzione orientata all'affermazione politica e al pro-

gresso civile, tutto ciò — se si concepisce lo stato come ordinamento giuridico — si comprende da sé.

B) La legge e il regolamento come fondamenti dell'amministrazione.

Sul piano tecnico-giuridico, lo stato amministra rendendo obbligatorio con la legge o con il regolamento un determinato comportamento degli individui e stabilendo una pena o l'esecuzione forzata per il comportamento opposto: disposizioni di politica sociale, di diritto industriale, di polizia sanitaria, ecc. Se il comportamento degli individui che evita la coazione è lo scopo delle norme di diritto amministrativo — come lo è delle norme di diritto civile e penale — allora lo scopo amministrativo — proprio come lo scopo giuridico — viene perseguito attraverso gli atti dell'amministrazione solo in modo indiretto, mediato. Si tratta fondamentalmente dello stesso fenomeno che si verifica in quell'attività che viene contrapposta all'amministrazione in quanto *giurisdizione*. Legge e regolamento stanno alla base tanto della giurisdizione quanto dell'amministrazione, anche se — stranamente — la legislazione viene concepita come funzione giuridica e il potere regolamentare invece come appartenente all'amministrazione. E si fa pure distinzione tra leggi amministrative (*Verwaltungs-gesetze*) e leggi giudiziarie (*Justizgesetze*), destinate cioè ad essere applicate dai tribunali. E sebbene il potere regolamentare come tale venga riferito al potere esecutivo, si distingue ancora tra regolamenti giuridici (*Rechtsverordnungen*) e regolamenti amministrativi (*Verwaltungsverordnungen*), intendendo questi ultimi come quelli che obbligano solo gli organi dello stato e non anche i cittadini, come fanno i regolamenti giuridici. Ora, sul fatto che i regolamenti vengano distinti da questo punto di vista non c'è nulla da obiettare. È invece da escludere che solo i primi possano valere come norme giuridiche e non anche i regolamenti amministrativi. Dal momento che obbligano giuridicamente gli organi dello stato,

ponendo a loro carico doveri giuridici — e quali altre norme o doveri potrebbero esserci nel diritto amministrativo? —, anche i cosiddetti regolamenti amministrativi devono essere considerati regolamenti giuridici. Non c'è bisogno di confutare qui tutta questa strana teoria dei regolamenti amministrativi che sarebbero carenti del carattere giuridico, la quale procede dall'idea che queste norme restano nell'ambito dell'apparato statale, non si pretendono al di là dello *stato*, sicché essendo *solo* stato, non sono diritto! (come se l'apparato *statale* fosse cosa diversa da un sistema di norme giuridiche!). Essa è solo da considerare un sintomo della tendenza, propria della dottrina dominante, a collocare l'amministrazione — trattata del tutto ingenuamente come diritto amministrativo — al di fuori dell'ambito del diritto.

C) *Amministrazione come giurisdizione (amministrazione statale indiretta).*

Le leggi e i regolamenti che, secondo il loro contenuto, sono tradizionalmente denominati disposizioni *amministrative* — come le leggi industriali, sanitarie, scolastiche, ecc. — vengono applicate *in concreto* esattamente come le cosiddette leggi giudiziarie: un'autorità accerta la fattispecie posta dalla norma generale come condizione dell'atto coercitivo e infligge la sanzione, la cosiddetta coazione amministrativa, cioè una pena pecuniaria o restrittiva della libertà personale, l'esecuzione. Ora, è tanto legittimo qualificare l'atto amministrativo come accertamento di un diritto contestato o incerto quanto lo è per la sentenza giudiziaria. Esso è giurisdizione e posizione di norme individuali, nello stesso senso di questa. La differenza rispetto alla giurisdizione è quasi esclusivamente tecnico-organizzativa e riguarda la posizione dell'autorità che applica la coazione e che in un caso è un tribunale indipendente e nell'altro un'autorità amministrativa dipendente. I tribunali non sono legati alle direttive di organi sovraordinati, ma devono applicare le norme giuridiche che vengono al loro esame secondo il loro

convincimento. Le autorità amministrative, invece, sono di regola vincolate dalle direttive di organi superiori. Da ciò deriva che il procedimento dei tribunali è regolato dalle leggi fin nei dettagli, e si svolge per lo più in forma pubblica e per gradi, mentre ciò non accadeva in origine per il procedimento amministrativo; nei moderni stati civili, però, questo viene sempre più avvicinato al primo, sicché anche la differenza tecnico-organizzativa diviene sempre minore. Ma su ciò dovremo tornare più avanti.

La separazione tra autorità giudiziaria e autorità amministrativa si spiega in primo luogo sul terreno storico. Fra i vari motivi che in tutti gli stati moderni hanno condotto a questo sviluppo c'è stato, fra l'altro, probabilmente, anche il fatto che in quelle materie la cui concretizzazione giuridica è stata affidata ai tribunali l'interesse dei sudditi era più forte di quello dei principi assoluti. Si tratta di ciò che viene chiamato diritto penale e civile, cioè della tutela della vita, dell'onore e della proprietà privata. Per il resto, il confine tra questioni giudiziarie e questioni amministrative è più o meno un arbitrio storico. Per ciò che riguarda specificamente la separazione tra questioni giudiziarie e questioni amministrative penali, queste ultime sono delitti insignificanti e quindi non si tratta di pene infamanti. Neppure qui, tuttavia, è possibile tracciare una linea di demarcazione concettuale.

D) *L'amministrazione diretta dello « stato » (il concetto sostanziale di stato).*

Senonché, nell'amministrazione, lo stato — per usare la terminologia corrente — può non limitarsi ad obbligare i soggetti ad un determinato comportamento — che favorisca i fini di sviluppo civile o politico — e a perseguire quindi i fini amministrativi solo in via indiretta, ma può creare direttamente esso stesso le fattispecie che favoriscano, quei fini. Può costruire ospedali e curarvi i malati, erigere scuole e impartirvi l'insegnamento, gestire ferrovie, ecc.. Anche in questo

caso, tuttavia, il comportamento desiderato viene garantito solo mediante norme coercitive generali e individuali. La particolarità sta solo nel fatto che il comportamento desiderato costituisce un dovere di organi professionalmente adibiti a tale attività e retribuiti con denaro dello stato. È certamente assai diverso, sul piano tecnico-giuridico, che alla costruzione di una scuola, all'assunzione degli insegnanti ecc. siano obbligati dei *privati* mediante la comminazione di una pena o che tutto ciò formi il contenuto di doveri d'ufficio sanzionati in via disciplinare, che alle spese si provveda con denaro privato o attingendo alle casse *dello stato*. E se in quest'ultimo caso si parla di scuole statali, ferrovie statali e quindi di una corrispondente attività dello stato, di *amministrazione* dello stato, mentre nel primo caso ci troviamo solo di fronte a scuole private, ferrovie private e quindi ad un'attività, ad un'amministrazione soltanto privata, è chiaro che viene introdotto un concetto di *stato* del tutto diverso da quello che sta nel concetto formale di funzione statale. Le fattispecie vengono qui denominate amministrazione dello stato, in quanto poste in essere da individui qualificati sul piano tecnico-giuridico in un modo ben preciso. Siamo qui in presenza di un concetto di stato affatto speciale, assai complesso ed esclusivamente sostanziale.

Di funzione statale non nel senso di funzione giuridica formale ma in uno specifico significato sostanziale si tratta quando, in presenza di determinate condizioni, vengono imputate allo stato fattispecie che non sono atti coercitivi (né appartengono al procedimento preparatorio di atti coercitivi) ma rappresentano comportamenti che evitano la coercizione. Dal punto di vista della teoria della norma giuridica qui sostenuta, la norma collega, attraverso il *dover essere*, una fattispecie condizionante con una conseguenza caratterizzata come atto coercitivo. In ciò trova espressione l'idea che il diritto sia essenzialmente un ordinamento coercitivo e lo stato un apparato di coercizione. La specifica reazione del diritto, l'atto coercitivo (o il suo procedimento preparatorio, in sede giudiziaria o amministrativa) è quindi atto o funzione dello stato. In un si-

gnificato amplissimo, naturalmente *qualunque* fattispecie giuridica — in quanto si consideri il suo essere posta — è un atto giuridico; in particolare, anche quella che troviamo nelle cosiddette norme secondarie che stabiliscono il comportamento che evita la coercizione. In quanto la qualità di atto o funzione statale di una fattispecie deriva dalla sua collocazione nel sistema e in quanto, in particolare, una fattispecie vale come atto dello stato perché rappresenta la reazione del diritto, la conseguenza giuridica, abbiamo a che fare con concetti di funzione e di stato puramente formali. Senonché, fra gli atti dell'amministrazione qualificati come atti statali, alcuni sono atti giuridici solo nel senso che sono stabiliti in norme secondarie come comportamenti che evitano la coercizione. L'attività delle autorità scolastiche statali, per esempio, è giuridicamente da concepire solo come contenuto di norme secondarie. Il comportamento opposto forma il contenuto di norme di diritto disciplinare. Ma tutti i soggetti pongono senz'altro in essere queste fattispecie con il loro comportamento conforme al diritto. Se quindi li si può far valere anche come organi del diritto o dello stato nel senso più ampio e rigorosamente formale della parola, esiste una chiara differenza tra il semplice comportamento conforme al diritto e gli atti dell'amministrazione qualificati come atti statali in senso stretto e specifico. Questi giuridicamente non sono caratterizzati a sufficienza dal fatto che costituiscono un comportamento conforme al diritto, che evita la coercizione, dal fatto che sono il contenuto di norme secondarie. Proprio così: la loro qualità di atti *dello stato* in questo senso nuovo e specifico non deriva certamente dalla loro posizione nel sistema; gli individui che li pongono in essere non sono organi dello stato perché svolgono funzioni statali, ma, al contrario, questi atti sono atti dello stato perché gli individui che li pongono in essere sono qualificati in un modo particolare sotto il profilo giuridico-sostanziale, perché sono organi dello stato in uno specifico significato sostanziale. Organi dello stato in questo senso — semplificando essenzial-

Kelsen
pura », concedo
si dà co di sé, ci
diffonde tra le d
tore gli cumenta
col part vole ser
getto di in queg
la diffid ingne
Molt
riconosc
grandi e non s
sulla de di segn
Brill
zione d
tivo pri
dal rif
che la
mutuat
sen si
tutto u
gile ed
teoria
di org

Hans
di diritto
Contrari
nelle un
1940) e
dove m
OPEI
(1911):
Völkerr
Wegen
Staatsfo
questo i
Collana
and Ne
and Sta

mente l'indicata, assai complessa fattispecie — devono essere qui denominati *funzionari dello stato*.

In un ordinamento statale sviluppato sotto il profilo tecnico-giuridico, gli atti statali in senso formale che si presentano essenzialmente come reazione del diritto, cioè gli atti di coercizione posti dall'ordinamento giuridico (e così pure gli atti del loro procedimento preparatorio), vengono realizzati da organi intesi nello specifico senso sostanziale della parola, da *funzionari dello stato*, e *solo* da questi organi. Essi riuniscono pertanto in sé le qualità di atti statali in senso formale e in senso sostanziale. Con l'andar del tempo, a quelli che sono organi dello stato in questo senso sostanziale, ai funzionari statali, vengono anche assegnate funzioni diverse dalla realizzazione di atti coercitivi. L'apparato statale — costituito da organi in questo significato sostanziale — svolge, anche solo nella forma del diritto, un'ulteriore attività. La forma del diritto consiste in ciò che quest'attività si presenta come contenuto di norme secondarie. Se si parte da questo concetto sostanziale di stato, si deve affermare che lo *stato*, erigendo scuole e impartendovi l'insegnamento, costruendo e gestendo ferrovie ecc., pone in essere fattispecie al pari degli altri soggetti non qualificati *organi statali* in questo senso sostanziale. Mentre però gli atti di realizzazione coercitiva sono posti in essere *solo* dallo *stato*, le fattispecie che evitano la coercizione sono poste in essere *anche* dallo stato in questo significato sostanziale. In questo campo lo stato si presenta in concorso con i sudditi, in quello invece ha una posizione di monopolio.

E) La differenza tra amministrazione e giurisdizione (*funzione giudiziaria*).

Da questo esame si ricava già una differenza decisiva tra funzione giudiziaria, in quanto giurisdizione, e amministrazione. La funzione dello stato denominata giudiziaria o giurisdizionale è sostanzialmente rivolta a porre l'atto coercitivo o il procedimento che lo prepara. In questo senso, è anzi-

tutto una funzione formale dello stato, una funzione statale nel senso formale del termine. Anche la funzione denominata amministrazione lo è in gran parte e in questa misura è giurisdizione al pari della funzione giudiziaria, senz'altro qualificata come tale. Per ciò che riguarda il contenuto della funzione, non c'è una differenza notevole tra amministrazione e funzione giudiziaria. L'amministrazione tuttavia — in quanto posizione di fattispecie di comportamenti che evitano la sanzione, in quanto posizione ed esecuzione di norme secondarie — è *anche* funzione statale nel solo significato sostanziale della parola. E sotto questo aspetto, in relazione al carattere della funzione, c'è una differenza notevole rispetto alla giurisdizione, tanto se svolta dai tribunali, quanto se svolta dalle autorità amministrative. La grande confusione che esiste nella dottrina delle funzioni statali è, non da ultimo, da ricondurre al fatto che alla base dei concetti di giurisdizione e amministrazione stanno due diversi concetti di stato e di funzione, uno formale e uno sostanziale, e che lo stesso concetto convenzionale di amministrazione è del tutto discorde, in quanto abbraccia due gruppi di funzioni teoricamente diverse.

F) Amministrazione come «libera» attività dello stato. Il problema del potere «discrezionale».

Va tuttavia affermato che l'amministrazione, anche per quella parte che presenta una diversità funzionale rispetto alla giurisdizione, è assolutamente una funzione giuridica, consiste soltanto in atti giuridici. La tendenza a concepire la funzione amministrativa dello stato al di fuori dell'ambito del diritto dev'essere perciò decisamente respinta. Essa si manifesta anche nel tentativo di differenziare giurisdizione e amministrazione caratterizzando questa rispetto a quella come essenzialmente *libera*. Questa *libertà* dell'amministrazione è da intendere naturalmente nel senso di libertà dal diritto. Ma poiché una totale assenza di rapporti dell'amministrazione col diritto non è possibile — a causa delle leggi amministrative —, si cerca di

presentare i rapporti tra legge e pronuncia del giudice in modo essenzialmente diverso dai rapporti tra legge e amministrazione: quello applica la legge, giudica secondo la legge, è vincolato dalla legge; questa, entro i limiti segnati dalle norme giuridiche, si svolge liberamente, è libero perseguimento dei fini statali entro i limiti del diritto. Alla sua essenza appartiene quindi il potere discrezionale delle autorità amministrative.

Questa distinzione è logicamente insostenibile e nasconde un postulato politico che contraddice il diritto positivo. È facile mostrare come ogni applicazione del diritto, cioè ogni concretizzazione di norme generali, ogni passaggio da un grado più alto ad un grado più basso della produzione del diritto, sia solo riempimento di una cornice, attività entro i limiti posti dalla norma di grado più alto. La determinazione del grado più basso da parte del grado più alto non può mai essere completa, nel grado più basso possono sempre sopravvenire circostanze sostanziali che ancora mancano nel grado più alto, e diversamente sarebbe impossibile un ulteriore progresso nella produzione del diritto e superfluo un grado ulteriore: proprio come tra un concetto astratto e un'idea concreta dev'esserci necessariamente una sostanziale differenza.

Questa differenza necessaria tra grado più alto e grado più basso nella concretizzazione del diritto è il cosiddetto *potere discrezionale* (*freie Ermessen*). Esso esiste fondamentalmente tanto nella giurisdizione quanto nell'amministrazione, giacché, per l'appunto, entrambe sono determinate in misura maggiore o minore ma mai completamente dalla legislazione, come questa è a sua volta determinata in misura maggiore o minore dalla costituzione, ed ha quindi un margine più o meno ampio di discrezionalità. Se il giudice, in un caso concreto, debba assumere come data una fattispecie penale, quale pena debba infliggere entro i limiti a lui imposti dalla legge, se l'autorità amministrativa debba richiedere al proprietario il bestiame sospetto di epidemia e lo debba abbattere, e quale contenuto il legislatore debba dare alle norme che intende emanare, tutto ciò appartiene al potere *discrezionale* e al tempo stesso *vincolato*.

Sarebbe una fatica vana voler stabilire differenze qualitative fra questi casi, nei quali vi sono invece differenze solo quantitative. Di regola, la discrezionalità del legislatore è certamente maggiore di quella del giudice penale, e quella delle autorità amministrative si colloca per lo più tra l'una e l'altra. Questa è però soltanto la disciplina media, di diritto positivo, e le cose possono andare diversamente. Vi sono casi di esteso vincolo imposto al legislatore e casi di straordinaria libertà del giudice.

Proprio sul problema del limite entro il quale chi applica il diritto deve essere vincolato dalla legge si contrastano due vedute di politica del diritto: gli uni richiedono un vincolo esteso, affinché il singolo non resti abbandonato all'arbitrio dell'organo, vi sia certezza in questa fase della concretizzazione del diritto e questa sia prevedibile e calcolabile al massimo; gli altri chiedono un'ampia libertà, affinché la norma individuale, la decisione o il decreto, si accomodi il più possibile alla particolarità del caso, e sia evitato il rigore connesso con una normazione generale che scenda troppo nei dettagli, che sia troppo articolata. La soluzione di questo contrasto dipende in modo rilevante dalla qualità del materiale umano reperibile per la funzione dell'organo e quindi, in ultima analisi, dalla fiducia nella bontà dell'uomo. Se si crede nella possibilità di uomini buoni, che non facciano cattivo uso delle loro capacità, che siano saggi e giusti, si lascerà tutto alla discrezione di questi giudici-re; diversamente, si cercherà di limitare al massimo questa discrezione che costituisce la forza, la forza giuridica di chi applica il diritto. Anche nei casi di estrema discrezionalità, tuttavia, la legge e quindi il vincolo ch'essa impone non vengono meno del tutto. C'è sempre, sia pure in forma presupposta, una legge fondamentale, che istituisce il giudice-re come tale e stabilisce *che* il diritto specifico, individuale verrà posto e coattivamente attuato. La discrezionalità non è pertanto mai assoluta, senza una norma che stabilisca l'atto che rientra nel potere discrezionale, giacché altrimenti non sarebbe possibile concepire quest'atto come atto

giuridico e l'individuo che lo pone in essere come organo dello stato; d'altra parte, essa non è mai del tutto vincolata, giacché diversamente l'atto che rientra nel potere discrezionale sarebbe impossibile. Se nel concetto di *applicazione* della legge si esprime il carattere vincolato dell'atto giuridico individuale, il concetto di un agire *entro i limiti della legge*, soltanto *secondo* la legge, si riferisce alla libertà che la legge necessariamente lascerà all'atto giuridico individuale. Non ha senso dividere gli atti giuridici in vincolati e liberi, giacché tutti gli atti giuridici hanno entrambi i caratteri; e tale suddivisione indica solo il tentativo di privare taluni atti del loro carattere giuridico col dichiararli essenzialmente liberi.

G) Conformità dell'amministrazione al modello giudiziario.

Senza dubbio, la teoria dell'amministrazione come attività statale essenzialmente *libera* si spiega in parte anche col fatto che l'attività dello stato denominata *amministrazione* non era — in origine — definita così minuziosamente da norme generali di contenuto materiale, come l'attività svolta dai tribunali. Nella monarchia assoluta il monarca aveva pochi motivi per limitare particolarmente in questa direzione con *leggi* la facoltà, a lui attribuita dalla costituzione, di porre liberamente il diritto. Ma già nella monarchia costituzionale, dove il fondamento della posizione del diritto individuale non è più la volontà del solo monarca ma la *legge* come deliberazione sanzionata dal parlamento, c'è la necessità, quando lo stato debba espandere la propria attività amministrativa in una certa direzione, che ciò avvenga per mezzo di apposite leggi. Queste possono avere un carattere affatto generale e lasciare alle autorità amministrative un margine di discrezionalità più ampio di quello che le leggi giudiziarie, numerose all'epoca della monarchia assoluta, sono solite accordare ai tribunali. Solo che nel corso dello sviluppo questa differenza scompare quasi completamente. Quanto più importanti diventano gli interessi individuali sui quali incidono le leggi amministrative,

quanto maggiore è il potere del parlamento nei confronti del monarca comprensibilmente interessato alla discrezionalità degli organi amministrativi a lui sottoposti, tanto più il procedimento amministrativo si conforma a quello giudiziario; non solo: ma tanto più dettagliate diventano le leggi amministrative, tanto più precisamente regolano l'attività dell'amministrazione. D'altra parte, però, si riaffermano varie tendenze ad allentare i troppo estesi vincoli dei tribunali, ad aumentarne il potere discrezionale: il monarca assoluto che doveva rendere i tribunali indipendenti, aveva quanto meno interesse a vincolarli il più possibile con le sue leggi.

H) I fini politici delle teorie dominanti intorno all'amministrazione.

Se, considerata questa situazione, viene ancora mantenuta la dottrina della *libertà* dell'amministrazione, dietro questa posizione teorica che contrasta col diritto positivo e con i presupposti logici della stessa teoria, si deve supporre un fine politico. E questo fine emerge chiaramente quando si cerca nel modo più deciso, nonostante le contraddizioni in cui s'incorre, di assegnare all'amministrazione il primo posto fra le funzioni dello stato. Essa viene dichiarata l'unica funzione essenziale, che ha storicamente preceduto tutte le altre e alla quale più tardi si sono aggiunte la legislazione e la giurisdizione. Si afferma che solo l'amministrazione è una funzione dello stato necessariamente continua mentre le altre due avrebbero solo un carattere intermittente, e che lo stato ben potrebbe esistere senza legislazione e per un certo periodo anche senza giurisdizione, ma neppure per un momento senz'amministrazione. Questa pertanto sarebbe anche la funzione più completa, rientrando in essa la preparazione delle leggi e l'esecuzione delle sentenze.

Tutto questo è chiaramente inesatto o è frutto di una interpretazione assolutamente tortuosa della realtà. Se per amministrazione s'intende quella che usualmente viene chiamata la

funzione materiale dello stato, allora in origine non c'è stata affatto amministrazione ma solo giurisdizione. Lo stato primitivo è un ordinamento che si limita ad atti coercitivi in relazione a determinate fattispecie considerate socialmente dannose, e quindi alla cosiddetta pena e alla guerra. Il fatto che non c'è una *legislazione* non significa però che non vi siano leggi nel senso di norme generali. Anche la produzione consuetudinaria di norme generali è *legislazione* nello stesso senso in cui si esprime l'essenza di questa funzione. È ben vero, la legislazione come posizione cosciente di norme generali da parte di organi *ad hoc* è in tempi ordinari un'attività intermittente. Ma l'amministrazione è relativamente permanente non più della giurisdizione nel senso tradizionale. Anche la legislazione, del resto, con il crescente potere del parlamento, tende ad intensificarsi e a diventare permanente. Per ciò che riguarda il carattere completo dell'amministrazione, si tratta chiaramente di una illusione! Se si vuole concepire la preparazione di un disegno di legge come atto giuridico, si può solo trattare di uno stadio del procedimento legislativo e quindi della funzione legislativa e non già della funzione amministrativa dello Stato. Il fatto che nelle moderne democrazie, di regola — non mancano le eccezioni — a quest'atto preparatorio provvedono funzionari amministrativi, organi ausiliari del governo, non significa che l'atto diventa amministrativo ma solo che i funzionari amministrativi diventano organi legislativi. E lo stesso vale per l'esecuzione delle sentenze giudiziarie: questa è una funzione giudiziaria e non amministrativa, anche se l'organo che provvede all'esecuzione non gode dell'indipendenza giudiziaria.

Questa strana teoria rivela il suo vero significato nelle conclusioni che trae da siffatte premesse: poiché l'amministrazione è la funzione originaria, essa muta la propria posizione con l'avvento della legislazione. Questa — intesa come ordinamento giuridico generale o semplicemente come diritto — è soggetta a sé fette sempre più grosse dell'amministrazione, *a priori* indipendente dal diritto. L'amministrazione, ecco qual

è chiaramente lo stato indipendente dal diritto! Il diritto, naturalmente, non assoggetta tutto il campo dell'amministrazione né assoggetta l'amministrazione come assoggetta la giurisdizione, cioè completamente. A quest'amministrazione da esso indipendente esso pone solo dei *limiti*. E anche ciò vale soltanto per lo stato moderno che in tal modo diventa stato di diritto: uno stato in cui dominano le leggi e in cui l'amministrazione viene limitata ed esercitata per mezzo di regole giuridiche ma non può essere giudicata soprattutto sul piano giuridico! Il punto dove va a parare tutta questa confusione di concetti è questo: da un lato, si vuole in qualche modo concepire l'amministrazione come funzione giuridica e statale, dall'altro però si vogliono quanto più possibile evitare i molesti vincoli del diritto. Gli atti amministrativi non dovrebbero essere giudicati col metro di rigorose regole giuridiche come gli atti giudiziari. In questo campo dovrebbero poter essere validi anche atti che non dimostrano la propria conformità al diritto. Qui dovrebbe essere provato, in base all'essenza dello stato, che un vincolo giuridico non è possibile o efficace o non lo è del tutto. Questa teoria trova la sua formulazione più genuina nella dottrina che afferma espressamente che l'atto amministrativo non trae la sua validità o gli effetti giuridici con esso collegati da una legge che sta sopra di esso, che tale atto — a differenza dall'atto giudiziario — non ha bisogno di una simile legge, ma reca in se stesso la propria forza giuridica. Se si considera che questa teoria dell'amministrazione si sviluppa sul corpo della monarchia costituzionale, che qui il monarca è il capo dell'amministrazione e che i suoi maggiori interessi vengono realizzati attraverso l'amministrazione, si comprende quali fini politici hanno provocato questa singolare distorsione della teoria dello stato.

1) *Le cosiddette funzioni « straordinarie » dello stato. La guerra come atto giuridico.*

Questi fini politici si manifestano in parte anche nella distinzione delle funzioni statali ordinarie da quelle cosiddette

straordinarie. Come funzione straordinaria dello stato, che non è né legislazione né giurisdizione o amministrazione, viene indicata la guerra. Essa starebbe pertanto al di fuori del diritto, anche se si deve concedere che può essere regolata e quindi limitata dal diritto internazionale. Ora, che anche la guerra come funzione dello stato possa essere concepita solo in base ad un ordinamento giuridico che ne autorizza l'imputazione e che anche di fatto sia un atto coercitivo statuito dal diritto internazionale o dall'ordinamento di uno stato singolo, e quindi un atto giuridico, si ricava dall'esposizione che precede. Lo stato come *persona* — e ciò assume importanza ad altri fini — può essere solo soggetto e mai oggetto dell'atto coercitivo chiamato *guerra*, o meglio del complesso di atti coercitivi indicati in questo modo. L'imputazione può aver luogo sempre e soltanto rispetto ad un soggetto, mai rispetto ad un oggetto; così pure l'atto coercitivo della pena o dell'esecuzione civile non si rivolge contro un soggetto giuridico ma solo contro l'individuo come oggetto. Sicché, anche gli atti coercitivi rientranti nel concetto di guerra si rivolgono contro uomini, giacché sono uomini ad essere uccisi, feriti, presi prigionieri e non già lo stato o parte di esso. Una imputazione — quanto meno in senso giuridico — è completamente da escludere a questo proposito. Che, secondo il diritto internazionale, gli atti coercitivi indicati come guerra possano sostanzialmente rivolgersi contro individui che — in quanto pongono in essere anch'essi atti coercitivi — sono organi dello stato nemico, appartengono alle forze armate di quest'ultimo, è una regola di diritto internazionale che non viene minimamente toccata dall'interpretazione qui sostenuta.

È solo degno di nota che la dottrina dominante colloca espressamente la guerra al di fuori della sfera giuridica, mentre nei riguardi dell'amministrazione cerca, con esitazione e molta incoerenza, una esenzione parziale dal diritto, pur caratterizzando l'amministrazione, non diversamente dalla guerra, come una specie di attività fattuale, limitata peraltro da norme giuridiche.

5. LA COSTITUZIONE

(La costituzione nel senso logico-giuridico e nel senso giurpolitico).

A) *Subordinazione e non coordinamento tra le funzioni statali.* *La teoria gradualistica.*

Funzione statale significa funzione giuridica. La dottrina che la riguarda intende considerare il diritto nel suo funzionamento, coglierne lo specifico movimento interno, concepirlo dal punto di vista della sua dinamica. Funzione statale equivale perciò a funzione di produzione del diritto: ad un processo di posizione di norme che si sviluppa per gradi. Quelli che la teoria tradizionale pone in rilievo come i tre poteri o funzioni dello stato sono relativi punti di pausa del processo, particolarmente distinti dalla configurazione del diritto positivo o altrimenti rilevanti sul piano politico. Non c'è quindi — come sostiene la teoria tradizionale non senza un fine politico — una giustapposizione di funzioni più o meno irrelate o sostanzialmente diverse ma una subordinazione, una subordinazione di gradi di produzione del diritto che si determinano l'un l'altro. Questa costruzione a gradi va a sfociare nella norma fondamentale sulla quale poggia l'unità dell'ordinamento nel suo movimento interno. Tale norma, ponendo per prima cosa l'organo che produce il diritto, forma la costituzione in senso logico-giuridico. E ponendo il legislatore così creato norme che regolano la stessa legislazione, nasce — come grado successivo — la costituzione nel senso del diritto positivo. E la *costituzione*, vale a dire l'attività che costituisce l'ordinamento giuridico del singolo stato, la fondazione della sua unità, sta propriamente nella norma fondamentale intesa come costituzione in senso logico-giuridico, non statuita ma solo presupposta. Su di essa riposa infatti il primo atto di legislazione, non ancora determinato da alcuna norma di diritto positivo, cioè, nel nostro caso, statuita. E in essa — nella norma fondamentale —