

monarchia costituzionale. Qui il monarca, in una con la pubblicazione delle leggi, si era anche riservata l'attestazione della loro formazione costituzionale (la cosiddetta promulgazione). Donde il suo interesse ad escludere qualunque giudizio contrastante col suo circa la costituzionalità di una legge da lui pubblicata. Per il fatto che, secondo la costituzione, da solo o insieme con i suoi ministri responsabili, deve decidere se una legge si è formata in modo costituzionale, può da solo o insieme con i suoi ministri produrre una legge obbligatoria mediante la pubblicazione che gli compete. In ogni caso, egli è in condizione di produrre con la pubblicazione, in modo vincolante, una norma che — sebbene dovesse formarsi come legge costituzionale — è stata tuttavia deliberata come legge ordinaria, perché è mancata, per esempio, una maggioranza qualificata. È perciò comprensibile che nelle costituzioni repubblicano-democratiche o non viene limitato il sindacato giudiziario oppure, nelle forme di una speciale giurisdizione costituzionale, viene attribuito ad un particolare tribunale il compito di annullare le leggi incostituzionali. In quest'ultimo caso, le leggi incostituzionali non sono nulle sin dall'origine, ma possono solo essere annullate.

Di solito si preferisce giustificare l'esclusione o la limitazione del sindacato giudiziario col principio della separazione dei poteri, sul quale si fonda la monarchia costituzionale. L'argomento addotto, più che problematico sul piano logico, è che il potere giudiziario non può interferire nel potere legislativo, sicché non può spettare al giudice alcun sindacato sulla costituzionalità del procedimento legislativo.

Su questa dottrina della separazione dei poteri non dobbiamo però ulteriormente addentrarci in questa sede.

V GIURISDIZIONE E AMMINISTRAZIONE

sen è l
a », le c
cedono, i
là, così ec
sé, che lo
ondere co
le due g
e gli avve
mentati i
partito
e sensibi
to di cost
quegli a
diffidenza
regneria
Molti sc
onoscenti
andi ope
non solo
lla demo
segno a
Brillan
one del
vo prim
al rifiut
he la te
tutnato
en si co
utto un
ile ed e
corica al
li organ
Hans I
di diritto
Contrario
nelle univ
1946) e p
dove mor
Opera
(1911), D
Volkrecht
Wesen u
Staatsfor
questo si
Collana)
and Nat
and Sta

K
pur
con
si c
di s
diff
tra
tore
curr
col
volk
gette
in c
la d
inge
rico
grat
e ne
sull
di s
zion
tivo
dal
che
mut
sen
tutt
gile
teor
di c
H
di di
Cont
nelle
1946)
dove
O
(1911
Volk
Wesen
Staat
quest
Colla
and 1
and 1

1. La dottrina giuridica tradizionale contrappone nettamente la « giustizia », come giurisdizione o funzione giudiziaria, all'amministrazione ⁽¹⁾. La prima di queste due funzioni dello stato, la giurisdizione, non però la seconda, l'amministrazione, viene posta in rapporto per così dire naturale con la terza delle funzioni statali, la legislazione. Quest'ultima viene concepita come creazione del diritto e la giustizia, vale a dire la giurisdizione, la funzione giudiziaria, come applicazione del diritto; e si scorge in entrambe, nella legislazione e nella giurisdizione, la realizzazione dei fini giuridici dello stato, mentre l'amministrazione viene ricondotta nell'ambito dei fini politici o di progresso civile. Questa contrapposizione tra fini giuridici e fini politici e di progresso civile, sulla quale riposa l'idea del contrasto radicale tra giurisdizione e amministrazione, ha la sua ultima fonte nella concezione corrente dei rapporti tra stato e diritto. Si ritiene, infatti, che questi siano due cose affatto diverse: lo stato, una sorta di essere psico-fisico simile all'uomo, una specie di macroantropo; il diritto, un ordinamento, un sistema di norme coercitive ma anche — poiché si distingue il diritto in senso oggettivo dal diritto in senso soggettivo — un complesso di autorizzazioni date a individui che si presentano essenzialmente come soggetti giuridici, come personalità giuridiche. Se però si guarda più da vicino, si vede che il diritto, proprio nel suo affermato contrasto con lo stato, non viene tanto in considerazione come oggettivo ordinamento coercitivo — giacché anche lo stato, se si accantona ogni personificazione antropomorfa, non è altro che un ordinamento

⁽¹⁾ Su quanto segue cfr. la mia *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925 (ora: *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. di S. Colla e G. Treves, Milano, 1963) e MERKT, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1928.

vengano perseguiti proprio dallo *stato*, possono essere perseguiti solo nelle forme del diritto, così pure il fine di quell'attività che viene comunemente qualificata come *diritto* in senso stretto, il fine della posizione di norme generali di diritto civile e penale e della loro esecuzione attraverso i tribunali, è solo ciò che molto vagamente viene chiamato progresso civile. Come nel campo del diritto del progresso civile, in senso stretto, non sono la pena o l'esecuzione che formano il fine proprio del diritto civile o penale, ma sono la vita, la salute, l'onore, la proprietà, in una parola il benessere dei cittadini che devono essere preservati da interventi pregiudizievole. Non si può negare che anche questo appartiene al *progresso civile*.

3. Ancor più insostenibile della contrapposizione tra fini giuridici e fini di progresso civile, è però quella tra fini giuridici e fini politici, alla quale si cerca parimenti di ricondurre il rapporto tra giurisdizione e amministrazione. Orbene, quell'attività che viene considerata attuazione dei fini politici dello stato si esprime anch'essa solo in norme giuridiche generali e in atti giuridici individuali emanati sulla base di esse. Il fatto che lo stato abbia un esercizio con il quale può fare la guerra non è meno una fattispecie giuridica del fatto che abbia giudici e prigionieri nelle quali gli individui vengono privati con la forza della loro libertà. Un ordinamento militare che prevede la coscrizione obbligatoria e talune norme giuridiche internazionali che regolano la condotta della guerra, e gli atti che li concretizzano, sono le forme, le forme giuridiche, nelle quali lo stato persegue i suoi fini politici. E ciò non avviene solo in queste forme. Dal punto di vista etico-politico dei nullatenenti, anche un diritto civile e penale che tuteli la vita e i beni di una classe privilegiata appare, in modo affatto particolare, un mezzo per comprimere la classe sfruttata, per assicurare il potere alla classe dominante. Non c'è dubbio che, sotto un certo punto di vista, tutto l'ordinamento coercitivo dello stato, quali che siano le dimensioni della sua competenza, non possa che apparire come organizzazione del potere. Ma il con-

trasto tra diritto e potere che si esprime nella contrapposizione tra fini giuridici e fini politici e quindi tra stato di diritto e stato politico, è affatto inidoneo a fornire una classificazione dei possibili contenuti dell'ordinamento statale e quindi una tipizzazione sostanziale degli stati. L'essenza dello stato sta infatti proprio in ciò, che in esso il potere diventa diritto, poiché qualunque atto può essere concepito come atto dello stato, qualunque fattispecie intesa come fattispecie statale, riferita allo stato, solo in base ad un ordinamento normativo che è il diritto stesso. Ai fini di una trattazione positiva, che non assolutizzi il diritto nel diritto naturale, lo stato è un re Mida che trasforma in diritto ciò che tocca. Sicché, da un punto di vista giuspositivistico, ogni stato non può che essere uno stato di diritto, nel senso che tutti gli atti statali sono atti giuridici perché e in quanto realizzano un ordinamento da qualificare come diritto. Allo stesso modo — con riferimento ai fini da raggiungere mediante l'ordinamento giuridico — ogni stato è stato politico e stato del progresso civile.

4. Come abbiamo già accennato, la dottrina giuridica tradizionale scorge tra la funzione legislativa e la funzione di giustizia, cioè la giurisdizione o funzione giudiziaria, un nesso più intimo di quello che corre tra legislazione e amministrazione. L'essenza della legislazione viene in modo generalissimo colta nel fatto che, in questa sua funzione, lo stato pone regole generali, astratte, mentre nella giurisdizione e nell'amministrazione svolge un'attività individualizzata, adempie immediatamente compiti concreti. Mentre però si ritiene di poter concepire la giurisdizione esercitata dai tribunali senz'altro come *applicazione delle leggi* e quindi come applicazione del diritto rispetto alla creazione del diritto ad opera del legislatore, si afferma invece che non si rende giustizia all'essenza dell'amministrazione qualificandola semplicemente come applicazione, attuazione del diritto. Essa — in modo più o meno coerente — non viene concepita né come posizione né come applicazione del diritto ma come attività dello stato essenzialmente diversa

Kelsen
pura,
concedo
si dà ce
di sé, c
diffonde
tra le d
tore gli
cumenta
col par
vole sei
getto di
in queg
la diffid
ingegner
Molt
riconosc
grandi
e non s
sulla de
di segn
Brill
zione di
tivo pri
dal rinf
che la
mutat
sen si
tutto n
gile ed
teorica
di orga

Hans
di diritto
Contratto
nelle unit
1940) e p
dove mor

Opera
(1911): *D
Völkerecht
Wasen im
Staatsorn
questo sa
Collana);
and *Natür
and *Staat***

dalla funzione giuridica, al servizio non dei suoi fini giuridici ma dei suoi fini politici o di progresso civile e viene pertanto definita in termini negativi, rispetto al diritto, cioè come quell'attività statale che residua tolte la legislazione, cioè la posizione del diritto, e la giurisdizione. Mentre, quindi, secondo l'esposizione corrente delle funzioni statali, si deve senz'altro affermare una relazione giuridica positiva tra il potere legislativo come posizione del diritto e il potere giudiziario come applicazione del diritto, la subordinazione logica che tenta di esprimersi tra legislazione come funzione generale e amministrazione come una delle funzioni individuali — al pari della giurisdizione — viene nuovamente eliminata, proprio perché nel concetto di amministrazione si fa valere il contrasto tra fini statali giuridici e fini statali politici e di progresso civile, proprio perché l'amministrazione vuol essere intesa non come funzione giuridica ma come attività statale essenzialmente diversa da questa.

5. Nel presente contesto non deve e non può essere fornita la prova ulteriore che la differenza affermata dalla dottrina dominante tra legislazione come produzione (creazione) del diritto e giurisdizione o funzione giudiziaria come semplice applicazione del diritto, ove la si concepisca nei termini di una differenza assoluta tra produzione e semplice riproduzione del diritto, non esiste affatto. Basti qui solo tener fermo che entrambe le funzioni, legislazione e giurisdizione esercitata dai tribunali, hanno tanto il carattere della creazione quanto il carattere dell'applicazione del diritto, a seconda che la funzione volta a volta interessata venga considerata in rapporto ad un grado più alto o a un grado più basso dell'ordinamento giuridico. Così, la legislazione è applicazione del diritto rispetto alla costituzione e creazione del diritto rispetto alla sentenza del giudice; e la giurisdizione è applicazione del diritto nei confronti della legge e creazione del diritto nei confronti degli atti di esecuzione. L'analisi strutturale del diritto inaugurata dalla scuola giuridica di Vienna e già

preparata dal c.d. movimento del diritto libero, che ha portato alla visione fondamentale della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico, pone fine — si può sperare, per sempre — al pregiudizio che tutta la produzione del diritto sia racchiusa nel solo grado della legge. Essa mostra che il processo di produzione del diritto non comincia col grado della legge né finisce con esso, ma che piuttosto — penetrando dal grado della costituzione, attraverso la legge e il regolamento, giù fino agli atti giuridici individuali — è da concepire come un processo di continua concretizzazione, nel quale il diritto passa da una forma astratta a forme via via più concrete; come un eterno processo nel quale lo stato si genera sempre di nuovo.

6. Dopo quanto è stato fin qui detto, è evidente che anche la funzione statale denominata amministrazione può essere concepita come individualizzazione o concretizzazione delle leggi e che pertanto non può ammettersi una differenza essenziale tra essa e la c.d. giurisdizione, rispetto alla legislazione. Com'è già stato accennato in un precedente contesto, l'amministrazione dello stato — da un punto di vista tecnico-giuridico — consiste nel fatto che mediante leggi e regolamenti viene reso obbligatorio un determinato comportamento umano, comandando per il comportamento opposto una pena o l'esecuzione. Se il comportamento che evita la coazione è il fine delle norme di diritto amministrativo — com'è il fine delle norme di diritto civile e penale — allora il fine dell'amministrazione — al pari dei fini giuridici — viene perseguito mediante gli atti dell'amministrazione stessa solo in modo indiretto, mediato. È fondamentalmente lo stesso processo che si verifica in quell'attività che viene contrapposta all'amministrazione come *giurisdizione*. La legge e il regolamento stanno a fondamento tanto della giurisdizione quanto dell'amministrazione, sebbene — stranamente — la legislazione venga concepita come funzione giuridica mentre il potere regolamentare viene ricondotto nell'ambito dell'amministrazione.

7. Si distinguono così leggi amministrative accanto a leggi giudiziarie, destinate cioè ad essere applicate dai tribunali. E sebbene il potere regolamentare come tale venga assegnato all'amministrazione, si distingue tuttavia tra regolamenti giuridici e regolamenti amministrativi, intendendo questi ultimi come quei regolamenti che obbligano solo gli organi dello stato e non i privati, come accade invece per i regolamenti giuridici. Ora, riguardo ad una distinzione condotta da questo punto di vista, non c'è nulla da obiettare. È tuttavia da escludere che si possano considerare norme giuridiche solo gli uni e non anche gli altri: cioè i regolamenti amministrativi. Se questi obbligano giuridicamente gli organi dello stato, se stanno a doveri giuridici per tali organi — e quali altri doveri diversi dai doveri giuridici potrebbero esservi nel diritto amministrativo? — anch'essi devono essere considerati regolamenti giuridici. Tutta la teoria intorno alla mancanza del carattere giuridico nei regolamenti amministrativi nasce da questa idea: queste norme restano limitate all'ambito dell'apparato statale, non vanno oltre lo *stato* stesso, sicché, essendo *solo* stato, non sono diritto; come se l'*apparato statale* fosse qualcosa di diverso da un sistema di norme! — Quest'idea non ha bisogno di confutazione e va solo citata come un sintomo della tendenza propria della teoria dominante a collocare l'amministrazione — ingenuamente considerata diritto amministrativo — al di fuori dell'ambito del diritto.

La nozione che anche i c.d. regolamenti amministrativi sono norme giuridiche e che pertanto non presentano a questo riguardo differenze rispetto ai c.d. regolamenti giuridici, non impedisce naturalmente che, sul piano del diritto positivo, questi due tipi di regolamenti siano trattati in modo differente: per esempio, per ciò che riguarda la loro pubblicazione e il sindacato giudiziario. Nulla impedisce di stabilire — e si possono addurre in proposito talune ragioni di politica legislativa — che i regolamenti amministrativi riguardano solo il comportamento degli organi dello stato (in senso stretto), a differenza dei regolamenti giuridici che obbligano i privati,

non debbano essere pubblicati nei bollettini ufficiali per essere cogenti, e che tali regolamenti amministrativi siano sottratti al sindacato e all'annullamento da parte dei tribunali.

8. Le leggi e i regolamenti tradizionalmente definiti, secondo il loro contenuto, disposizioni *amministrative* — come le leggi industriali, sanitarie, scolastiche, etc. — vengono applicati, *in concreto*, esattamente come le c.d. leggi giudiziarie: un'autorità accerta la fattispecie prevista dalla norma generale come condizione dell'atto coercitivo ed applica la sanzione, la c.d. coercizione amministrativa: una pena pecuniaria o detentiva, l'esecuzione. Ora, a questo proposito, a torto o a ragione, è tanto lecito definire l'atto amministrativo accertamento del diritto dubbio o controverso quanto lo è per la sentenza giudiziaria. Esso è giurisdizione al pari di questa ed è ugualmente posizione di norme individuali. La differenza rispetto alla giurisdizione è quasi esclusivamente di natura organizzativa e sta nella collocazione dell'autorità che commina la coercizione o che attua il procedimento che prepara l'atto coercitivo: un tribunale indipendente in un caso, un'autorità amministrativa dipendente nell'altro.

Da un punto di vista funzionale, tra una giurisdizione esercitata mediante organi indipendenti e un'amministrazione svolta mediante organi dipendenti non c'è alcuna differenza, in quanto sia l'una che l'altra perseguano gli scopi statali solo in modo indiretto e si tratti di un'amministrazione qualificabile come *amministrazione statale indiretta*. Una differenza effettiva c'è solo quando e nella misura in cui vi sia un'amministrazione statale diretta, quando cioè lo stato, nella sua funzione amministrativa, non si limita ad obbligare i soggetti ad un determinato comportamento che favorisca i fini politici o di progresso civile ed a porre in essere atti coercitivi nei confronti dei soggetti inosservanti, ma — per usare la terminologia corrente — realizza esso stesso, tramite i propri organi diretti, le fattispecie che favoriscono quei fini. Di questa fondamentale distinzione tra amministrazione diretta e ammini-

strazione indiretta dovremo parlare più avanti. Poiché la dottrina giuridica tradizionale non riconosce questa distinzione, la sua visione resta legata al contrasto tra giurisdizione (esercitata dai tribunali) e amministrazione, sebbene l'amministrazione sia in gran parte anch'essa giurisdizione. La teoria è costretta pertanto a dare la massima importanza alla differenza organizzativa, che consiste nell'indipendenza dei giudici di fronte alla dipendenza dei funzionari amministrativi.

9. Questo elemento dell'indipendenza degli organi che pongono il diritto non è però idoneo a fondare una differenza così basilare e che domina tutta l'organizzazione statale e la sistemática della scienza del diritto. *L'indipendenza*, per la quale i tribunali si distinguono dalle autorità amministrative, consiste, com'è noto, nel fatto che gli organi qualificati come giudici, nella esecuzione delle leggi rientranti nella loro competenza, non sono vincolati da ordini, cioè da norme individuali emanate da altri organi e in particolare da organi non giudiziari. Ciò equivale a dire che i giudici, nella loro specifica attività, non hanno alcun *superiore*, mentre i funzionari amministrativi, nell'applicazione delle leggi rientranti nella loro competenza, sono vincolati dalle direttive individuali dei loro superiori. Non ci addenteremo in questa sede nel rapporto fra tribunali e regolamenti che, secondo la maggior parte delle costituzioni, è regolato in modo diverso dal rapporto degli organi amministrativi con queste norme generali, in quanto quelli e non questi hanno il potere di sindacare la legittimità dei regolamenti e di disapplicare quei regolamenti che ritengono illegittimi.

Considerata l'importanza eccezionale che l'istituto dell'indipendenza dei giudici ha non solo nella prassi ma in particolare anche nella teoria, dove fornisce il criterio per l'importante distinzione tra giurisdizione e amministrazione, ci si deve chiedere anzitutto perché mai nell'indipendenza dell'organo giurisdizionale si scorga una garanzia di legalità dei suoi atti. Ciò non è affatto di per sé evidente; non è dato infatti sta-

billire in anticipo che l'organo superiore sia meno idoneo a svolgere legalmente la propria funzione di quello inferiore. Intimamente connesso con l'istituto giuridico dell'indipendenza è il fatto che, negli stati moderni, l'esecuzione delle leggi è sostanzialmente distribuita tra due gruppi di autorità, delle quali le une godono dell'indipendenza, le altre no; tra due sistemi di autorità che si contrappongono come tribunali e amministrazione e che non di rado, rivaleggiando, entrano in conflitto. La richiesta di una separazione della giurisdizione dall'amministrazione, appagata dalle moderne costituzioni, deriva chiaramente dallo stesso concetto fondamentale, che non può non condurre anche ad una divisione di tutta la materia legislativa in leggi giudiziarie e leggi amministrative.

10. Nella monarchia assoluta degli « stati », l'istituto dell'indipendenza dei giudici e quindi la separazione delle autorità giudiziarie dalle autorità amministrative si sono, com'è noto, affermati in lotta con la pretesa di dominio del monarca. Il significato politico dell'indipendenza giudiziaria era la limitazione del potere assoluto del principe. Fra i molteplici fattori che hanno condotto a questo risultato potrebbe esserci, fra l'altro, anche il fatto che in quelle materie la cui disciplina individuale era rivendicata da tribunali indipendenti, l'interesse dei sudditi poteva essere più forte di quello del principe. Si tratta del c.d. diritto civile e penale, cioè della tutela della vita, dell'onore e della proprietà. Impedire intrusioni del principe, per il resto assoluto, in questa sfera di interessi, rispondeva all'esigenza d'indipendenza dell'organo giudicante e, col passare del tempo, all'esigenza di separare la giurisdizione dall'amministrazione, cioè da quella parte dell'apparato di autorità statali che stava agli ordini del monarca. La cui funzione concerneva principalmente i rapporti con l'estero, l'organizzazione militare, finanziaria, industriale, scolastica, etc., materie per le quali l'interesse del principe, che si presentava come interesse *pubblico*, era di gran lunga maggiore che per le controversie patrimoniali e di diritto familiare

dei cittadini e per la punizione dei delitti che questi reciprocamente si arrecavano. Il monarca non aveva pertanto alcun motivo di contrastare una progressiva elaborazione di norme generali in questi settori. Tanto per via consuetudinaria quanto per via di coscienze statuzionali, la rete di disposizioni astratte per l'attività dei tribunali si fa sempre più fitta, e un diritto civile e un diritto penale, un diritto processuale civile e un diritto processuale penale restringono in misura crescente la libertà dei giudici. Una volta che la produzione di norme generali, cioè la legislazione, compete al monarca, questi è tanto più interessato a vincolare i giudici con le leggi in quanto i tribunali sono da lui *independenti*, non sono cioè vincolati da norme individuali del monarca e dei suoi organi.

Esattamente opposta è la situazione negli altri settori giuridici, nei quali il monarca non ha alcuna ragione di limitare sé o gli organi a lui subordinati con leggi di vasta portata. Si formano così, a poco a poco, un diritto civile e un diritto penale contenenti minuziose norme sostanziali da applicare mediante una procedura rigorosa e, insieme, un apparato di tribunali indipendenti che applicano questo diritto; si formano anche, però, un diritto militare, un diritto finanziario, un diritto scolastico etc. che devono essere attuati da funzionari amministrativi dipendenti, ai quali viene riconosciuto, sotto il profilo formale e sostanziale, il più ampio potere discrezionale; e questo diritto viene contrapposto, come diritto amministrativo, al diritto giudiziario e viene gestito da un particolare apparato di autorità.

Con ciò è dimostrata la connessione storico-politica, finora non abbastanza considerata, che esiste tra la dipendenza dell'amministrazione e il suo potere discrezionale e tra l'indipendenza della giurisdizione e i suoi minuziosi vincoli legislativi. In questo senso, spiegabile soltanto sul piano storico-politico, corre la linea di confine che ancor oggi si assume tra diritto giudiziario e diritto amministrativo, vale a dire tra norme applicabili da tribunali indipendenti e norme applicabili da autorità amministrative dipendenti: il diritto civile e il diritto

penale da un lato, tutto il resto dall'altro. Da qui, la contrapposizione tra giurisdizione e amministrazione. La quale — come è facile vedere — coincide sostanzialmente con la contrapposizione tra diritto privato e diritto pubblico e, da un punto di vista tecnico-giuridico, che è il punto di vista di una valutazione razionale, dev'essere considerata del tutto arbitraria. Quale differenza ci può mai essere tra un diritto penale giudiziario e un diritto penale amministrativo, nel fatto che se un individuo viola la legge penale, riceve una pena detentiva e se invece trasgredisce una disposizione di diritto industriale, riceve una pena pecuniaria? In che cosa sta la differenza tra un'esecuzione sui beni ordinata da un tribunale e una ordinata dall'autorità amministrativa? Tutta la differenza, sulla quale anche la teoria giuridica costruisce il suo dualismo sistematico, riposa sull'indipendenza degli organi giurisdizionali.

11. Se però si guarda più da vicino, quest'indipendenza dei tribunali dalle norme individuali non costituisce affatto un carattere assoluto rispetto all'amministrazione. Si deve anzitutto osservare che l'indipendenza dei tribunali penali subisce una limitazione non irrilevante per il fatto che il procedimento penale può essere messo in moto solo per iniziativa di un funzionario amministrativo dipendente dal governo, il pubblico ministero, che può essere di regola interrotto per ordine del capo dello stato e che il potere di grazia dà a quest'ultimo la possibilità di togliere di mezzo una sentenza penale, o meglio, i suoi effetti giuridici. Certo, il governo non può ordinare ad un tribunale di decidere il singolo caso in un certo modo; può tuttavia — secondo la maggior parte delle costituzioni che riconoscono il principio dell'indipendenza dei tribunali — stabilire, in un modo che vincola il tribunale competente, che in un caso concreto venga adottata, non adottata o abbandonata una certa procedura. Esso non può certamente ordinare al tribunale di assolvere l'imputato, ma può ottenere un effetto giuridico simile all'assoluzione, che anche i tribunali devono onorare. Nella misura in cui la separazione della giurisdizione dall'am-

ministrazione si attenua — come avviene attraverso l'ingerenza dell'amministrazione nella giustizia penale —, ne resta limitata l'indipendenza dei tribunali.

È poi da osservare che l'indipendenza giudiziaria perde significato per il fatto che contro la sentenza di un tribunale si può fare appello ad un altro tribunale che, pur non essendo gerarchicamente superiore, è tuttavia un'autorità più alta rispetto al primo, in quanto ha la possibilità di annullare la sentenza. Proprio così: l'indipendenza del primo tribunale deve considerarsi eliminata anche sul piano formale, dal momento che esso, nella sua nuova decisione, è vincolato dalle vedute giuridiche che l'istanza più alta ha posto a base della pronuncia di annullamento. Se anche queste vedute trovano espressione solo nella motivazione e non nel dispositivo della sentenza di annullamento, ciò equivale tuttavia ad una norma individuale, che vincola il primo tribunale; e quindi, ad una sensibilissima limitazione dell'indipendenza del giudice. O questa si deve forse affermare non tanto rispetto agli altri tribunali quanto piuttosto nei confronti dell'amministrazione, cioè non tanto all'interno del gruppo di autorità denominate *tribunali* quanto piuttosto nei rapporti tra queste e l'apparato amministrativo? La funzione che l'istituto giuridico dell'*indipendenza* ha in questo senso trova espressione nel principio, sopra accennato, della *separazione* della giurisdizione dall'amministrazione. Anche laddove, però, questa esigenza è appagata a livello costituzionale, laddove cioè la esecuzione delle leggi è ripartita tra due apparati di autorità diversi e rispettivamente isolati che, in sé conchiusi, stanno l'uno accanto all'altro, anche là l'indipendenza dei tribunali — prescindendo dai casi prima indicati — non è e non può essere attuata senza eccezioni: e ciò in quanto ci dev'essere un effettivo coordinamento, cioè una parità completa delle due specie di autorità, essendo considerate le funzioni di entrambe esecuzione della legge e quindi tanto applicazione quanto produzione del diritto ed essendo pertanto egualmente valutate dal punto di vista giuridico.

12. Il riconoscimento della fondamentale parità tra autorità giudiziarie e autorità amministrative non può cioè non avere la conseguenza che, come le autorità amministrative sono vincolate dagli atti giuridici dei tribunali (le sentenze giudiziarie), anche i tribunali siano vincolati dagli atti giuridici che le autorità amministrative adottano, in forma di decisioni o decreti, nell'ambito della rispettiva competenza. Poiché la distribuzione della materia giuridica tra giurisdizione e amministrazione, la divisione delle leggi — secondo l'autorità chiamata ad eseguirle — in leggi amministrative e leggi giudiziarie è arbitraria e, com'è stato provato, si spiega soltanto sul piano storico-politico, è del tutto escluso che l'efficacia giuridica degli atti dell'amministrazione non penetri anche nel campo della giurisdizione. La situazione processuale che mette il tribunale di fronte ad una tale efficacia è tipica: un tribunale, nel pieno della propria competenza, è chiamato a decidere su una controversia (o su un'azione penale); la sua pronuncia è però condizionata, in tutto o in parte, dalla decisione di una questione pregiudiziale, che appartiene alla competenza di un'autorità amministrativa. Lasciamo da parte il caso in cui l'autorità amministrativa non abbia ancora provveduto. Se l'ordinamento processuale consente al tribunale di decidere, in via interlocutoria, anche la questione pregiudiziale, prevedendo la possibilità di una correzione della decisione giudiziaria circa la questione principale solo per il caso di una successiva contraria pronuncia dell'autorità amministrativa competente, questa è una disciplina che non nuoce al principio di parità tra giurisdizione e amministrazione. Qui interessa invece solo il caso in cui, su quella che è una questione pregiudiziale nel procedimento davanti al giudice, esiste una decisione o un decreto della competente autorità amministrativa e quindi una norma individuale in forma di atto amministrativo. Qualche esempio può meglio chiarire. Il proprietario di un fondo agisce in giudizio contro l'uso di una strada che attraversa quel fondo. Il convenuto eccepisce davanti al tribunale che la strada è stata dichiarata pubblica dalla competente autorità ammini-

strativa. Oppure: un'autorità amministrativa, nell'ambito della competenza ad essa attribuita dalla legge, concede al coniuge che, secondo il diritto austriaco, sia separato ma non divorziato, la dispensa dall'impedimento del preesistente vincolo matrimoniale. Il nuovo matrimonio celebrato sulla base dell'atto di dispensa che ha rimosso l'impedimento viene impugnato davanti al tribunale competente. O ancora: un'autorità amministrativa munisce di clausola esecutiva un ordine di pagamento emesso a carico di un soggetto e rientrante nella competenza dell'amministrazione e — a termini di legge — chiede ad un tribunale l'esecuzione. Orbene, se nel decidere la questione pregiudiziale relativa al carattere pubblico della strada, alla legalità della dispensa, alla esecutività del credito, il tribunale è vincolato dal provvedimento dell'amministrazione e deve quindi decidere la questione principale rigettando la domanda o l'impugnazione o concedendo l'esecuzione, non si può più parlare di una sua indipendenza nei confronti dell'amministrazione. Una piena indipendenza in questo senso vi sarebbe qualora il tribunale potesse decidere autonomamente anche la questione pregiudiziale e non fosse in ciò vincolato dall'atto amministrativo che ha di fronte; e avesse quindi la possibilità di accogliere la domanda proposta contro chi usa la strada con la motivazione che si tratta di una strada privata sebbene la competente autorità l'abbia dichiarata pubblica; di dichiarare invalido il matrimonio impugnato per il fatto che vi ostava l'impedimento del preesistente vincolo matrimoniale, sebbene la competente autorità amministrativa abbia rimosso il vincolo mediante la dispensa; di non concedere l'esecuzione in quanto il credito non è esecutivo, sebbene la competente autorità amministrativa lo abbia dichiarato tale. Ciò significherebbe che il tribunale avrebbe il potere di annullare gli effetti giuridici dell'atto amministrativo e quindi, indirettamente, l'atto medesimo. Nell'interesse dell'indipendenza dei tribunali, la loro competenza sarebbe così estesa, in presenza di determinati presupposti, anche alle materie amministrative, cioè a quelle materie la cui disciplina individuale

spetta altrimenti alle autorità amministrative. Sarebbe una esagerazione del principio della separazione della giurisdizione dall'amministrazione, realizzata attraverso un aumento di competenza a vantaggio della prima e a spese della seconda e in aperta violazione del principio della parità, che si fonda sul carattere giuridico delle funzioni di entrambe.

13. Nella stessa misura in cui si riconosce questa parità, si rende necessario vincolare i tribunali agli atti amministrativi, — cioè limitarne l'indipendenza rispetto all'amministrazione — salvaguardando la competenza delle autorità amministrative nei confronti dei tribunali anche quando questi ultimi devono decidere come questione pregiudiziale una questione già decisa dalle autorità amministrative. Ciò si verifica per esempio, anche nel diritto austriaco. Sebbene, infatti, già prima della riforma amministrativa del 1925, si potesse sostenere l'idea che, nella decisione delle questioni pregiudiziali, i tribunali fossero vincolati dagli atti della competente autorità amministrativa, dopo la disposizione del par. 68 della legge generale sul procedimento amministrativo del 1925 è del tutto fuor di dubbio che gli atti amministrativi — direttamente o indirettamente — possono essere annullati solo attraverso un procedimento davanti all'autorità amministrativa e quindi sono vincolanti, hanno cioè una relativa efficacia giuridica nei confronti dei tribunali ordinari. Se questi trascurano il precetto del par. 68 della predetta legge e, nel decidere una questione pregiudiziale già decisa dalla competente autorità amministrativa, non si riengono vincolati dall'atto amministrativo che sta loro davanti, e quindi interferiscono nella competenza dell'autorità amministrativa legislativamente fissata, nasce un vero e proprio conflitto di attribuzioni che va risolto secondo le apposite disposizioni dettate di volta in volta dall'ordinamento e, per quanto riguarda l'Austria, secondo il par. 42 della legge sulla corte costituzionale del 1925 (?).

(?) Cfr. al riguardo il mio saggio *Zum Begriff des Kompetenzkonfliktes*, in *Jur. Blätter*, 1928, n. 6.

Se è così difficile per la teoria e per la prassi abituarsi a riconoscere il vincolo che deriva ai tribunali dagli atti amministrativi, ciò si deve in gran parte ad un'idea errata dell'indipendenza dei tribunali. Non è stato mai insegnato ai nostri giuristi che l'indipendenza dei tribunali nei confronti dell'amministrazione può subire e subisce limitazioni. E questa idea ipertrofica dell'indipendenza giudiziaria riposa ancora sulla dottrina che solo nel procedimento giudiziario si dia applicazione del diritto in senso proprio, che l'amministrazione, per sua natura, non sia propriamente un dominio del diritto, dal momento che emergono in questa sede non i fini giuridici dello stato, ma i suoi fini politici e di progresso civile, sicché la procedura giudiziaria acquista un valore più elevato di quella amministrativa, anzi ha essa sola, rispetto a quest'ultima, valore giuridico. Si vede con ciò a quali importanti conseguenze pratiche può condurre un'errata teoria dell'essenza dello stato e delle sue funzioni e quale significato eminentemente pratico può avere una dottrina depurata.

14. Di limitazione dell'indipendenza del giudice nei confronti dell'amministrazione si può parlare non soltanto in rapporto alla decisione di questioni pregiudiziali ma anche in rapporto alla stessa causa principale; e precisamente nel caso in cui il tribunale debba applicare un trattato internazionale oppure incida con la sua decisione sui rapporti dello stato con un altro stato. Quando la sentenza si pone in contrasto con gli obblighi internazionali dello stato, l'indipendenza del tribunale può dare origine ad un conflitto che non può essere composto pacificamente nei limiti in cui la sentenza non può essere eliminata attraverso la pronuncia di un tribunale superstatale, internazionale. E poiché costituzionalmente la competenza e la responsabilità dell'adempimento degli obblighi internazionali dello stato sono degli organi amministrativi, una limitazione dell'indipendenza giudiziaria in questo senso non può che apparire del tutto indiscutibile.

15. Se, da un lato, l'*indipendenza* dell'organo che pone il diritto non è un principio valido senza eccezioni o senza limitazioni all'interno del gruppo di autorità qualificate come *tribunali* o anche solo nei confronti del gruppo di autorità denominate *amministrazione*, non è, dall'altro, limitata ai tribunali ma trova applicazione anche in rapporto agli organi della c.d. amministrazione. Accade non di rado che, per determinati motivi, taluni organi incaricati di speciali funzioni, in particolare organi a struttura collegiale, vengano posti al di fuori dell'organizzazione generale delle autorità amministrative, che negli stati moderni fa capo di regola ai ministri. E ciò affinché queste speciali autorità siano sottratte all'influenza dei ministri; fine che viene raggiunto attraverso l'indipendenza, legislativamente sancita, di queste autorità nei riguardi degli organi dell'amministrazione generale e specialmente nei riguardi dei suoi capi, i ministri. Se a far parte di questi organi collegiali, in qualità di presidente o di membro, non si chiama alcun giudice di carriera, se i loro membri — per il resto indipendenti — vengono nominati, eventualmente solo per un breve periodo, dal ministro, non si è disposti a considerare queste autorità amministrative indipendenti come tribunali amministrativi; sebbene la differenza rispetto ai tribunali ordinari non stia nella mancanza d'indipendenza ma solo nella mancanza di particolari garanzie della medesima. Sono queste garanzie — l'immovibilità, l'intrasferibilità costituzionalmente sancite — che caratterizzano la posizione dei tribunali. Se si prescinde da esse e si tende per indipendenza il non essere vincolati da norme individuali, cioè da ordini impartiti da altri organi, allora tutti gli organi esecutivi più elevati, e in particolare i ministri e il capo dello stato, sono *indipendenti* quanto i tribunali. Il concetto di organo esecutivo *più elevato*, cioè di organo dell'esecuzione cui nessun altro organo è superiore, cui nessun altro organo può impartire ordini, coincide infatti col concetto di organo *indipendente*. È da osservare, a questo riguardo, che la garanzia specifica dell'indipendenza giudiziaria, l'immovibilità, sta esclusivamente nel fatto che un giudice può

essere rimosso solo mediante un procedimento giudiziario e che pertanto proprio su questo punto non c'è alcuna differenza sostanziale tra la posizione dei giudici e quella dei funzionari amministrativi, dato che a questi ultimi viene assicurato un diritto all'ufficio e, in particolare, funziona per essi, come organo disciplinare, non il ministro ma un organo collegiale da lui indipendente e quindi un'autorità che ha più o meno il carattere di un tribunale. Lo sviluppo del moderno ordinamento del pubblico impiego si muove senza dubbio in questa direzione. Dal punto di vista disciplinare, il funzionario amministrativo non è soggetto ad un *superiore* ma ad un tribunale disciplinare, ed è quindi *inamovibile* al pari del giudice.

È qui da segnalare che assai di recente è stata prospettata l'esigenza ⁽³⁾ di concedere ai funzionari amministrativi incaricati di funzioni giurisdizionali l'indipendenza e di garantirla nelle medesime forme previste per i giudici. In quanto il funzionario amministrativo svolge la stessa funzione del giudice, accertando mediante un procedimento regolato dalla legge l'esistenza di una fattispecie cui la legge collega una sanzione, al fine di applicare poi la sanzione prevista, e nei limiti in cui il funzionario applica tecnicamente la legge allo stesso modo del giudice, l'esigenza d'indipendenza non è in questo caso meno giustificata che nell'altro.

16. Questa indipendenza dei funzionari amministrativi è essenzialmente rivolta, com'è naturale, contro il capo dell'amministrazione, il ministro. Essa trova la sua spiegazione e la sua giustificazione nell'odierno contrasto tra il funzionario amministrativo autocratico e burocratico e il ministro democraticamente nominato, che gravita essenzialmente nell'ambito della politica di partito. L'indipendenza nei confronti del ministro tende a rafforzare la posizione del burocrate, al quale è pressoché preclusa l'ascesa alla carica di ministro e la cui qualifi-

cazione professionale, fondata su una specifica preparazione, viene in tal modo svalutata. Ma la richiesta d'indipendenza dei funzionari amministrativi incaricati di funzioni giurisdicenti trova una ragione particolarmente seria nel legittimo bisogno di depoliticizzare l'amministrazione. Un ministro soggetto quasi senza limiti all'influenza della politica di partito troppo facilmente è disposto a trasmettere la pressione su di lui esercitata anche nell'ambito del procedimento amministrativo consacrato alla giurisdizione.

Un'indipendenza dell'organo giurisdicente costituzionalmente garantita gioverebbe alla depoliticizzazione non solo sul terreno amministrativo. Nell'ambito della giurisdizione, nel quale è sorto, l'istituto dell'indipendenza ha già subito, infatti, un mutamento di significato in questo senso. Oggi, esso è lungi dal servire come limitazione del potere assoluto del principe, poiché questo è scomparso. Già nella monarchia costituzionale, nella quale il monarca poteva adottare atti di governo solo con la controfirma dei ministri responsabili, nessun serio pericolo derivava dal capo dello stato ai tribunali e quindi al legittimo svolgimento della giurisdizione. Ma nella repubblica democratica parlamentare è l'influenza dei partiti politici presenti in parlamento che — in quanto cerchi la sua strada attraverso i ministri di estrazione parlamentare — trova un certo limite nell'indipendenza dei tribunali. Ci si deve senza dubbio guardare dal sopravvalutare l'importanza di questo limite. Democrazia significa stato di partiti; nella stessa misura in cui la depoliticizzazione procede, cresce anche la politicizzazione dell'apparato delle autorità. Per poterlo influenzare, i partiti politici non devono necessariamente servirsi dei ministri. E dunque si può seriamente discutere se l'istituto dell'indipendenza, dopo il mutamento di significato che ha subito, rappresenti ancora quella garanzia di legalità che prima costituiva. E si deve anche osservare che, qualora i gruppi d'interessi fra i quali viene reclutato il ceto giudiziario, siano diversi da quelli che formano la maggioranza del popolo o del parlamento, l'indipendenza de giudici, come una volta si rivolgeva contro il principe as-

⁽³⁾ Cfr. al riguardo KÖRNER, *Unabhängigkeit der Verwaltungsrechtspflegung*, in *Prager Juristische Zeitschrift*, VII, n. 8.

soltanto, così può oggi rivolgersi contro il parlamento detentori del potere legislativo: una istituzione originariamente concepita in termini affatto democratici può giungere a funzionare in modo antidemocratico.

17. Con l'affermare una differenza essenziale tra giurisdizione e amministrazione, la dottrina giuridica tradizionale mette in campo, accanto all'indipendenza dell'organo giudiziario, un secondo elemento intimamente legato al suo proposito di collocare l'amministrazione statale al di fuori dell'ambito del diritto. Si cerca cioè di differenziare la giurisdizione esercitata dai tribunali dall'amministrazione qualificando questa come essenzialmente *libera (freie)* rispetto a quella. La *libertà* dell'amministrazione non può che essere, naturalmente, una libertà dal diritto. Ma poiché — proprio a causa delle leggi amministrative — non è facile sostenere una totale assenza di rapporti tra amministrazione e diritto, si cerca d'interpretare il rapporto tra legge e sentenza del giudice in modo sostanzialmente diverso dal rapporto tra legge e atto dell'amministrazione. Il giudice applicherebbe la legge, giuricherebbe secondo la legge, sarebbe vincolato dalla legge. L'amministrazione si dispiegherebbe invece liberamente all'interno dei limiti posti dalle norme giuridiche; sarebbe un libero perseguimento dei fini dello stato entro l'ambito del diritto. Alla sua assenza apparterebbe quindi il potere discrezionale delle autorità amministrative.

Questa distinzione è impossibile sul piano logico e maschera un postulato politico che contraddice il diritto positivo. È facile dimostrare come ogni applicazione del diritto, cioè ogni concretizzazione di norme generali, ogni passaggio da un grado più alto a un grado più basso della produzione giuridica è solo ricompimento di una cornice, solo attività all'interno dei limiti posti dalla norma di grado più alto. La determinazione del grado più basso attraverso il grado più alto non può essere mai completa, nel grado più basso devono sempre aggiungersi elementi di contenuto che mancano nel grado più alto, giacché

diversamente il processo di produzione del diritto non potrebbe ulteriormente progredire, un grado ulteriore sarebbe superfluo: al modo stesso in cui tra concetti astratti e idee concrete dev'essere necessariamente una oggettiva differenza di contenuto. Questa differenza necessaria tra grado più alto e grado più basso nella concretizzazione del diritto è il c.d. *potere discrezionale (freie Ermessen)*. Esso esiste fondamentalmente sia nella giurisdizione esercitata dai tribunali sia nell'amministrazione, in quanto entrambe non sono mai determinate dalla legislazione in modo completo ma solo in misura maggiore o minore; proprio come la stessa legislazione è determinata in misura maggiore o minore dalla costituzione e ha quindi un margine maggiore o minore di potere discrezionale. Se il giudice, nel caso concreto, debba assumere come esistente una concreta fattispecie penale, quale pena debba applicare entro i limiti stabiliti dalla legge, se le autorità amministrative debbano requisire ed abbattere il bestiame sospetto di epidemia, quale contenuto debba dare il legislatore alle proprie leggi, tutto questo rientra nel potere *discrezionale (frei)* e in pari tempo *vincolato*. È una fatica vana cercare di stabilire differenze qualitative tra questi casi, tra i quali vi sono differenze solo quantitative. La discrezionalità del legislatore è di regola certamente maggiore di quella del giudice penale, e quella delle autorità amministrative sta a mezza strada tra le due. Questa però è la normale disciplina positiva, ma le cose possono andare diversamente e vi sono casi di ampi vincoli imposti al legislatore e casi di straordinaria libertà del giudice.

Proprio intorno al problema fino a qual punto chi applica il diritto debba essere vincolato dalla legge, si contrappongono due vedute di politica del diritto. Gli uni esigono ampi vincoli, affinché il singolo non sia abbandonato all'arbitrio dell'organo, affinché vi sia certezza in questa fase della concretizzazione del diritto e questa sia il più possibile prevedibile e calcolabile. Gli altri chiedono invece un'ampia libertà, affinché la norma individuale, la concreta decisione o il decreto, si adattino il più possibile alla particolarità del caso e si eviti il rigore

Kelsen
pura », l
concedon
si dà col
di sé, ci
diffonder
tra le di
tore gli
cumenta
col part
vole ser
gello di
in queg
la diffid
ingenei
Molt
riconosc
grandi
e non s
sulla de
di segn
Bril
zione d
tivo pr
dal rif
che la
mutua
sen si
tutto
gile ed
teorica
di org

Hans
di diritt
Contratt
nelle in
1940) e
dove in
Ore
(1911):
Völker
Wesen
Staats/
questo
Collar
and N
and S

connesso con una normazione generale troppo dettagliata e completa. La soluzione di questo contrasto dipende molto dalla qualità del materiale umano disponibile per la funzione dell'organo e quindi, in ultima analisi, dalla fiducia nella bontà degli uomini. Chi crede nella possibilità di uomini buoni, che non abusino dei loro poteri, che siano saggi e giusti, lascerà tutto alla discrezionalità di questi giudici-re. Diversamente, cercherà di limitare il più possibile questa discrezionalità, che è il potere, il potere giuridico di chi applica il diritto. Anche nel caso della discrezionalità più ampia, tuttavia, la legge e quindi il vincolo da essa derivante a chi applica il diritto non vengono del tutto eliminati. C'è sempre, sia pure in forma pre-supposta, la legge fondamentale che istituisce il giudice-re come tale e stabilisce che il diritto specifico, individuale venga posto, realizzato coattivamente. Sicché la discrezionalità non è mai del tutto libera, priva di una qualche norma che stabilisca l'atto ricadente 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; e non è mai del tutto vincolata giacché altrimenti l'atto discrezionale sarebbe senz'altro impossibile. Se nel concetto di *applicazione* della legge trova espressione il carattere vincolato dell'atto giuridico individuale, il concetto di agire *entro i limiti della legge*, *secondo* la legge, si riferisce alla libertà che la legge necessariamente riconosce a tale atto. Non ha senso distinguere gli atti giuridici in liberi e vincolati, giacché ogni atto giuridico è l'una e l'altra cosa; e questa distinzione indica solo il tentativo di privare ideologicamente alcuni atti del loro carattere giuridico col dichiararli essenzialmente liberi.

18. Questa tendenza appare particolarmente chiara nel tentativo della teoria di riconoscere all'amministrazione, ad onta di ogni contraddizione, il primo posto tra le funzioni dello stato. Questa sarebbe l'unica funzione essenziale, che avrebbe storicamente preceduto tutte le altre e alla quale si sarebbero in seguito aggiunte la legislazione e la giurisdizione. Si ritiene

che solo l'amministrazione sia una funzione statale necessariamente continua e che le altre due abbiano invece carattere intermittente; che lo stato potrebbe senza dubbio esistere senza legislazione e, temporaneamente, anche senza giurisdizione, ma neppure un momento senz'amministrazione. Questa sarebbe infatti anche la funzione più completa, spettando ad essa la preparazione delle leggi e l'esecuzione delle sentenze. Tutto ciò è chiaramente inesatto o è una interpretazione assolutamente distorta della realtà. Se per amministrazione s'intende la funzione statale materiale solitamente così denominata, non c'è stata in origine alcuna amministrazione ma solo giurisdizione. Lo stato primitivo è un ordinamento che si limita ad atti coercitivi nei riguardi di talune fattispecie considerate socialmente dannose, e quindi a quelle che vengono chiamate la pena e la guerra. Il fatto che non vi sia una *legislazione* non significa però che non vi sia alcuna legge nel senso di norma generale. Anche la produzione consuetudinaria di norme generali è *legislazione* nel senso in cui si esprime la natura di questa funzione. La legislazione, come cosciente posizione di norme generali da parte di organi appositi, è senza dubbio, in tempi normali, un'attività solo intermittente. L'amministrazione è però funzione relativamente continua non più della giurisdizione in senso tradizionale. Del resto, con il crescente potere del parlamento, anche la legislazione ha assunto la tendenza ad intensificarsi e a divenire continua. Quanto poi alla completezza dell'amministrazione, si tratta di un'evidente illusione. Se si vuole considerare la preparazione di un disegno di legge un atto giuridico, questo può essere solo concepito come stadio del procedimento legislativo e ricondotto quindi alla funzione legislativa e non a quella amministrativa. Che, nelle moderne democrazie, quest'atto preparatorio sia di regola affidato, non senza eccezioni, a funzionari amministrativi, ad organi ausiliari del governo, ciò non significa che l'atto diviene in tal modo un atto amministrativo ma solo che questi funzionari amministrativi diventano organi legislativi. Lo stesso può dirsi della esecuzione delle sentenze giudiziarie.

Questa è una funzione giudiziaria, non amministrativa, e anche se l'organo che la svolge non è indipendente, è pur sempre giurisdizione.

19. Questa curiosa teoria svela il proprio reale significato nelle conclusioni che trae da siffatte premesse. Poiché l'amministrazione ha carattere originario, la sua posizione cambia con l'avvento della legislazione. Questa — intesa come ordinamento giuridico generale o semplicemente come diritto — assoggetta a sé parti via via sempre più grandi dell'amministrazione, a priori indipendente dal diritto: dell'*amministrazione*, cioè chiaramente dello *stato* indipendente dal diritto! Naturalmente — così s'insegna — il diritto non assoggetta a sé l'intero campo dell'amministrazione né assoggetta l'amministrazione nella stessa misura della giurisdizione, cioè interamente. A quest'amministrazione da esso indipendente, il diritto pone solo certi *limiti*. E anche questo vale solo per lo stato moderno, che in tal modo diventa stato di diritto: uno stato in cui dominano le leggi e, nei limiti delle regole giuridiche, viene esercitata l'amministrazione; la quale però non può essere giudicata principalmente sul piano giuridico.

Il punto dove va a parare tutta questa confusione di concetti è questo: da un lato, si vuole concepire l'amministrazione in qualche modo come una funzione giuridica in quanto funzione statale, dall'altro però si vogliono il più possibile eliminare da questo settore i molesti vincoli della legge. Gli atti amministrativi non dovrebbero essere valutati alla stregua di regole giuridiche così rigide come avviene per gli atti giudiziari. Qui dovrebbero poter valere come atti statali anche atti che non si dimostrino conformi al diritto e si dovrebbe ricavarne dall'essenza dello stato che un vincolo giuridico non è possibile o efficace o non lo è completamente. Questa teoria trova la sua espressione più schietta nella dottrina che afferma in modo esplicito che l'atto amministrativo — a differenza dall'atto giudiziario, dalla sentenza — non trae la propria validità o gli effetti giuridici con esso collegati da una norma che

lo sovrasta, dalla legge, ma reca in se stesso la propria forza giuridical

20. Questa teoria dell'amministrazione come attività statale essenzialmente libera si spiega in parte col fatto che l'attività dello stato inizialmente denominata amministrazione non era così ampiamente determinata da norme generali di contenuto materiale come la giurisdizione dei tribunali. Com'è stato sopra mostrato, il monarca assoluto aveva scarsi motivi di limitare particolarmente con *leggi* proprio nel campo dell'amministrazione la facoltà di porre liberamente il diritto riconosciuto dagli dalla costituzione. Ma già nella monarchia costituzionale, dove la base per porre il diritto individuale non era più la volontà del solo monarca ma la legge come deliberazione sanzionata dal parlamento, se lo stato doveva espandere la propria attività in una qualche direzione, era necessaria una legge che venisse chiaramente esternata. Questa poteva essere concepita in termini affatto generali e poteva riconoscere alle autorità amministrative una dose di potere discrezionale maggiore di quella che le leggi giudiziarie erano solite lasciare ai tribunali. Nel corso dello sviluppo, tuttavia, questa differenza scomparire quasi completamente. Quanto più importanti diventano gli interessi individuali sui quali incidono le leggi amministrative, quanto più cresce il potere del parlamento nei confronti del monarca — interessato, in contrasto col primo, al potere discrezionale degli organi amministrativi a lui sottoposti — tanto più il procedimento amministrativo si avvicina a quello giudiziario; non solo, ma tanto più dettagliate diventano anche le leggi amministrative sostanziali, tanto più minutamente regolano l'attività dell'amministrazione.

La conformità dell'amministrazione al modello giudiziario, che si manifesta in modo particolarmente chiaro nello sviluppo di un processo amministrativo di tipo giudiziario, importante ai fini della funzione giurisdizionale dell'amministrazione, si esprime nel modo più vigoroso con l'avvento della giurisdizione amministrativa. Questa esiste allorché vengono affidate

funzioni giurisdizionali amministrative ad organi che godono di tutte le garanzie dell'indipendenza giudiziaria. E che altro mai è tutto ciò se non amministrazione per mezzo di tribunali, amministrazione come giurisdizione? È indifferente, a questo riguardo, che il procedimento amministrativo si svolga, già in prima istanza, davanti ad un tribunale amministrativo o che questo intervenga, come istanza suprema o straordinaria, solo dopo l'esaurimento dei ricorsi amministrativi. Eppure la teoria si attiene alla opposizione concettuale tra giurisdizione e amministrazione; e la prassi, anche di fronte ad una legittimità dell'azione amministrativa garantita dalla piena indipendenza degli organi giurisdicenti, si oppone a che i tribunali ordinari siano vincolati dall'atto amministrativo! E a questo proposito, sul campo della giurisdizione si affermano tendenze che avvicinano quest'ultima alla situazione in cui si trovava per l'addietro l'amministrazione. Si è oggi disposti, cioè, ad allentare i vincoli sempre più ampi dei tribunali, ad aumentare il loro potere discrezionale.

21. Se, considerando tutte queste circostanze, viene ancora mantenuta la dottrina della *libertà* dell'amministrazione e della sua essenziale differenza dalla giurisdizione, questo significa che la teoria giuridica — come accade non di rado — è rimasta chiusa in una certa ideologia politica, sebbene questa, col completo mutamento delle basi costituzionali, abbia perduto il suo significato. L'intera dottrina dell'amministrazione qui tratteggiata è sorta sul terreno della monarchia costituzionale. La dottrina costituzionale di quest'ultima tendeva comprensibilmente a far sì che la perdita di potere subita dal monarca col venir meno dell'assolutismo fosse la minore possibile o apparessse tale. Limitato nel campo legislativo dalla rappresentanza popolare, pressoché totalmente escluso dalla giurisdizione a causa dell'indipendenza dei giudici, il monarca cerca di esercitare tanto più energeticamente nel campo amministrativo il potere che gli è rimasto. Si spiegano in gran parte così gli strani contorcimenti ai quali la teoria giuridica si deve pre-

stare. Nella repubblica democratica, quel fondamentale contrasto d'interessi tra il capo dell'amministrazione e l'organo titolare del potere legislativo viene meno. La teoria costituzionale del diritto amministrativo ha perduto la propria base e pertanto ha ora via libera l'opinione che il contrasto decisivo all'interno della funzione esecutiva stia in un luogo diverso da quello in cui lo si è finora cercato.

Non la funzione giudiziaria può essere separata, in quanto giurisdizione, dall'amministrazione, giacché quest'ultima, come è stato mostrato, è essa stessa in gran parte giurisdizione, anzi giurisdizione esercitata da organi indipendenti, ma tutto è da ricondurre sistematicamente alla distinzione tra amministrazione statale diretta e amministrazione statale indiretta, alla quale abbiamo accennato.

22. Com'è stato già esposto in un precedente contesto, nel campo amministrativo, lo stato non solo può costringere i privati ad un determinato comportamento che favorisca i suoi fini politici e di progresso civile e perseguire quindi tali fini indirettamente, prevedendo un atto coercitivo a carico di chi viola l'obbligo, come fa nel campo della giurisdizione; ma può anche, esso stesso, costruire ospedali e curarvi i malati, istituire scuole e impartirvi l'insegnamento, gestire ferrovie ecc.. La differenza tra amministrazione statale diretta e amministrazione statale indiretta può essere chiarita dall'esempio che segue. Lo stato può perseguire il fine d'impedire la diffusione delle malattie contagiose o punendo, attraverso propri organi amministrativi, la mancata disinfezione nel caso di talune malattie (dovere giuridico dei sudditi di provvedere alla disinfezione) oppure provvedendo alla disinfezione mediante i propri organi amministrativi (dovere dell'organo di provvedere alla disinfezione). Nel primo caso, il fine è raggiunto se lo stato non entra in azione, se cioè non ha motivo di farlo (in quanto il soggetto privato adempie il proprio dovere); nel secondo, accade esattamente il contrario: il fine è raggiunto se lo stato entra in azione (se l'organo statale adempie il proprio do-

vere). Anche nel secondo caso il comportamento voluto è assicurato solo mediante norme coercitive generali e individuali. La particolarità sta nel fatto che tale comportamento costituisce un dovere degli organi preposti a tale attività e retribuiti con fondi statali. Sul piano tecnico-giuridico, è assai diverso che alla costruzione di una strada, alla istituzione di una scuola e all'assunzione degli insegnanti siano obbligati dei privati sotto la comminatoria di una sanzione o che tutto ciò costituisca il contenuto di un dovere d'ufficio assicurato in via disciplinare; che alle spese relative si provveda con denaro privato o invece con fondi statali. Con *fondi statali* o a carico del fisco significa mediante una fonte di finanziamento giuridicamente qualificata in modo ben preciso, mediante un fondo centrale costituito in modo giuridicamente determinato, cioè con i tributi di tutti i cittadini, e del quale si può disporre in modo anch'esso giuridicamente determinato.

23. Le funzioni dello stato attraverso le quali i fini della comunità giuridica vengono perseguiti indirettamente, le funzioni di amministrazione indiretta e di giurisdizione, sono quelle in cui l'ordinamento statale si dimostra immediatamente un ordinamento coercitivo, lo stato un apparato coercitivo: pena, esecuzione, tipica reazione del diritto, cioè qui azione dello stato, atto statale. Nelle funzioni statali attraverso le quali i fini della comunità giuridica vengono realizzati direttamente, cioè nelle funzioni di amministrazione diretta, l'ordinamento coercitivo compare solo in forma mediata: qui l'attività qualificata come amministrazione statale diretta si presenta contenuta di doveri d'ufficio sanzionati con norme disciplinari. Sotto questo punto di vista tecnico-giuridico, lo sviluppo della comunità statale — nel suo complesso e prescindendo da talune limitate eccezioni — appare un progresso dall'amministrazione statale indiretta a quella diretta.

Nello stato primitivo, la forma più antica di comunità giuridica, i fini della comunità vengono perseguiti solo in modo indiretto. In origine, l'unica reazione del diritto è la pena, e

di essa viene incaricato chi è stato colpito nei propri interessi dal comportamento socialmente dannoso di un altro soggetto. La pena è ancora vendetta, vendetta del sangue. Più tardi, al posto dell'interessato, che agisce come organo della comunità giuridica, subentra l'organo specifico, ufficiale, cioè soggettivamente qualificato in un certo modo. Il diritto si crea il tribunale. Questo grado dello sviluppo tecnico-giuridico è caratterizzato dal fatto che l'atto coercitivo, la reazione del diritto, può essere posto solo da organi ufficiali e che solo un simile atto coercitivo (o il suo procedimento preparatorio) si presenta come atto dello stato. Lo stato è solo uno stato giudiziario. Nella fase successiva, come reazione del diritto interviene, accanto alla pena, l'esecuzione civile. Nel corso dell'ulteriore svolgimento, un progresso decisivo va colto non tanto nel fatto che accanto ad autorità giudiziarie vi siano autorità amministrative, fin tantoché queste svolgono le medesime funzioni dei tribunali — porre in essere atti coercitivi, pene, esecuzioni contro i soggetti che si comportano illegalmente — quanto invece nel fatto che agli organi ufficiali vengono anche affidate dall'ordinamento funzioni diverse dall'attuazione o dalla preparazione di atti coercitivi, allorché viene loro commesso il raggiungimento diretto dei fini della comunità. Solo a questo punto si passa dallo stato giudiziario al vero stato amministrativo.

24. In rapporto con questa modifica della struttura sostanziale dell'ordinamento statale, sta pure una modifica nel concetto di stato. Rispetto alla comunità giuridica, che non funziona ancora per mezzo di organi specifici, non c'è alcuna motivo per distinguere tra soggetto privato e organo statale. Gli atti giuridici di tutti i membri della comunità valgono in egual misura come atti della comunità, tutti gli atti giuridici sono in egual misura atti dello stato. Con la creazione di organi specifici e la distinzione tra diritto penale e diritto civile (alla pena si aggiunge l'esecuzione, che presuppone che i soggetti delegati dall'ordinamento possano regolare taluni rapporti reciproci mediante il negozio giuridico), nasce la di-

stinzione tra atti giuridici dei soggetti privati (da concepire come organi della comunità giuridica) e atti giuridici degli organi specifici, cioè degli organi ufficiali. Poiché questi ultimi atti esprimono la reazione caratteristica del diritto, in cui sfocia l'intero procedimento giuridico — quasi l'ultima battuta del ritmo col quale vibra l'apparato giuridico — essi penetrano nella coscienza in modo particolare. La comunità vi si manifesta col massimo di percettibilità, sono gli atti statali *par excellence*. Si differenziano nettamente dagli atti degli organi non ufficiali, dei semplici soggetti privati — gli atti negoziali dei cittadini. Dal concetto di stato in senso lato, che è un concetto dell'essenza giuridica e abbraccia ogni comunità giuridica o ordinamento giuridico, anche primitivi, si stacca un più limitato concetto di stato, che si riferisce solo all'ordinamento che istituisce organi ufficiali funzionanti secondo il principio della divisione del lavoro e che in ultima analisi significa solo il complesso degli atti giuridici posti in essere da questi organi specifici. Non è un concetto dell'essenza giuridica ma del contenuto giuridico dello stato; si fonda sul contenuto giuridico del concetto di organo ed esprime solo un ordinamento parziale all'interno dell'ordinamento totale che abbraccia tutti gli atti giuridici. Da ciò si ricava la differenza tra *stato* o *organo dello stato* e *oggetto privato*. Allo stato nel senso più limitato del suo contenuto giuridico si ricollega l'ulteriore sviluppo tecnico-giuridico che dallo stato giudiziario conduce allo stato amministrativo. Agli organi specifici in senso contenutistico è affidata la funzione di perseguire, oltre che in modo indiretto, anche in modo diretto i fini dello stato. Mentre però gli atti dell'amministrazione statale indiritta da realizzare in forma coercitiva sono posti in essere solo dallo *stato*, cioè da organi ufficiali, le fattispecie dell'amministrazione diretta sono poste in essere anche dallo stato in questo senso. In questo settore dell'amministrazione diretta, lo *stato* agisce in concorrenza con i privati; in quello, ha invece una posizione di monopolio. Sul piano tecnico-giuridico, lo sviluppo dallo stato di tipo capitalistico-individualistico allo stato socialista-universalistico signi-

fica che, anche nel settore dell'amministrazione diretta, lo stato mira ad una posizione di monopolio.

È da osservare, a questo proposito, che la distinzione tra amministrazione indiretta e amministrazione diretta — al pari di ogni distinzione all'interno di un sistema giuridico — non ha valore assoluto ma relativo. Il progresso storico dalla giurisdizione penale alla giurisdizione civile, all'amministrazione diretta attraverso quella indiretta, caratterizza insieme il continuo passaggio da un modo indiretto ad un modo diretto di perseguire i fini dello stato.

25. Per riassumere: Se le funzioni dello stato vengono considerate da un punto di vista formale, ne deriva un contrasto tra legislazione ed esecuzione delle leggi, che si sviluppa in una serie graduale che va dalla norma generale all'atto individuale. Da questo punto di vista, scompare ogni antitesi di principio tra giurisdizione e amministrazione, che si presentano entrambe come individualizzante esecuzione delle leggi. Né l'indipendenza dei tribunali né il potere discrezionale dell'amministrazione si sono dimostrati sufficienti per distinguere in modo univoco le due funzioni statali. Se invece le funzioni dello stato vengono considerate da un punto di vista materiale, cioè dal punto di vista dei fini perseguiti con l'apparato giuridico statale, se ne ricava una distinzione affatto diversa di tali funzioni: a seconda che i fini vengono realizzati in modo indiretto o diretto. E allora l'attività dei tribunali, al pari di gran parte di quella funzione dello stato comunemente denominata amministrazione, appare solo un modo indiretto di perseguire i fini dello stato. Questo modo, che si riferisce all'attività sia dei c.d. tribunali che delle c.d. autorità amministrative, potrà essere tanto più denominato amministrazione statale indiretta — amministrazione nel senso ampio del termine — in quanto tra l'attività statale ora denominata amministrazione e la c.d. giurisdizione non c'è alcuna sostanziale differenza ma una sostanziale uguaglianza di funzioni. Questa realtà non può non esprimersi, presto o tardi, anche sul piano

organizzativo, con la unificazione dell'apparato delle autorità incaricate di funzioni di amministrazione indiretta in senso ampio che siano sostanzialmente uguali; in modo tale che vengano eliminati l'assurdo dualismo e la concorrenza assai pericolosa tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa. All'amministrazione statale indiretta sta di fronte l'amministrazione statale diretta, che guadagna importanza nella stessa misura in cui lo stato diventa cosciente dei propri compiti sociali e interviene nella vita sociale con le sue funzioni assistenziali ed economiche.

Se si può assumere che, in futuro, al posto della distinzione, teoreticamente superata, tra giurisdizione e amministrazione, subentrerà la distinzione tra funzione o amministrazione statale diretta e indiretta e sarà fornita la base di una nuova sistemática giuridica e soprattutto di una nuova organizzazione delle autorità, ciò è perché si può forse assumere che lo stato del futuro sarà, in misura assai maggiore di quanto oggi avviene, non più semplicemente uno stato giudiziario, cioè solo uno stato di amministrazione indiretta, ma uno stato amministrativo nel senso più proprio della parola, cioè uno stato di amministrazione diretta. E se finora il diritto civile e il diritto penale, e quindi la giurisdizione penale e la giurisdizione civile, sono stati qualificati come « giustizia », cioè con il termine romano di *justitia*, e, sotto questo profilo, sono stati contrapposti al diritto amministrativo, ciò riflette in modo affatto ingenuo una concezione che attende la realizzazione della giustizia solo dal diritto giudiziario, solo dallo stato giudiziario, poiché è incline a vedere nella giustizia una retribuzione. Il superamento del contrasto tra giustizia e amministrazione in rapporto al progresso dallo stato giudiziario allo stato amministrativo significa l'affermarsi del convincimento che la giustizia — semmai — più che mediante il diritto giudiziario nello stato giudiziario, potrà essere attuata mediante il diritto amministrativo nello stato amministrativo, giacché ciò che importa non è tanto la giustizia retributiva quanto piuttosto la giustizia distributiva.

VI

SULLA TEORIA DELL'INTERPRETAZIONE