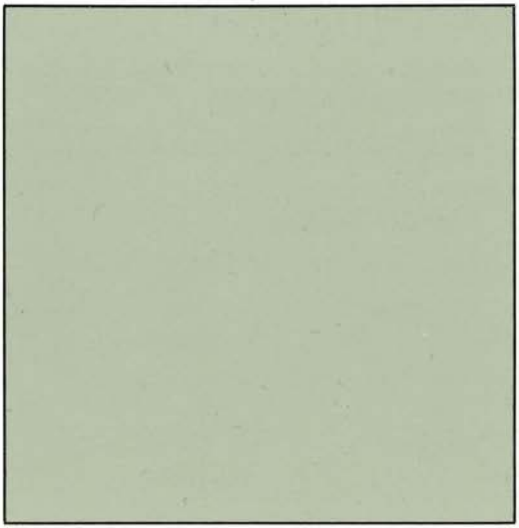
per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

25



BERNARDO SORDI

TRA WEIMAR E VIENNA

AMMINISTRAZIONE PUBBLICA
E TEORIA GIURIDICA
NEL PRIMO DOPOGUERRA

giuffrè editore milano

UNIVERSITA' DI FIRENZE

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

CENTRO DI STUDI

PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

promossa e diretta da PAOLO GROSSI

VOLUME VENTICINQUESIMO

Per la storia del pensiero giuridico moderno
25

BERNARDO SORDI

TRA WEIMAR E VIENNA

AMMINISTRAZIONE PUBBLICA E TEORIA GIURIDICA NEL PRIMO DOPOGUERRA

Milano - Giuffrè Editore

Ricerca effettuata grazie ad un contributo
della Fondazione Carlo Marchi di Firenze

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

ISBN 88-14-01319-5

© Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano
La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), sono riservati per tutti i Paesi.

(1987) Tipografia MORI & C. S.p.A. - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

PREFAZIONE

Devo riconoscere come tappa importante nella stesura di questo volume la relazione sul pensiero amministrativistico della « Scuola di Vienna » da me tenuta, all'inizio del 1986, in un seminario trentino organizzato con il consueto entusiasmo dai professori Pierangelo Schiera e Gustavo Gozzi e dedicato a *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale.*

Certo, se quella relazione non è stata l'occasione vera e propria di questo lavoro, è però servita da anello problematico di congiunzione tra l'indagine che qui si offre al lettore ed una ricerca precedente, interamente incentrata sull'Italia liberale e che ancora una volta verteva su di un tema fondamentale dell'universo giuspubblicistico: la giustizia amministrativa.

Già in quel primo lavoro i giuristi austriaci e tedeschi avevano fatto la loro comparsa, segno che le pur rilevanti specificità nazionali degli itinerari italiani dovevano comunque inserirsi in quel panorama europeo che si è ormai rivelato come il vero contesto in cui si svolgono le vicende amministrative tra '800 e '900.

Lo spingersi direttamente verso l'investigazione specifica di quelle fonti soddisfaceva personali curiosità, ma serviva più che altro alla comprensione delle evoluzioni, delle trasformazioni, delle metamorfosi di quei modelli ottocenteschi di amministrazione di cui proprio la giustizia amministrativa costituiva uno degli elementi più emblematici.

E in questa prospettiva la vicenda weimariana ha offerto un panorama di grande potere evocativo e di particolare leggibilità in cui le trasformazioni che si ricercavano sono apparse con evidenza ed in tutte le loro interconnessioni.

Giudicherà il lettore se si sia riusciti a restituire la complessità di quei percorsi amministrativi.

Per il momento preme ricordare chi al buon esito di questa ricerca ha in special modo contribuito.

Desidero qui ringraziare i professori Robert Walter della Università di Vienna e Michael Stolleis della Johann Wolfgang Goethe Universität di Francoforte sul Meno, che sono stati sempre interlocutori interessati e preziosi nell'indirizzarmi sui due versanti della ricerca.

Un particolare ringraziamento devo alla direzione dell'Hans Kelsen Institut di Vienna e del Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte di Francoforte per l'amichevole ospitalità offertami durante i miei soggiorni di studio. Un analogo ringraziamento devo anche al personale delle biblioteche delle Università di Vienna, Francoforte ed Heidelberg, nonché della Deutsche Bibliothek, sempre di Francoforte, per la competenza e la disponibilità dimostrate.

Desidero inoltre ricordare l'appoggio ampio e sincero della Signora Rosanna Marini che in qualità di Presidente della Fondazione Carlo Marchi ha facilitato in ogni modo i miei frequenti spostamenti verso Austria e Germania.

Ai professori Paolo Grossi, Pietro Costa e Maurizio Fioravanti, infine, va il mio affettuoso grazie per la paziente lettura del manoscritto.

Primavera 1987.

BERNARDO SORDI

INTRODUZIONE

Weimar, Vienna, il primo dopoguerra. Basterebbero queste poche coordinate, spaziali e temporali, a svelare in rapida sequenza la complessità di un'esperienza storica chiusa, nel breve volgere di quindici anni, tra l'Impero guglielmino ed il nazismo, temuto emblema della crisi della democrazia moderna, ma al tempo stesso continuo, « interessato » terreno di un'indagine che parla all'interprete con un'intensità tutta particolare.

Potrebbe sembrare che lo storico del diritto, costretto ad inseguire l'oggetto della propria ricerca secondo direttrici e tempi segnati dalla lunga durata e a ripercorrere il pigro scandirsi di una « storia lenta » ([1]), avesse difficoltà a rintracciare, in un arco così breve di anni, corrispondenti processi di trasformazione strutturale.

Tanto più se l'oggetto dell'indagine si colloca in quella parte del diritto pubblico, in quel diritto degli apparati e dell'amministrazione, in cui il termine « continuità » possiede un suo specifico potere significante, individuando quel nocciolo istituzionale dal lungo passato, dalle profonde ramificazioni, impermeabile ai mutamenti « sovrastrutturali » dei processi costituzionali, unico nucleo « reale » sotteso al tradizionale immaginario che circonda la personalità giuridica dello Stato.

Certo, anche in questo caso la lunga durata si conferma come la vera scansione delle vicende amministrative, se quel « primo dopoguerra », ora in modo impercettibile ora più tangibile, si viene dilatando ben oltre i suoi confini naturali, rivisitando un « prima » tutto sepolto nel regno delle monarchie costituzionali,

---

([1]) P. Grossi, *Storia sociale e dimensione giuridica*, in *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine ed ipotesi di lavoro.* Atti dell'incontro di studio Firenze 26-27 aprile 1985, a cura dello stesso Grossi, Milano, 1986, spec. p. 9.

immergendosi in un mondo inequivocabilmente ottocentesco, costretto ad inseguire il compiuto delinearsi dei processi osservati in un « dopo » che non può fare a meno di toccare le « novità » del regime nazista e di osservare l'affiorare lento, ma sicuro di nuove realtà amministrative.

Disponibili tuttavia a non rinchiudersi nei confini cronologici della Repubblica — troppo angusti per i tempi lunghi dei processi dell'amministrazione — la vicenda weimariana ci offre un quadro significativo proprio di quelle trasformazioni, con continui rimandi all'evidente ed ampia circolarità che tra '800 e '900 caratterizza il costituirsi dei nodi problematici nei paesi europei a diritto amministrativo.

Esiste infatti una dimensione dell'amministrazione e del suo diritto che al di là delle specificità istituzionali dei diversi ordinamenti, dei singoli sistemi nazionali, convoglia — sia pure per grandi linee — trasformazioni e loro trasposizione nelle sintesi dogmatiche, aumento dei compiti pubblici e crescita degli elementi convenzionali e pattizi negli statuti giuridici degli apparati, *puissance* e *service*, ma anche democrazia e amministrazione, giuridicizzazioni e concettuologie amministrative, elaborazione di principi teorici e ruoli politici delle burocrazie, su di una piattaforma in cui le nazionalità si stemperano di fronte al convergere di linee coerenti di mutamento strutturale.

Occorre quindi recuperare questa circolarità, questo carattere ultranazionale che contraddistinguono l'esperienza del diritto amministrativo tra '800 e '900 e che fanno del « blocco » continentale un panorama in cui i confini si assottigliano ed in cui le « invarianti » e le « varianti » [2] paiono dislocarsi su di un piano fortemente interconnesso al di sopra delle caratteristiche dei singoli ordinamenti.

Tutte le vicende-guida del diritto amministrativo moderno non possono essere confinate in ristretti ambiti nazionali, ma vanno « liberate » in una prospettiva disponibile alle interazioni, alle circolarità, alla dimensione europea delle riflessioni teoriche e dei cambiamenti strutturali, alla scoperta di quelle trasformazioni sotterranee che investono lo Stato e le istituzioni, i rapporti

(2) M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981.

con i processi economici, il modificarsi delle funzioni e dei compiti delle amministrazioni pubbliche e che investono pure le rappresentazioni concettuali del pubblico potere.

All'interno di questo panorama europeo Weimar ci offre anche qualcosa di più, una peculiare leggibilità in cui la lunga durata dei processi di evoluzione giuridica si comprime, si accavalla in un tumultuare di innovazioni, in un affollarsi di eventi che producono vistose accelerazioni dei tempi tradizionali, che svelano con chiarezza trasformazioni e continuità, mai così ravvicinate, così strettamente contigue.

La ricaduta teorica è decisiva, obbligata dal rapido incedere degli accadimenti ad un continuo ed intenso rivolgimento concettuale.

In questo senso, secondo noi, Weimar è ancora una vicenda emblematica non solo per la sua capacità di mettere a nudo le sorti di una democrazia « minacciata », ma anche e soprattutto perché offre un referente storico e geografico di particolare potere espressivo per ripercorrere nella loro complessità i processi di trasformazione che sommergono l'amministrazione ottocentesca e le sue sintesi teoriche.

L'esperienza tedesca ci suggeriva per di più un punto di partenza di grande capacità evocativa.

Nel momento in cui, nel 1895, Otto Mayer affidava alle pagine del suo *Deutsches Verwaltungsrecht* ([3]) il proprio sistema dogmatico, era infatti già precostituita una piattaforma concettuale che conserverà a lungo, nei decenni successivi, la funzione di punto di riferimento obbligato per il lavoro dei giuristi, fosse stata questa da perfezionare e da sviluppare oppure al contrario radicalmente da innovare.

La molteplicità delle spinte istituzionali e teoriche che avevano solcato l'Ottocento giuridico si placava nelle pagine di Mayer nelle linee affidanti di un modello sintetico.

([3]) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2 voll., Leipzig, 1895-96. Cfr. *infra* nota 1 (prima parte - prima sezione) e più in generale sul progetto di pubblicizzazione si veda il primo capitolo della prima sezione della prima parte.

Il progetto pubblicizzante che si compie in questo fortunato manuale risulta così un intreccio complesso di motivi, ora costituzionali ora amministrativi, il frutto ad un tempo reale ed ideologico delle interpretazioni del diritto positivo e degli sforzi creativi della scienza giuridica, delle « francesizzazioni » forzate del diritto amministrativo tedesco e delle letture della vicenda stessa di formazione dello Stato moderno.

La pubblicizzazione diventa il termine espressivo di un progetto metodologico, il simbolo dell'elaborazione di uno specifico giuridico amministrativo costruito contro la *staatswissenschaftliche Methode* e le rappresentazioni « globali » della scienza dell'amministrazione, interpreta il processo di specializzazione scientifica e sancisce l'affermazione potente del metodo giuridico.

Ma la pubblicizzazione assume subito anche altri ed immediati significati da ricercare lungo la grande direttrice della dicotomia pubblico-privato.

Da un lato la pubblicizzazione segue i sentieri della *Umbildung* (4), di quel programma di trasformazione degli istituti del diritto civile attraverso il diritto pubblico che doveva essere condotto sul campo, nell'elaborazione di istituti specificamente pubblicistici da opporre alla storica duplicità degli statuti amministrativi, all'intersecarsi di impero e gestione, autorità e consenso nelle forme di azione degli apparati pubblici.

Di fronte al lavoro creativo del giurista si erge il grande obiettivo polemico dell'universo giuridico dello Stato di polizia, l'immagine di un'amministrazione contesa tra *Befehl* e contratto, ora soggetto di diritto comune ora di diritto pubblico, ora Stato ora Fisco.

Ed il progetto è ambizioso se mira a riunificare il terreno amministrativo e ad elaborare una disciplina pubblicistica che sia anche in grado di costituire il « diritto comune », seppure pubblico, per l'azione degli apparati.

Dall'altro lato, in questo emanciparsi dai modelli giuridici dello Stato di polizia, la pubblicizzazione procede di pari passo

---

(4) F. FLEINER, *Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht*, Tübingen, 1906. Cfr. anche *infra* la nota 2 (prima parte - prima sezione).

con l'approfondirsi del fossato che divide giustizia e amministrazione.

L'operazione condotta sulle forme d'azione amministrativa, la costruzione di una contrattualità e di una patrimonialità « proprie » dell'amministrazione segnano anche l'abbandono, a prima vista definitivo, delle tipologie giurisdizionali di esercizio del potere pubblico.

Lo specifico amministrativo si sta costruendo cioè secondo uno specifico pubblicistico di tipo non giurisdizionale.

L'amministrazione viene formalizzata come potere radicalmente diverso da quello giudiziario non solo perché rappresenta un'« attività » di realizzazione di scopi non riducibile, nella sua natura di soggetto direttamente agente, soltanto ad un modello « indiretto », normativo di soddisfacimento delle finalità pubbliche, ma perché esprime una diversa base costituzionale e quindi anche una diversa relazione col diritto.

Il « pubblico » acquista così dei connotati ulteriori: non può limitarsi a raffigurare il mondo degli strumenti imperativi rispetto a quello della consensualità o del comando rispetto all'universo dei beni, perché il programma della *Umbildung* ne ha svelato la notevole elasticità e la grande capacità estensiva se ora quello stesso manto pubblicistico deve rivestire integralmente anche la dimensione contrattuale e patrimoniale dell'azione amministrativa.

Il pubblico evoca allora prima di tutto la sovranità, diventa l'espressione di un preciso modello costituzionale, il simbolo dell'autolegittimazione e della precostituzione dello statuale rispetto al giuridico: lo Stato prima del diritto, l'amministrazione prima della norma.

Il rapporto amministrativo è perciò sempre e comunque rapporto di diseguaglianza, puntuale registrazione del « rechtlichen Mehrwert gegenüber den Untertanen » (5) che l'amministrazione consegue in quanto tale, come nucleo forte dello Stato, garanzia dell'unità e della continuità del tessuto sociale.

---

(5) Per questa analisi del modello dominante cfr. H. KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, XXXI (1913), p. 192.

Il sistema dogmatico si dispone così nella sua purezza e linearità intorno a queste due declinazioni del pubblico, distinte perché la prima attiene ai modelli di attività e agli statuti d'azione, mentre la seconda si volge verso una dimensione più prettamente costituzionale, ma continuamente connesse se la lotta contro le eredità dello Stato di polizia, contro gli intrecci pubblico-privato è anche una lotta per l'affermazione completa della sovranità e se il pubblico è per antonomasia la dimensione del *Mehrwert*, il simbolo di una supremazia costituzionale di tipo storico prima che giuridico.

L'amministrazione non può essere allora che autorità, universo dell'impero e della supremazia, segno tangibile della statualità e della sovranità.

L'atto amministrativo ne è la forma giuridica di esternazione, il momento in cui quel potere e quella supremazia si concretizzano nel caso singolo e l'autorità si fissa in una dichiarazione del diritto che il suddito deve osservare.

Tutto proteso verso il polo autorità ed i modi della sua manifestazione, il sistema dogmatico sacrifica così ad una rappresentazione monolitica del cosmo pubblicistico ogni elemento che quell'unità potrebbe pericolosamente incrinare.

Così la consensualità pur necessaria all'estrinsecazione pratica dell'agire amministrativo sparisce, assorbita negli schemi pubblicizzanti, persistente, spesso perfino decisiva eppure nascosta sotto i pesanti veli ideologici del plusvalore giuridico « connaturato » alle manifestazioni del pubblico potere ([6]).

Lo stesso deve dirsi per gli aspetti prestazionali ed i profili organizzativi che pure in qualche modo devono trovare cittadinanza all'interno del sistema, ma prudentemente emarginati in costruzioni giuridiche — la *öffentliche Anstalt* per fare un esempio che ci diverrà familiare ([7]) — in cui ancora una volta si celebrano i fasti della supremazia dell'amministrazione e della sudditanza del cittadino.

([6]) Affrontiamo queste problematiche nel primo capitolo della seconda sezione della prima parte.

([7]) Rinviamo al secondo capitolo della seconda parte.

Sul finire dell'Ottocento Otto Mayer ci consegnava così una sintesi potente, un modello giuridico, espressione sì della separatezza, della semplicità, del carattere prevalentemente autoritativo dell'amministrazione ottocentesca, ma anche di un progetto costituzionale ben radicato negli equilibri dell'impero guglielmino e nell'assoluta centralità del principio monarchico, un disegno interamente pervaso dalla consapevolezza del ruolo decisivo che la giuspubblicistica aveva svolto e svolgeva nel fissare le linee fondanti del diritto amministrativo tedesco.

Di questo modello « ottocentesco » la vicenda che ci proponiamo di ricostruire segna la completa trasformazione.

Al lettore disponibile a ripercorrere il profondo articolarsi del giuridico, lasciato aperto ad una pluralità di diritti amministrativi possibili dall'apparente uniformità della scelta per il metodo giuridico, si dischiudono, compresse dall'accelerazione tipica della vicenda weimariana, quattro grandi direttrici di trasformazione.

Le prime due seguono ancora la dorsale pubblico-privato inserendosi nell'orbita delle dicotomie fissate da Otto Mayer, mentre le rimanenti interessano tematiche più schiettamente novecentesche, rimandando l'una allo sviluppo impetuoso di forme di « amministrazione diretta », l'altra invece alle delicate relazioni tra politica ed apparati burocratici, e si situano pertanto ben al centro delle questioni scoppiate tra gli anni venti e trenta.

Lungo la prima direttrice, in stretta contiguità con le sintesi di fine Ottocento e solo temporaneamente accantonata dal programma pubblicizzante, riemerge la storica duplicità degli statuti giuridici della pubblica amministrazione.

Il carattere « multiforme » (*vielgestaltig*) del diritto amministrativo rivendica una ricchezza di intersezioni tra pubblico e privato sacrificata dal monolitismo del programma dominante.

Si apre così un fronte contemporaneamente vecchio e nuovo, che si ammanta di una storicità del diritto amministrativo che reclama la propria vigenza contro le « lesioni » della scienza giuridica, ma che rispecchia anche in modo fedele un processo di privatizzazione delle strutture e degli statuti amministrativi che si sta avviando nei fatti parallelamente al crescere e al diversificarsi dei compiti pubblici.

Occorrerà allora ripercorrere un itinerario dai mille rivoli e dalle mille confluenze secondo un percorso in cui gli istituti cardine del programma mayeriano perdono la loro indiscussa centralità, « compromessi » da un continuo e progressivo inserimento di fattispecie consensuali che incrinano l'universo pubblicistico e minano l'incontrastata posizione che il simbolo stesso del pubblico, l'atto amministrativo, aveva conquistato nel sistema.

Allo stesso modo istituti nati, come l'*Anstalt*, da rilevanti pregiudiziali pubblicistiche e solidamente arroccati intorno a costrutti obbligatori culminanti in rapporti di sudditanza speciale, si convertono in tipi organizzativi indispensabili per raffigurare il crescente complicarsi e disaggregarsi della struttura amministrativa.

Se rispetto alla sintesi mayeriana consistenti sono o possono essere le differenze sul piano del diritto sostanziale, non muta invece il campo teorico in cui viene orbitato il discorso amministrativo e che si dispone secondo diversi equilibri tra autorità e consenso, tra atto e contratto, tra impero e gestione, tra attività e organizzazione, ma sempre all'interno di alternative e di compatibilità già esistenti nel *Deutsches Verwaltungsrecht* e necessarie per la stessa operatività di quel sistema dogmatico.

Provvisoriamente soffocata dal programma pubblicizzante ritorna in primo piano la solida invariante che si cela nella duplicità degli statuti giuridici dell'azione amministrativa: « vecchia », labandiana, anch'essa ottocentesca per la presenza di un polo autoritario resistente alla giuridicizzazione, autolegittimantesi, e quindi saldamente ancorata all'asse costituzionale che unisce il monarca ai « propri » apparati burocratici; « moderna », novecentesca, proiettata verso il futuro nella sua capacità di leggere i processi di trasformazione, nella sua « naturale » disponibilità a comprendere ed organizzare la crescita dei compiti pubblici e la diffusione degli strumenti privatistici, a seguire lo spostarsi del fulcro amministrativo dal rapporto individuale col cittadino al rapporto globale dello Stato con il processo economico.

Nella tranquillizzante continuità dei modelli costituzionali e delle prospettive ideologiche, la dialettica tra creatività e storicità, tra formalismo e realismo riacquista scansioni meno drammatiche,

mentre le alternative si ripropongono al di sotto di questo piano generale in più appartati — anche se rilevanti — binari dogmatici.

L'alternativa « privatistica » — ben progettata alla vigilia della prima guerra mondiale nelle pagine di Erich Kaufmann ([8]) — blocca così le sue capacità innovative costringendole all'interno di uno schema ideologico-costituzionale rigidamente immutabile: il problema amministrativo può allora risolversi, secondo questa prospettiva, con facilità, senza operazioni dolorose, semplicemente ristabilendo un equilibrio « naturale » alterato dalla pubblicizzazione forzata con la quale Mayer ha violentemente lacerato la storicità del tessuto giuridico che rivestiva l'amministrazione tedesca.

Soltanto lungo la seconda direttrice l'alternativa diventa allora in senso pieno costituzionale ponendo in discussione direttamente il campo teorico all'interno del quale si è organizzato, sino a tutto il primo decennio del Novecento, il discorso amministrativo.

Questa volta la pubblicizzazione è attaccata quindi per i suoi profili costituzionali, non tanto confutando la « forzosa » alterazione degli statuti amministrativi in senso pubblicistico, quanto abbattendo alla base la supremazia connaturale alla dimensione pubblica e rifiutando così la stessa dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato.

E solo in questo momento — con le prime prove della Scuola di Vienna ed in particolare con gli scritti giovanili di Hans Kelsen — il modello ottocentesco conosce una vigorosa sterzata verso l'amministrazione di garanzia ([9]).

Si assiste ad un deciso intervento demolitore che trascina con sé prima di ogni altra l'immagine stessa dello Stato, la sua « realtà » sino ad allora ben difesa nelle linee asettiche della persona giuridica o in quelle più « realistiche » della *Macht*.

Da questa rivoluzione copernicana si dipartono in una successione serrata tutti gli aggiornamenti costituzionali: la rinuncia alla centralità del principio monarchico procede parallelamente alla diffusione del principio di legalità non soltanto registrando il pro-

---

([8]) All'analisi di questo progetto abbiamo dedicato il secondo capitolo della prima sezione della prima parte.

([9]) Cfr. il terzo capitolo della prima sezione della prima parte.

gressivo mutare degli equilibri politici già nello stesso Impero guglielmino e poi con fratture più evidenti nelle costituzioni del primo dopoguerra, ma predisponendo anche una trama ordinamentale in cui si vanificano i « privilegi » della persona giuridica statuale.

Diventa così possibile reinserire tutti i fenomeni di estrinsecazione del pubblico potere e le manifestazioni della sovranità in una coerente catena di legittimazione normativa, aprendo allo stesso tempo il monolitico mondo dell'*imperium* ed i modelli semplificati di descrizione della dinamica istituzionale al crescente complicarsi e confliggere dei soggetti sociali.

Orientata da una concreta prospettiva *staats-und verwaltungsrechtlich* prima che da preoccupazioni di teoria generale, la dissoluzione kelseniana della realtà dello Stato si anima di immediate conseguenze amministrative.

Non si tratta più a questo punto di sollecitare diversi equilibri tra autorità e consenso, ma d'invertire ormai in modo radicale quel processo di differenziazione ed autonomizzazione dello specifico amministrativo che aveva trovato il suo culmine nel progetto di Otto Mayer.

L'operazione è complessa ed è condotta contemporaneamente seguendo due linee diverse, funzionali al carattere intrinsecamente dualistico che sta assumendo l'amministrazione moderna disputata tra la conferma dei propri connotati imperativo-autoritari e lo sviluppo di un'ampia sfera prestazionale.

In primo luogo, pilotata da un consapevole progetto costituzionale e confortata dalla ricchezza dei dati istituzionali propri dell'ordinamento amministrativo austriaco, la specialità amministrativa viene inserita in un itinerario di giuridicizzazione che tronca drasticamente l'emancipazione del potere amministrativo dai modelli giurisdizionali, proclamata con gran pompa da Mayer, e giunge sino a sfumare in larvate distinzioni organizzative la contrapposizione tra giustizia e amministrazione ([10]).

Il dispiegamento del principio di legalità nei meandri più riposti dell'autonomia amministrativa e la nascita dell'istituto

([10]) Si vedano i capitoli secondo e terzo della seconda sezione della prima parte.

procedimentale con la diffusione del « processo » in ogni « grado » di attuazione dell'ordinamento giuridico sanzionano, con la completa giuridicizzazione dell'amministrazione imperativa, anche la definitiva scomparsa delle pregiudiziali ideologiche ottocentesche.

Non spariscono — né lo potevano — gli elementi decisionistici del diritto, puntualmente riaffioranti nel momento in cui l'inversione concettuale del rapporto tra sovranità e diritto deve arrestarsi di fronte alla persistenza di un'amministrazione autorità, non rimuovibile come potere.

Nell'imperatività della norma individuale che l'amministrazione « crea » con il provvedimento rivive così lo schema elaborato sul modello della sentenza giurisdizionale, secondo il quale Otto Mayer aveva costruito una celebre e fortunata definizione di atto amministrativo.

I due termini della specialità come garanzia e della specialità come privilegio rivendicano una loro circolarità: abbandonati i contorti e sinuosi percorsi cui Mayer aveva costretto la giuridicizzazione del potere amministrativo, la sovranità si scioglie però definitivamente nel diritto attraverso una progressiva diluizione del plusvalore del pubblico nella predisposizione di strumentari trasparenti e controllabili che lasciano spazio alla *interpositio auctoritatis*, ma che condannano definitivamente ad una posizione costituzionale coerente con equilibri di potere ormai superati, una posizione di *Mehrwert* antagonistica e contraria ai processi di giuridicizzazione del pubblico potere.

Lungi dal rinchiudersi in improbabili formalismi, i modelli giurisdizionali della pubblica amministrazione, frutto del lavoro corale della giuspubblicistica austriaca si affidano così alle linee sofisticate di un sistema dogmatico-istituzionale di cui il procedimento rimane il simbolo più innovativo ed il segno palese di una amministrazione di garanzia interamente giuridicizzata.

La dissoluzione della posizione di *Mehrwert*, su cui si fondavano sino al primo decennio del Novecento le sintesi amministrative, opera tuttavia anche su di un piano diverso.

Si ha così un'ulteriore conferma che il progetto kelseniano basato sulla « allrechtliche Natur » dello Stato non si confina in un appagante, ma ideale paradiso metastorico, ma si accompagna ad una notevole capacità di lettura dei processi di trasformazione

in corso e ad una rivalutazione dell'incisività e delle capacità promozionali del diritto.

La dimostrazione del carattere esclusivamente ideologico di una distinzione pubblico-privato fondata sulla « naturale » diseguaglianza giuridica del rapporto pubblicistico serve da antidoto potente anche di fronte ai tentativi ricorrenti di bloccare le forme di manifestazione della volontà amministrativa intorno ad una sistematica dell'atto imperativo.

Dallo scioglimento della dicotomia pubblico-privato nella conquistata unità dell'ordinamento giuridico riemerge una negozialità propria dell'agire amministrativo in cui non solo si « addolcisce » l'imperatività del potere, ma si riscopre anche un « punto di vista materiale » ([11]) soffocato dalla centralità del provvedimento e grazie al quale l'amministrazione torna ad essere in senso pieno attività, realizzazione concreta di finalità, fornitrice di prestazioni e vantaggi.

Intuito da Kelsen già in uno scritto del 1913 ([12]), si distende un altro itinerario, dalla negozialità all'amministrazione diretta, ormai oltre il completamento del disegno dell'amministrazione di garanzia e lungo il quale s'incanala la crescita dei compiti pubblici e il rapido modificarsi del potere amministrativo; mentre, con l'incapacità del provvedimento di rappresentare ancora la forma giuridica principale dell'attività degli apparati in uno Stato amministrativo compiutamente sviluppato, si riapre, nella sua tematica novecentesca ed in tutta la sua attualità, anche il problema di una nuova dogmatica amministrativa.

L'apertura del mondo amministrativo alla dimensione costituzionale, ponendo in discussione gli stessi fondamenti del discorso giuspubblicistico ottocentesco, ne fissava così anche la completa trasfigurazione.

Non solo infatti le tenaci strutture amministrative si lasciavano permeare dalle trasformazioni costituzionali ed i processi di

---

([11]) KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, in *Zeitschrift für soziales Recht*, I (1929), trad. ital., a cura di C. Geraci, *Giurisdizione e amministrazione*, in ID., *Il primato del Parlamento*, Milano, 1982, p. 155.

([12]) Si tratta del già citato *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*. Per un esame analitico di questo scritto kelseniano rinviamo al terzo capitolo della prima sezione della prima parte.

giuridicizzazione potevano espungere, in un'articolata opera di ripulitura dogmatica, quel principio monarchico tanto resistente nelle concettuologie amministrative della giuspubblicistica tedesca ancora in periodo weimariano. Ma la stessa capacità di lettura delle trasformazioni strutturali e dell'incoerente intersecarsi di pubblico e privato poteva finalmente spingersi verso un'accettazione di quella complessità e di quel pluralismo, emancipandosi completamente da quel punto di appoggio concettuale che da Erich Kaufmann ad Ernst Forsthoff — sotto le diverse insegne della storica continuità del potere amministrativo o della saldezza costituzionale del *Führerprinzip* — avrebbe invece pesantemente condizionato, sino alla fine degli anni trenta, il « realismo » tedesco.

Gli approdi kelseniani all'amministrazione diretta, benché fissati in stretto collegamento con i principî teorici che avevano guidato, sin dall'inizio del secondo decennio del Novecento, lo smantellamento del programma di pubblicizzazione, vanno tuttavia collocati anche cronologicamente negli anni immediatamente successivi alla conclusione del primo conflitto mondiale.

In questo periodo infatti, con l'espansione qualitativa e quantitativa dei compiti pubblici e la radicale alterazione dell'equilibrio tra Stato e processo economico, che rende nebulosa ed incerta la distinzione, sino a poco prima nettissima, tra amministrazione ed economia, si avvia quella che noi abbiamo indicato come terza grande direttrice di trasformazione e si consolida la svolta verso lo Stato sociale ([13]).

Il prorompere perentorio di un'attività di tipo prestazionale, di un'amministrazione diretta costringe la pubblicizzazione alla sua involuzione più radicale, mentre la rigorosa unità del sistema teorico elaborato alla fine dell'800 si dissolve scindendosi irrimediabilmente nei due tronconi della *puissance* e del *service*, dell'*Eingriffs-* e della *Leistungsverwaltung*, dell'amministrazione giuridica e dell'amministrazione sociale.

Drammaticamente sottolineata dalla durezza dei conflitti propri della repubblica di Weimar, crolla l'unità costituzionale dello Stato, eretta sino alla ventata rivoluzionaria del 1918 intorno

---

([13]) Ai processi cui accenniamo nel testo e alle loro ricadute teoriche abbiamo dedicato la seconda parte del volume.

alle istituzioni autoritarie e al principio monarchico ed ora « dissolta » nel confliggere tumultuoso dei partiti politici. Stessa sorte subisce l'unità amministrativa, espressione « storica » di una amministrazione compatta di tipo burocratico ed ora disgregata dall'incalzare delle trasformazioni (14).

Di fronte ai notevoli problemi istituzionali di un ordinamento passato in modo repentino alle strutture democratiche proprie di uno Stato di partiti e di fronte allo sviluppo delle amministrazioni dell'ingerenza, sintomo di uno Stato ormai compiutamente *Interventionsstaat,* l'atteggiamento dei giuristi rivela stupiti sbigottimenti, mentre la riproposizione inalterata dei più autorevoli disegni ottocenteschi cade ormai in un coro di preoccupata incredulità.

Seguendo una linea interpretativa molte volte percorsa nelle ricostruzioni tedesche di storia della scienza amministrativa, l'interprete potrebbe a questo punto affidarsi ad una chiave di lettura unilineare tutta proiettata a valorizzare la progressiva emersione dei profili « realisti » propri di una giuspubblicistica in grado di dar conto anche a livello dogmatico dell'intensità dei mutamenti intervenuti nella struttura amministrativa (15).

Sullo sfondo, sicuro, tranquillizzante — anche se delineato nella sua interezza soltanto in periodo nazista — sarebbe già precostituito un punto di arrivo: Ernst Forsthoff e la *Leistungsverwaltung,* l'anti-Mayer, il fidato mentore del diritto amministrativo contemporaneo.

Ma ancora una volta dinanzi alle problematiche e alle dogmatiche di un diritto amministrativo maturo le alternative formalismo-realismo si rivelano scarsamente affidanti ed ancor meno selettive.

Riemerge fortissima una dimensione costituzionale, decisiva nell'orientamento dei processi di modernizzazione dogmatica, nucleo effettivo dei tentativi di comprensione della realtà, mai scissi dall'obiettivo di ridurre la scoperta della complessità ed i

---

(14) Lo vedremo meglio nel primo capitolo della seconda parte.

(15) Rinviamo in queste pagine introduttive al solo W. MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft,* Heidelberg und Karlsruhe, 1981.

fenomeni della policrazia e del pluralismo verso un punto di ricostituzione dell'unità perduta.

Subisce una conversione profonda anche il progetto pubblicizzante che si fa carico di salvare la statualità in pericolo, certamente rinnovato rispetto agli schemi ottocenteschi ed in grado d'interpretare in modo anche impietoso i processi di trasformazione.

In questo tentativo salvifico se, in una prospettiva costituzionale, tutti gli sforzi vengono indirizzati a ricostruire la « vera » volontà dello Stato il più lontano possibile dall'organo parlamentare, che del sociale può restituire soltanto una visione conflittuale, in una prospettiva più amministrativa il progetto si concentra nella metamorfosi degli istituti tradizionali — decisiva ancora una volta risulterà la figura dell'*Anstalt* — che devono sì adeguarsi ai nuovi compiti della *soziale Demokratie*, ma devono anche conservare intatta, di fronte al pericoloso privatizzarsi delle istituzioni, una salda natura pubblicistica.

Non può stupire allora che proprio tra le pagine dei « formalisti » sia possibile rinvenire gli schemi interpretativi più coerenti ad una realtà costituzionale ed amministrativa difficile e conflittuale.

Soltanto in questi modelli l'unità si trasforma da ipostasi « giusnaturalistica » in ipotesi ordinamentale pronta a registrare la complessità del politico e del sociale e a sciogliere la monoliticità ottocentesca della persona giuridica in una dimensione statuale ormai pienamente multiorganizzativa.

Anche l'epifania realistica che si sarebbe dovuta celebrare nel volumetto di Ernst Forsthoff — *Die Verwaltung als Leistungsträger* del 1938 — acquista così confini più netti e significati più precisi ([16]).

Da acclamato punto di arrivo di un riaccostamento ai « fatti » per molto tempo offuscato dal lungo sonno formalistico la « scoperta » della *Leistungsverwaltung* si conferma certo un capitolo rilevante della modernizzazione dogmatica ed il segno di una capacità di cogliere le innovazioni istituzionali del regime nazista

---

([16]) Si veda quanto diciamo nel terzo capitolo della seconda parte.

non comune nello stesso panorama degli anni trenta, ma si rivela anche un traguardo incomprensibile senza le premesse di quell'ideologia, senza l'abbandono delle pregiudiziali degli anni venti, senza la « soluzione » dei problemi costituzionali dell'unità e della stabilità « ritrovate » nelle sicurezze organicistiche del *Führerprinzip*.

Soltanto dopo che la questione costituzionale è stata « finalmente » « risolta », anche l'amministrazione può essere concettualizzata per quello che è, nel contraddittorio sovrapporsi di pubblico e privato, di autorità e consenso, di atto e contratto, di statuale ed economico.

Radicale diventa perciò l'inversione del modello costituzionale: quello che sino a pochi anni prima era fenomeno di crisi, di dissoluzione dell'unità, elemento disgregatore, si riscopre potente elemento di coesione del singolo alla collettività, realtà profonda dello Stato sociale, strumento fondamentale e formidabile di creazione del consenso.

In un'amministrazione che da potere che richiede legittimazione si trasforma in decisivo elemento legittimante dell'intera dinamica istituzionale, i « formalistici » problemi della garanzia naufragano senza rimedio. Il patrimonio di istituti elaborato intorno all'amministrazione imperativa non riesce così ad estendersi all'amministrazione diretta, confermandosi inscindibilmente legato al binomio tradizionale legalità-imperatività.

La dialettica tra l'amministrazione di garanzia e l'amministrazione diretta non esaurisce tuttavia ancora l'insieme dei nodi tematici che ruotano nel primo dopoguerra intorno alla pubblica amministrazione.

Esiste infatti una quarta ed ultima direttrice di trasformazione attraverso la quale sia i processi di giuridicizzazione del potere amministrativo sia quelli che svelano l'evoluzione dei tipi prestazionali di azione amministrativa possono essere ancora una volta ripercorsi, ma utilizzando una diversa base di partenza che svela nuove storicità ed ulteriori dati problematici ([17]).

Le relazioni tra politica e apparati burocratici acquistano infatti una delicata centralità negli ordinamenti costituzionali edifi-

([17]) Sarà proprio questo l'argomento della terza parte del lavoro.

cati in Austria e Germania dopo la conclusione del primo conflitto mondiale.

Dalle « repubbliche dei consigli » esce con forza, filtrato da una densa storicità, un imperativo di democrazia dell'amministrazione che pone in primo piano la compatibilità delle strutture burocratiche ereditate dalle monarchie ottocentesche con il nuovo ordinamento democratico.

Politica e amministrazione vanno alla ricerca di nuovi equilibri divise tra la riconosciuta indispensabilità di un corpo burocratico specializzato e tecnicizzato, essenziale ai compiti di una *Massendemokratie*, e la preoccupazione costituzionale nei confronti di una burocrazia che non si esita a definire « die größte Gefahr für die Demokratie ».

Tramontata l'alternativa consiliare il problema sopravvive nei progetti costituzionali elaborati da Max Weber contro lo strapotere burocratico e nelle pagine di un Kelsen per il quale il rapporto tra democrazia e amministrazione si orienta prima secondo profili generali di teoria della democrazia per poi calarsi subito nella realtà istituzionale del nuovo ordinamento austriaco.

Si concludono così percorsi circolari: l'antinomia tra *Demokratie* e *Verwaltung* trova una sintesi nelle riflessioni della Scuola di Vienna affidandosi di nuovo al primato della legislazione.

La rigida esecutività del potere amministrativo delinea un modello di *Entpolitisierung* fondato sul ruolo portante del principio di legalità e nel quale si riflettono sia un disegno costituzionale fondato sul primato della politica e sulla centralità dei partiti — ancora fiducioso nella possibilità di trasferire, attraverso il compromesso legislativo, il politico nello statuale —, sia quel tipo ideale di amministrazione di garanzia elaborato nello smantellamento e nell'evoluzione della sintesi mayeriana.

L'indirizzarsi delle esigenze di democratizzazione dei corpi burocratici verso il primato della legalità costituisce così l'ultimo tassello di quell'amministrazione di garanzia, offrendo una risposta del tutto coerente ad un itinerario concettuale iniziato sin dal 1911 nelle pagine kelseniane dei *Hauptprobleme*.

E come tale è una soluzione storica, legata ai destini della legge e del suo primato, insufficiente oggi nell'impallidire della legalità di fronte agli statuti non imperativi di un'amministrazione

sprofondata nel politicizzarsi delle proprie strutture e costretta ad aprire la propria organizzazione alla molteplicità degli interessi sociali: una soluzione quindi incapace di restituirci nella sua interezza il volto dell'amministrazione contemporanea.

Di fronte alle « certezze » delle distinzioni kelseniane tra diritto e politica, tra legge e amministrazione, si aprono nella loro attuale e viva complessità i problemi di un presente in cui l'indebolirsi del rapporto tra legge e attività amministrativa ha esteso i confini della *Parteienstaatlichkeit* ed aggravato i problemi posti dai deficit di legittimazione nati dalla perdita di contenuto di questa suprema manifestazione della volontà dello Stato.

Ma, se il primato della legalità, che Kelsen aveva comunque elaborato in funzione di quella trama ordinamentale e di quella unità di tipo « sistemico » che volevano registrare proprio la crescente complessità del politico, entra in crisi tra gli anni venti e trenta non è certo a causa di quella trasformazione della legge che si è poi definitivamente consolidata nel secondo dopoguerra.

La soluzione al rapporto conflittuale tra democrazia e amministrazione fondata su una *Entpolitisierung* di tipo legalistico si frantuma in realtà per l'opera diretta di eversione dell'ordinamento costituzionale weimariano cui i giuristi offrono rilevanti coperture teoriche.

La *Entpolitisierung* s'indirizza a questo punto contro quella politica dei partiti che nelle sue prime declinazioni avrebbe dovuto invece tutelare nelle sue legittime implicazioni istituzionali.

E diventa il termine espressivo di un nuovo ordinamento costituzionale da opporre alla politica conflittuale di disgregazione dell'unità: si utilizzano i vecchi strumentari del principio monarchico e dell'autolegittimazione dell'amministrazione per ricostruire nei diversi equilibri della Repubblica un asse politico tra il *Reichspräsident* e gli apparati burocratici cui affidare il « salvataggio » della dispersa statualità ([18]).

La vecchia parola d'ordine ottocentesca dell'amministrazione che si erge a « rimedio » nei confronti del partito politico è tra-

---

([18]) Ricordiamo, in questa sede introduttiva, il solo C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931, trad. ital., a cura di A. Caracciolo, *Il custode della costituzione*, Milano, 1981.

volta da nuove mediazioni tra politicità e neutralità, delineando una costruzione costituzionale ormai « senza » i partiti e legittimando il sistema presidiato e con esso l'eversione delle strutture democratico-parlamentari della repubblica di Weimar.

Torna l'unità, il topos continuo del discorso giuspubblicistico e con la « ritrovata » stabilità anche un argine sicuro a difesa della *Staatlichkeit*.

Travolte dall'impeto del sistema presidiato, le categorie tradizionali della legalità perdono i loro significati originari, nell'estendersi dello stato d'eccezione e nell'irrompere del nuovo « potere legittimo » delle ordinanze presidenziali di emergenza.

La neutralità è solo il manto ideologico che ricopre una completa revisione costituzionale. Si svela così una faccia ulteriore di quel rinnovamento del progetto pubblicizzante che abbiamo già incontrato nei tentativi di recuperare rassicuranti unità politico-amministrative dall'analisi « realistica » della policrazia e del pluralismo, nella ricerca di razionalità perdute con lo scoppiare del conflitto politico e l'allentarsi dei confini tra economico e statuale.

L'involuzione alla quale è sottoposta la *Entpolitisierung* dalla seconda metà degli anni venti rappresenta l'ulteriore riprova del paradigma concettuale entro il quale quel « realismo » rimane prigioniero.

Gli argomenti retorici usati nella questione burocratica sono gli stessi che abbiamo già ascoltato a proposito dell'unità amministrativa, della *öffentliche Anstalt*, della *Leistungsverwaltung*.

La possibilità di comprensione dei mutamenti strutturali rimane preda di un progetto di normalizzazione, di riduzione della complessità, di restaurazione della sovranità perduta o incrinata.

La profondità dell'analisi è sempre in funzione delle risposte costituzionali: l'individuazione dei processi di disgregazione delle strutture ottocentesche e dei fenomeni di contaminazione di razionalità e di distinzioni travolte dal sovrapporsi dell'economico allo statuale e dal politicizzarsi delle istituzioni pubbliche si riferiscono direttamente alle possibilità parallele di ristabilire unità e stabilità dissolte con l'intensificarsi delle trasformazioni.

La scoperta dell'irriducibilità del politico e la dichiarata insufficienza delle neutralizzazioni non possono essere allora affi-

danti, costruite con materiali vecchi o rinnovati per l'occasione, ed utilizzate in diretta eversione dell'ordinamento costituzionale della *Reichsverfassung*.

La ventata antiformalista si acquieta nel ristabilimento dei valori tradizionali dell'unità e dell'omogeneità del tessuto sociale e istituzionale, una volta affidati alle mani sicure del principio monarchico e alla salda supremazia dell'universo pubblicistico ed ora in cerca di nuovi « Träger der Staatlichkeit ».

Ma non c'è niente di necessario: tutto è funzionale in questa riscoperta del valore « giusnaturalistico » dell'unità.

Se nella crisi di Weimar è opportuno affidarsi all'asse politico burocrazia-presidente, con la « costituzione provvisoria della nuova Germania » ([19]), con il definitivo avvento del nazismo, questi strumentari costituzionali divengono inutile paccottiglia, tramontate illusioni del giurista.

La politicità può essere ora affidata senza più filtri alle saldissime redini del *Führerprinzip*, può dilagare nell'ordinamento, facendo strage delle residue « neutralità », riconquistando unità e sovranità ed una nuova, indiscutibile, « Einzigartigkeit » del diritto pubblico e dell'amministrazione.

Da queste basi sicure lo sguardo sulla realtà amministrativa può essere gettato senza più ostacoli, orientato dalla capacità d'individuare in ciò che nella repubblica di Weimar era fenomeno di dissoluzione della sovranità e di privatizzazione del pubblico, una leva potentissima di rinsaldamento della collettività.

L'amministrazione, sino ad un attimo prima simbolo stesso della crisi e del venir meno delle « razionali » dicotomie ottocentesche, diventa la vera costituzione, la condizione del consenso, l'elemento di legittimazione dell'intero ordinamento, un terreno di nuovo completamente dominabile e dogmatizzabile dal giurista.

È inutile dire che non è di questa dogmatica che oggi sentiamo il bisogno.

La scienza del diritto amministrativo è rimasta a lungo in mezzo al guado, offuscata dalle pregiudiziali pubblicistiche che essa stessa aveva creato, portata fuori rotta dalla tendenza a leggere

([19]) Cfr. *infra* nota 251 (seconda parte).

invariabilmente sotto il segno della crisi lo stringersi degli intrecci tra pubblico e privato, tra statuale ed economico. E condizionata infine, quando questa realtà è risultata di nuovo organizzabile, da una prospettiva costituzionale in cui l'amministrazione da potere che richiedeva legittimazione si riscopriva fattore decisivo di creazione del consenso e quindi di legittimazione dell'assetto globale dei pubblici poteri.

Il diritto amministrativo, attardato dai problemi di giuridicizzazione delle strutture concettuali ereditate dalle sintesi di fine '800 — e terribilmente resistenti in Germania come in Italia ancora nel secondo dopoguerra —, confuso tra la fedeltà alle proprie sicurezze sistematiche e l'apprensione per le nuove realtà amministrative, frastornato da un realismo costruito in antitesi drastica con i valori della democrazia parlamentare, si è così continuamente interrogato sul significato della propria specialità e sulla sua stessa attualità.

Cullandosi in un'immagine dualistica, ha tuttavia rinunciato ad estendere e a riproblematizzare per le nuove dimensioni amministrative quel patrimonio di istituti e strumenti giuridici che nelle sue forme più sofisticate era stato formalizzato per l'amministrazione tradizionale nelle pagine della Scuola di Vienna.

Venute meno le sicurezze ottocentesche costruite intorno all'amministrazione imperativa, resisi evidenti i limiti intrinseci del realismo, l'obiettivo di una « nuova sistematica giuridica » ([20]), che Hans Kelsen aveva individuato già alla fine degli anni venti, pare oggi quanto mai attuale.

Prima di chiudere queste pagine introduttive ci sia permesso di svolgere un'ulteriore e definitiva considerazione.

Nell'itinerario che cerchiamo di ricostruire nel volume un posto di particolare rilievo ha assunto la figura di Hans Kelsen, certo non il solo ad impersonare il polo austriaco della vicenda, ma sempre presente, nell'arco di tempo considerato, nei passaggi decisivi: ora principale prosecutore e trasfiguratore del disegno di Otto Mayer, artefice del quadro più puro e raffinato dell'amministrazione di garanzia, ora consapevole interprete dell'intensità dei mutamenti costituzionali e strutturali cui l'approdo teorico

([20]) KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, cit., p. 156.

all'inconsistenza della « grande dicotomia » tra diritto pubblico e diritto privato offre non solo una evidentissima carica antiautoritaria, ma possibilità rappresentative in grado d'incanalare il vortice delle trasformazioni, ora provveduto *Verfassungspolitiker* in grado di trapiantare la propria teoria della democrazia in disegni istituzionali, in equilibri tra i poteri, in progetti costituzionali.

Il recupero degli intricati fili dogmatici ci svela così anche un « altro » Kelsen, non necessariamente il vero Kelsen di fronte al teorico generale, al filosofo della politica e della democrazia, al legislatore, al giudice costituzionale, al sociologo, ma un'altra faccia, poco conosciuta e, soprattutto poco utilizzata in Italia, un Kelsen a tempo pieno giurista di diritto pubblico.

Si apre così una delle prospettive più stimolanti per rileggere, nel farsi e disfarsi del suo sistema, innovazioni e continuità, verso un approccio storico che ci rende forse più vivo il suo modello e le sue elaborazioni teoriche, in connessione con la riflessione tedesca, immerso nei dibattiti e nei conflitti del pensiero giuridico a lui contemporaneo.

Ed è un modo per rivisitare le valenze del pensiero kelseniano non in astratto, non soltanto nella realizzazione del grande affresco della « dottrina pura », ma nelle sue applicazioni concrete, per allontanarsi, almeno per un momento, dalle secche degli scontri tra critici e fautori della « Scuola di Vienna », tra chi ne accusava e ne accusa l'estrema « disponibilità » della trama ordinamentale e chi ne difende invece il retroterra di valori e quel relativismo che si celano, neanche troppo dissimulati, dietro le « pretese » ad una conoscenza *formal-juristisch* ([21]).

C'è anche un Kelsen dei *Hauptprobleme*, dell'*Allgemeine Staatslehre*, degli scritti di diritto pubblico, un Kelsen giurista e grande giurista che conviene conoscere, valutare, apprezzare, criticare e che va comunque avvicinato dagli istituti, dalle operazioni condotte sulla dogmatica, secondo un percorso diverso da quello che normalmente si segue, dalla *Reine Rechtslehre* ai singoli rami del diritto, riscoprendo non solo lo svolgersi di una vicenda individuale, ma l'articolarsi di un pensiero dominato — almeno

([21]) Basti qui rinviare a N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto ed i suoi critici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, VIII (1954), pp. 356 e ss.

sino a tutto il terzo decennio del secolo — dalla centralità della prospettiva *staats- und verwaltungsrechtlich* (22).

Così di fronte alle ricorrenti raffigurazioni di una sintesi kelseniana annegata in una *Staatslehre* « senza qualità » (23), può essere forse opportuno, per una volta, mettere in luce e valutare le notevoli conseguenze pubblicistiche di una teoria che prende le mosse dall'annullamento consapevole della « realtà » dello Stato.

Anche questa « rilettura » kelseniana può forse essere allora un frutto non secondario dell'impegno a riandare, « dal di dentro » (24), tra Weimar e Vienna, al complesso snodarsi del discorso giuspubblicistico.

---

(22) Ci limitiamo qui a ricordare le opere principali del giurista austriaco che incontreremo più volte nel corso del lavoro: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911; ID., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925; ID., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, 1934; ID., *General theory of law and state*, Cambridge (Mass.), 1945; ID., *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960.

(23) La raffigurazione più celebre è quella di H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, LV (1926), pp. 289 e ss.

(24) P. GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto (qualche nota sul 'mestiere' di storico del diritto, a proposito di un recente 'corso' di lezioni)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 15 (1986), p. 595.

PARTE PRIMA

PUBBLICO E PRIVATO: UNA DICOTOMIA INCERTA. IL DIRITTO AMMINISTRATIVO DAI MODELLI OTTOCENTESCHI ALL'AMMINISTRAZIONE DI GARANZIA

Premessa.

A) I modelli teorici.

B) La realizzazione dei modelli teorici.

Premessa.

Può forse sembrare strano, a chi conosce la capacità sintetico-costruttiva e l'impassibilità dogmatica dell'opera di Otto Mayer, che a più di dieci anni di distanza dalla pubblicazione del *Deutsches Verwaltungsrecht* (1), Fritz Fleiner, uno dei principali continuatori del suo programma, iniziasse una famosa prolusione

(1) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2 voll., Leipzig 1895-1896. Il manuale conobbe anche altre due edizioni nel 1914 e nel 1924: citeremo, salvo diversa indicazione, dalla prima edizione. Otto Mayer (1864-1924) abilitatosi nel 1881, *Privatdozent*, quindi professore ed infine rettore all'Università di Strasburgo fu chiamato all'Università di Lipsia, di cui fu pure rettore, nel 1903; si ritirò in pensione nel 1918. Morì l'8 agosto 1924. Notizie biografiche in G. KLEINHEYER-J. SCHRÖDER, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten. Eine biografische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1983 (1ª ed. 1975), pp. 174-176. Riconosciuto come fondatore della moderna scienza del diritto amministrativo tedesco già in opere risalenti (cfr. B. DENNEWITZ, *Die Systeme des Verwaltungsrechts. Ein Beitrag zur Geschichte der modernen Verwaltungswissenschaft*, Hamburg, 1948, pp. 122 e ss.; M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, XVIII (1940), ora in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2 (1973), pp. 179 e ss.), Otto Mayer è divenuto oggetto, negli ultimi anni, di un rinnovato interesse della letteratura: cfr. E. V. HEYEN, *Otto Mayer. Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft*, Berlin, 1981; A. HUEBER, *Otto Mayer. Die 'juristische Methode' im Verwaltungsrecht*, Berlin, 1982; M. STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre. 1866-1914*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, hrsg. von K. G. A. Jeserich, H. Pohl, G. C. von Unruh, Bd. 3, *Das deutsche Reich bis zum Ende der Monarchie*, Stuttgart, 1983, pp. 85 e ss.; W. MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., pp. 17 e ss.; M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XXXIII (1983), pp. 600 e ss.

accademica ricordando come il diritto amministrativo tedesco dovesse ancora combattere per il riconoscimento della propria identità scientifica ([2]).

Nel 1906 cioè, nel momento in cui Fleiner scriveva, emancipazione dal diritto civile e rielaborazione pubblicistica degli istituti di diritto privato rappresentavano per il diritto amministrativo tedesco processi non conclusi e, sia pure nell'aspettativa di un lavoro comune, costituivano indirizzi programmatici che negli anni a seguire si dovevano rivelare tutt'altro che univoci nell'itinerario della scienza giuridica.

Giunto in ritardo, rispetto al parallelo sviluppo francese, al riconoscimento della propria « specialità » ([3]), il diritto amministrativo tedesco si confermava, ancora negli anni immediatamente precedenti lo scoppio della prima guerra mondiale, un settore disciplinare in cui il confronto ed il dibattito scientifico investivano non soltanto gli assetti tecnici di quella o quell'altra costruzione dogmatica, ma anche e soprattutto la globalità dei modelli teorici, la complessità delle prospettive e degli indirizzi di ricerca.

([2]) F. FLEINER, *Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht (Akademische Antrittsrede)*, Tübingen, 1906. Fritz Fleiner (1867-1937), svizzero, professore di diritto amministrativo a Zurigo, Basilea, Tubinga ed Heidelberg, dal 1915 ancora a Zurigo — della cui università fu anche rettore — (per le notizie biografiche cfr. W. KOSCH, *Biographisches Staatshandbuch. Lexikon der Politik, Presse und Publizistik*, Bern und München, 1963, p. 331), autore di uno dei più fortunati manuali di diritto amministrativo — le *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, pubblicate in otto edizioni dal 1911 al 1928 — viene tradizionalmente considerato « Schüler » di Otto Mayer (sul punto cfr. MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel*, cit., p. 55). Dell'esistenza di un forte vincolo « spirituale » con Mayer fa testo comunque il necrologio pubblicato in occasione della morte del maestro, in *Schweizerische Juristen-Zeitung* del 15 settembre 1924 ed ora riportato in FLEINER, *Augewählte Schriften und Reden*, Zürich, 1941, pp. 351-55, con il titolo di *Otto Mayer*.

([3]) Solo nel 1881 (si veda STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre. 1866-1914*, cit., p. 94) e seguendo gli esempi di Baviera, Württemberg e Baden, la cattedra di diritto amministrativo venne introdotta in Prussia. Del resto ancora nel 1887 per Paul Laband (*Besprechung* di O. MAYER, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, Strassburg, 1886, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, II (1887), p. 156) « Verwaltungsrecht ist nicht eine spezifische Art von Recht », così come « spezifische, dem Verwaltungsrecht eigenartige Rechtsprinzipien gibt es nicht ».

Il progetto « pubblicizzante » di Otto Mayer s'imponeva nei paesi di lingua tedesca non senza contrasti, non senza la delineazione di vistose alternative concettuali, non senza la conferma della peculiarità di esperienze giuridiche, l'austriaca innanzi tutto, presto indirizzate verso schemi teorici volutamente e polemicamente differenziati rispetto al modello dominante.

Pubblico e privato (4) rappresentavano ancora i poli di un dibattito rivolto ora ad imporre l'integrale sottoposizione al diritto pubblico di ogni attività amministrativa, ora invece radicalmente contrario a qualsiasi processo di « francesizzazione » forzata del diritto amministrativo tedesco, ora addirittura disposto a rifiutare la legittimità teorica della dicotomia in un affascinante tentativo di risolvere in modo compiuto il potere in diritto, di sciogliere nell'unità dell'ordinamento giuridico il conflitto tra amministrazione e cittadino.

Certo, siamo ben oltre l'ormai lontana polemica Mayer-Laband (5), ben oltre gli antichi equilibri dello Stato di polizia: non è in gioco una difesa arretrata della vecchia *Fiskustheorie* o l'esistenza stessa di un diritto amministrativo ormai affermatosi in un settore prima disputato tra la normatività del diritto civile e l'irriducibilità giuridica del *Befehl* (6).

Il dibattito si appunta ora sul disegno giuridico generale dell'amministrazione, sulle valenze portanti della costruzione teorica, sulla razionalità logica delle elaborazioni dogmatiche, sulla loro coerenza rispetto ai modelli costituzionali.

---

(4) Cfr. N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, ora in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, pp. 145 e ss.; P. CAPPELLINI, *Privato e pubblico (diritto intermedio)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 660 e ss. e la bibliografia ivi richiamata.

(5) Ne vedremo alcuni aspetti in modo più analitico nelle prossime pagine. Basti qui rinviare a FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, cit., pp. 612 e ss.

(6) Infatti, se l'idea che lo Stato è « tale » anche nei rapporti patrimoniali non riuscirà — come vedremo — ad imporsi in modo troppo agevole (sintomatico sarà il caso, quanto mai discusso dell'esistenza di uno specifico istituto di proprietà pubblica), è certo però che, indipendentemente dalla linea di confine di volta in volta stabilita tra diritto pubblico e diritto privato come statuti giuridici dell'azione amministrativa, non più discutibile diventerà nel prosieguo l'esistenza stessa di uno specifico amministrativistico.

Non è quindi più in discussione l'esistenza di un diritto amministrativo in quanto tale, così come il *Rechtsstaat* non è più l'immagine polemica di un progetto da realizzare ([7]), ma è penetrato nel linguaggio acquisito della giuspubblicistica, è divenuto un « tipo ideale » diffuso e, nella genericità dei suoi contorni, una categoria indiscutibile.

Si vive una fase di maturità dei modelli ottocenteschi, in una fase in cui la contrapposizione si sposta all'interno del dato giuridico, nella miriade di declinazioni possibili offerte dal combinarsi dei disegni e delle costruzioni dogmatiche.

Se la svolta di metà Ottocento ([8]) rappresenta ormai un dato acquisito, se la monoliticità del metodo giuridico rende più facilmente comparabile il lavoro dei giuristi e ne rafforza la specificità, non per questo la pluralità delle voci della giuspubblicistica si mortifica in un coro uniforme e ripetitivo.

Oltre la patina immobile di un'unicità terminologica, lo Stato di diritto si conferma un contenitore da riempire, un termine sintetico sotto il quale potere e diritto, costituzione e amministrazione, Stato ed economia recuperano l'integrale autonomia della loro dialettica, riscoprono la precarietà dei loro equilibri.

I processi di giuridicizzazione del diritto pubblico e l'aggiornamento progressivo dei modelli costituzionali sembrano ora procedere di pari passo in una parallela smussatura delle rigidezze della monarchia costituzionale, ora invece si arrestano in improvvisi rigurgiti ottocenteschi, si bloccano di fronte alle « ragioni » della continuità amministrativa, riconfermano l'impermeabilità del potere degli apparati.

Al tempo stesso i modelli teorici vengono ad intrecciarsi con le concrete realizzazioni dogmatiche: i modelli si calano nella

---

([7]) Come poteva essere ancora negli scritti classici di un Otto Bähr (*Der Rechtsstaat*, Kassel, 1864) o di un Rudolf von Gneist (*Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, Berlin, 1879 - 1ª ed. 1872): cfr. B. SORDI, *Justiz und Verwaltung im liberalen Italien: die Entwicklung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit. Zugleich: über den Einfluss Gneists in Italien*, in *Die Verwaltung*, XIX (1986), pp. 177 e ss.

([8]) Sul *Methodenwandel* che investe il diritto pubblico tedesco nella seconda metà dell'Ottocento, cfr. STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre 1866-1914*, cit., pp. 85 e ss.

vita degli istituti giuridici, vi portano la pluralità delle alternative e dei progetti, i dibattiti si animano di controversie dal forte spessore tecnico.

Gli istituti registrano l'alternarsi e il sovrapporsi delle valenze, segnano il delinearsi di nuovi equilibri costituzionali: rilevanti novità dogmatiche si innestano nel tessuto tradizionale.

Si annunciano tuttavia anche cadenze e ritmi diversi, emergono i tempi e le ragioni della dogmatica. I processi di trasformazione degli istituti conoscono imprevedibili andamenti circolari, mentre insospettabili continuità travalicano le contrapposizioni dei modelli, ne sfumano le divergenze, scoprono tessuti unitari ([9]).

La capacità delle sintesi teoriche d'interpretare e talvolta persino di precorrere le trasformazioni costituzionali — è il caso soprattutto di Hans Kelsen ([10]) — brillantemente emersa nella delineazione del modello, unisce così nell'elaborazione dogmatica notevoli aperture garantiste e complessi rivolgimenti definitorii ad importanti linee di continuità: l'originaria configurazione *urteilsähnlich* dell'atto amministrativo rinnova, sotto mutate vesti dogmatiche, la centralità conquistata a suo tempo nel sistema di Otto Mayer ([11]).

([9]) Proprio per dar conto dell'intersecarsi di questi due piani abbiamo suddiviso la prima parte del lavoro in due sezioni distinte.

([10]) Non ha bisogno di particolari presentazioni questo grande giurista austriaco (Praga 1881-Berkeley 1973) sul quale del resto esiste l'esauriente biografia di R. A. METALL, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Wien, 1969. Della sterminata bibliografia esistente sulla Scuola di Vienna utilizzeremo prevalentemente i lavori relativi al Kelsen « giuspubblicista », un profilo poco noto, sino a qualche anno fa al pubblico italiano — che aveva rivolto il suo interesse prevalente al Kelsen « filosofo » ed in un secondo momento anche al teorico della democrazia (sul punto cfr. M.G. LOSANO, *La fortuna di Kelsen in Italia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, VIII (1979), pp. 465 e ss.) — e « riscoperto » negli ultimi anni grazie alla traduzione di una serie di scritti kelseniani di diritto pubblico nelle antologie: KELSEN, *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, 1981; ID., *Il primato del Parlamento*, a cura dello stesso Geraci, Milano, 1982.

([11]) Lo vedremo più chiaramente nel terzo capitolo della seconda sezione della prima parte. Sul significato dell'espressione *urteilsähnlicher Verwaltungsakt* e per la constatazione che la definizione elaborata da Otto

E già premono sullo sfondo i rilevanti processi di trasformazione del primo dopoguerra: crescono impetuosamente compiti e funzioni della pubblica amministrazione; sistema dei partiti e parlamentarismo inaugurano un nuovo difficile metodo di lotta politica.

Di fronte alla nuova realtà costituzionale e amministrativa scricchiolano le antiquate categorie giuridiche. *Parteienstaat* e *Sozialstaat* reclamano vigorosi aggiornamenti concettuali, mentre la crisi degli istituti tradizionali e la crescente improbabilità dei modelli ottocenteschi aprono nuovi e talvolta drammatici dibattiti, scoprono problematiche difficilmente solubili.

Mayer per l'atto amministrativo si fondasse su una consapevole imitazione della sentenza civile, cfr. per tutti W. JELLINEK, *Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung*, in *Verwaltungsrechtliche Abhandlungen. Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preussischen Oberverwaltungsgerichts*, hrsg. von H. Triepel, Berlin, 1925, pp. 97 e ss.

A)

I MODELLI TEORICI

1. I fondamenti della *opinio communis*: la pubblicizzazione.
2. L'alternativa « privatistica »: un progetto incompiuto?
3. Alle origini della « Scuola di Vienna »: l'inconsistenza della dicotomia.

1. *I fondamenti della* opinio communis: *la pubblicizzazione.*

Ripensando, in una recensione alla seconda edizione del *Deutsches Verwaltungsrecht* apparsa nell'immediato periodo postbellico, al significato che il capolavoro di Otto Mayer ancora rivestiva per la scienza del diritto amministrativo tedesca, Ottmar Bühler doveva con franchezza riconoscere che il volume continuava a rappresentare un fondamento insostituibile per il lavoro della giuspubblicistica, era divenuto « die Grundlage für die ganze deutsche Verwaltungswissenschaft » ([12]).

Certo, a quella data, il 1919, a quasi venticinque anni dalla prima edizione dell'opera, molti punti di riferimento erano venuti a mancare: trasformazioni costituzionali, nuove realtà amministrative, vigorose critiche teoriche sollevavano ormai un grave interrogativo sull'attualità che la sintesi di Mayer poteva conservare nei tumultuosi frangenti del primo dopoguerra.

([12]) O. BÜHLER, *Otto Mayer's Deutsches Verwaltungsrecht (2. Auflage). Seine Bedeutung für die Praxis und die kommende Zeit der Verwaltungsreform*, in *Verwaltungsarchiv*, XXVII (1919), pp. 283-313. Notizie biografiche su Bühler (1884-1965), autore di un importante trattato dedicato a *Die Subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Berlin, Stuttgart, Leipzig, 1914 e rilevante esponente dello *Steuerrecht* del primo dopoguerra, in H. PETERS, *Ottmar Bühler zum 80. Geburtstag*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 89 (1964), pp. 369 e ss.

Se si considera però che le osservazioni di Bühler si riferivano alla seconda edizione del manuale, pubblicata nel 1914 alla vigilia della grande frattura apertasi nella storia europea con il primo conflitto mondiale, e se si tien conto del fatto che critiche significative, da quelle rivolte all'insufficiente trattazione del principio di legalità alle altre relative alla mancata trattazione dei profili organizzativi della pubblica amministrazione, comunque emergevano dalla recensione ([13]), meno stupefacente può forse sembrare una così eclatante ammissione del carattere imprescindibile che una sintesi elaborata negli ultimi decenni dell'800 ancora rivendicava in tanto mutate condizioni storiche.

Le considerazioni di Bühler rappresentavano infatti, prima che una valutazione critica sulle specifiche coordinate del sistema di Otto Mayer, un realistico riconoscimento dell'assoluta centralità che quel sistema aveva conquistato in Germania nei dibattiti teorici e nelle elaborazioni dogmatiche della giuspubblicistica.

Non era del resto ad Otto Mayer che il diritto amministrativo tedesco doveva in primo luogo l'affermazione della propria « specialità » e, con questa, della propria autonomia disciplinare?

Progetto metodologico e coerente e conseguente costruzione dogmatica avevano offerto così, dal momento della loro fusione nell'affresco del *Deutsches Verwaltungsrecht* nel 1895, una tavola di soluzioni concettuali, di istituti giuridici, di modelli dogmatici di sicuro riferimento per il lavoro degli amministrativisti ([14]).

La prolungata presenza del pensiero di Otto Mayer nel dibattito del dopoguerra non deriva quindi soltanto dalla ripubblicazione della sua opera più importante e più famosa, con le inevitabili polemiche che il mancato aggiornamento della costruzione

---

([13]) *Ibid.*, p. 305. Sulla scarsa considerazione che Mayer aveva dimostrato per i problemi dell'organizzazione amministrativa — oltre alla voce di Erich Kaufmann, che ascolteremo nelle prossime pagine — si veda anche quanto scriveva, diversi anni prima, L. SPIEGEL, *Die Verwaltungsrechtswissenschaft. Beiträge zur Systematik und Methodik der Rechtswissenschaften*, Leipzig, 1909, pp. 59 e ss. e pp. 163-167.

([14]) Non è esagerato quindi il titolo di un articolo di Wolfgang Meyer-Hesemann, *Die paradigmatische Bedeutung Otto Mayer's für die Entwicklung des deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft*, in *Rechtstheorie*, XIII (1982), pp. 496 e ss.

teorica doveva provocare ([15]), o dal lavoro dei giuristi che alla sua « scuola » e al suo progetto più o meno direttamente si ricollegavano ([16]), ma anche e soprattutto dalla penetrazione diffusa, capillare, profonda del suo modello, dovesse questo valere come sostrato per nuovi sviluppi dogmatici o come punto di riferimento critico, come oggetto polemico di nuove sintesi scientifiche.

La fortuna di singole invenzioni dogmatiche, basti ricordare l'istituto dell'*Anstalt* ([17]), o la diffusione ora palese ora sotterranea di definizioni famose, a partire da quella veramente strategica di atto amministrativo, sarebbero sufficienti da sole a dar conto di questa conservata centralità.

Così le crescenti difficoltà disciplinari della scienza dell'amministrazione e di contro il rigoglio scientifico del diritto amministrativo confermavano anche quantitativamente che la scelta per il metodo giuridico era divenuta un'opzione comune della giuspubblicistica e che le controversie metodologiche non occupavano più, almeno per il momento, il centro del dibattito scientifico ([18]).

([15]) Cfr. A. von KEIL, *Besprechung* di O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1. Bd., 3. Auflage, Leipzig, 1924, in *Verwaltungsarchiv*, XXX (1925), pp. 358-9; H. TRIEPEL, per un'analoga recensione apparsa in *Deutsche Juristen Zeitung*, XXX (1925), p. 125; oltre al necrologio di Erich Kaufmann, *Otto Mayer*, in *Verwaltungsarchiv*, XXX (1925), pp. 377 e ss. che analizzeremo più analiticamente nelle prossime pagine.

([16]) Pensiamo, tanto per citare due nomi di spicco che ritroveremo più volte nel corso del lavoro, oltre al già ricordato Fritz Fleiner, a Walter Jellinek e a Karl Kormann.

([17]) A questo istituto dedicheremo il secondo capitolo della seconda parte del lavoro.

([18]) Sugli scarsi sviluppi della *Verwaltungslehre* dopo la morte di Lorenz von Stein, cfr. STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre 1866-1914*, cit., pp. 102 e ss. Diverso, com'è noto, sarà il panorama della *Staatslehre* weimariana, profondamente solcata dalle contrapposizioni metodologiche (basti per il momento rinviare a M. FRIEDRICH, *Der Methoden- und Richtungsstreit. Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, CII (1977), pp. 161-209; R. GRANER, *Die Staatsrechtslehre in der politischen Auseinandersetzung der Weimarer Republik*, Freiburg, 1980, semplicemente come *excerpta* di

Al dibattito e al confronto rimaneva tuttavia affidata la globalità del modello, nella consapevolezza dell'esistenza di una pluralità di diritti amministrativi possibili, così come molteplici, diversi, alternativi erano o potevano essere i corrispondenti modelli costituzionali.

Una volta imboccata la strada, anche nel diritto amministrativo, del positivismo, stato di diritto e metodo giuridico possono non rappresentare più categorie sufficienti per individuare i modelli, per cogliere le alternative, differenziarne i profili.

Se le contrapposizioni sfumano ed il lavoro dei giuristi sembra procedere in una direzione comune, si complicano in realtà i piani del confronto, non più limitabile alle dichiarazioni di principio ed alla letteratura delle prolusioni, ma ormai calato necessariamente nel gioco degli istituti, nei gangli di un sistema tecnicamente raffinato, nelle molteplici interdipendenze di una costruzione complessa e sofisticata.

Indicatori significativi della diversità delle posizioni di partenza, della pluralità delle valenze presenti nel dibattito emergono così dagli equilibri sempre mutevoli stabiliti di volta in volta tra pubblico e privato, tra autorità e libertà, tra garanzia e supremazia, nel momento in cui la sintesi teorica si addentra nel concreto dei fatti e dei rapporti amministrativi.

È in fondo l'approdo a diversi punti di equilibrio nella dialettica tra i poli di dicotomie sempre ricorrenti che svela l'affollarsi di progettualità spesso sostanzialmente differenziate.

Certo è che la convergenza sulle prospettive metodologiche non implica di per sé una parallela convergenza di modelli amministrativi: si conferma con chiarezza che unicità del metodo non vuol dire anche unicità del diritto amministrativo.

Proprio per questo categorie di tipico sapere ottocentesco, come quelle che distinguono tra *staatswissenschaftliche* ed *juristi-*

---

una letteratura che si è via via arricchita di un numero consistente di *Dissertationen* e che citeremo di volta in volta nel prosieguo del lavoro).

E ancora diverso sarà — come vedremo — il panorama del diritto amministrativo weimariano, senza dubbio più riparato dalle contrapposizioni metodologiche, — MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel*, cit., p. 73 — e nel quale queste stesse contrapposizioni acquisteranno un rilevante carattere « sostanziale ».

sche Methode o tra realismo e formalismo, denunciano una grave perdita di significato se applicate con il medesimo rilievo alla realtà del diritto amministrativo del nostro secolo ([19]).

A meno che non ci si voglia ancora attardare su di un profilo interpretativo disposto a contrapporre ad una monolitica dottrina « liberale », unita nel segno dello Stato di diritto e delle limitazioni giuridiche delle funzioni dello Stato ([20]), l'immagine di una improvvisa riemersione realistica avvenuta quasi *ex abrupto* negli scritti dei primi giuristi del nazionalsocialismo, salvo poi a rammaricarsi del fatto che questa riscoperta della realtà amministrativa si sia dovuta coniugare, per la tragica durezza dei tempi, con la rinuncia ai pur insostituibili strumenti di garanzia elaborati dai così detti « formalisti » ([21]).

Con interpretazioni di questo tipo si perpetua però l'impressione che la dialettica tra potere e diritto sia condannata ad una circolarità che prevede l'alternarsi soltanto di due possibili variabili: o il mascheramento della dura realtà del potere oppure la scoperta del volto della Gorgone, ma stavolta al prezzo di un

---

([19]) Per la rilevanza ottocentesca delle questioni metodologiche, ancora fondamentale W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1958, trad. ital. a cura di P. L. Lucchini, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, 1974. Cfr. in sintesi anche D. GRIMM, *Öffentliches Recht (seit 1750)*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, hrsg. von A. Erler und E. Kaufmann, Bd. 3, Berlin, 1982, spec. pp. 1209-10.

([20]) Una parte cospicua della stessa letteratura tedesca esistente sui temi di storia del diritto amministrativo tende ad offrire letture fortemente « modellistiche » degli sviluppi concettuali tra Ottocento e Novecento. Cfr. i pur rilevanti scritti di P. BADURA, *Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates. Methodische Überlegungen zur Entstehung des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts*, Göttingen, 1967; ID., *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat*, Tübingen, 1966; e la stessa ricostruzione di MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel*, cit.

([21]) MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel*, cit., p. 101. Non è invece possibile, secondo noi — lo vedremo nella seconda parte —, ridurre il problema del diritto amministrativo nazionalsocialista ad una semplice alternativa metodologica: anche in questo caso la ricaduta dei modelli costituzionali sulle costruzioni amministrative risulterà decisiva.

totale depotenziamento del diritto nei processi di limitazione del potere ([22]).

I tentativi di coloro, e ce ne furono anche in periodo weimariano, che proprio perché consapevoli della realtà del potere non cessarono dal progettare meccanismi giuridici che ne assicurassero almeno trasparenza, controllo e partecipazione, vengono di conseguenza fortemente sottovalutati.

Pertanto, se si vuole recuperare l'integrale complessità dei dibattiti amministrativi del primo dopoguerra, è necessario riconoscere che la categoria del metodo giuridico può essere legittimamente applicata, conservando piena validità interpretativa, per sintetizzare la novità del sistema del *Deutsches Verwaltungsrecht* nel panorama ottocentesco, ma che minore incisività la categoria dimostra quando quel sistema si è consolidato e gli interlocutori di Otto Mayer vanno ormai da Fritz Fleiner a Walter Jellinek ([23]),

---

([22]) Secondo un'alternativa che ha condizionato a lungo anche gli studi sulle vicende della giuspubblicistica italiana a cavallo tra Ottocento e Novecento. Per un equilibrato ridimensionamento dell'importanza della così detta « svolta metodologica orlandiana » cfr. P. COSTA, *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento*, Milano, 1986, pp. 429 e ss. e si vedano anche le nostre osservazioni: SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, pp. 9 e ss.

([23]) Walter Jellinek (1885-1955), figlio di Georg Jellinek, abilitatosi a Strasburgo nel 1908 con Paul Laband e nel 1912 a Lipsia con Otto Mayer, professore ordinario e poi rettore dell'Università di Kiel, dal 1929 successore di Richard Thoma ad Heidelberg, sospeso dall'insegnamento dal 1935 al 1945, ha contribuito in misura rilevante nel secondo dopoguerra alla ripresa dell'Università di Heidelberg. Per queste notizie biografiche cfr. H. KLEIN, *ad vocem*, in *Neue deutsche Biographie*, Bd. 10, Berlin, 1974, pp. 394-5. Autore di uno dei più importanti manuali amministrativi del periodo weimariano — *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1928 - 2ª ed. 1929; 3ª ed. 1931, di cui esiste anche una ristampa inalterata (con l'aggiunta di un breve *Nachtrag*) Offenburg, 1948: citeremo, salvo diversa indicazione, da quest'ultima edizione —, Walter Jellinek rappresenta il principale continuatore ed « aggiornatore » del sistema di Otto Mayer nel periodo weimariano: sarà per questo un protagonista ricorrente del nostro lavoro. Sulla sua figura basti per il momento rinviare a STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre in der Weimarer Republik*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, hrsg. von K.G.A. Jeserich, H. Pohl, G.C. von Unruh, Bd. 4,

da Erich Kaufmann ([24]) ad Hans Kelsen sino ad Adolf Merkl ([25]).

Das Reich als Republik und in der Zeit des Nationalsozialismus, Stuttgart, 1985, spec. pp. 88-9; MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel*, cit., pp. 53 e ss.

([24]) Erich Kaufmann (1880-1972) filosofo del diritto, costituzionalista, internazionalista ed « occasionalmente » — ma sempre con interventi di notevolissimo rilievo — amministrativista, fu professore ordinario a Könisberg, dal 1916 a Berlino, quindi a Bonn, *Honorarprofessor* a Berlino nel 1927, « emerito » per motivi politici nel 1934, si dedicò sino al 1939 — data nella quale riparò in Olanda — all'insegnamento privato. Per queste notizie biografiche cfr. H. LIERMANN, *ad vocem*, in *Neue deutsche Biographie*, Bd. 11, Berlin, 1977, pp. 349-50.

Per aspetti della personalità intellettuale di Kaufmann che minore attenzione riceveranno nel corso del lavoro cfr.: K. SONTHEIMER, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik. Die politischen Ideen des deutschen Nationalismus zwischen 1918 und 1933*, München, 1983 (1ª ed. 1962), pp. 63 e ss.; E. CASTRUCCI, *Tra organicismo e « Rechtsidee ». Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann*, Milano, 1984, a cui rinviamo (pp. 191 e ss.) anche per la bibliografia degli scritti; F. LANCHESTER, *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Milano, 1985, pp. 95-96 e 127-128. Ci occuperemo del modello amministrativo di Erich Kaufmann nel secondo capitolo di questa sezione.

([25]) Adolf Merkl (1890-1970) già alla fine degli studi universitari entrato nell'« engster Schülerkreis » di Hans Kelsen (cfr. la sua autobiografia in *Österreichische Rechts-und Staatswissenschaftler der Gegenwart in Selbstdarstellung*, hrsg. von N. Grass, Innsbruck, 1952, p. 137 ed il necrologio di F. ERMACORA in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 96 (1970), pp. 109-112), alto funzionario ministeriale nel periodo a cavallo tra la monarchia asburgica e la giovane repubblica austriaca (fu *Ministerial-Vizesekretär* nel 1919), fu chiamato prima a Brünn e poi ad Amburgo, professore straordinario a Vienna, dall'inizio del 1932, dopo la chiamata di Kelsen a Colonia, divenne professore ordinario nella stessa Università di Vienna. Fortemente impegnato, come giurista di diritto positivo, nel commento e nell'interpretazione del nuovo ordinamento costituzionale fissato con la « ständisch-autoritäre Verfassung » del 1934, venne collocato a riposo nel 1938 in seguito all'occupazione nazista. Dal 1950 di nuovo professore all'Università di Vienna, vi ha insegnato sino al 1961. Elemento di spicco della Scuola di Vienna — basterebbe ricordare il suo ruolo decisivo nell'elaborazione della « costruzione dinamica » (su cui, per il momento basti rinviare a J. BEHREND, *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkls und Hans Kelsens*, Berlin, 1977) — ne rappresenta, e non solo per la sua opera maggiore *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1927, una significativa voce « amministra-

Occorre arrivare, per così dire, al piano « sostanziale » del diritto amministrativo, individuare altre coordinate, oltre quelle metodologiche, per definire i modelli, cogliere lo spessore delle alternative in gioco: si apre allora un panorama di grande interesse, complesso, dalle mille articolazioni, tutto proteso a tradurre nel regno tecnicizzato, apparentemente impermeabile, degli istituti amministrativi un'altrettanto ricca pluralità di modelli costituzionali.

In questa prospettiva la dicotomia tra pubblico e privato svolge un ruolo decisivo, rivelandosi evocativa di una notevole ricchezza di significati: intorno alla scelta « pubblicizzante » di Otto Mayer prende infatti corpo un dibattito presto giunto ad una discussione sulla globalità del modello, presto chiamato ad interrogarsi sulle ragioni ed i modi della specialità amministrativa, sulle molteplici possibilità di configurare il rapporto tra diritto e potere.

Sulla base di una peculiare interpretazione del « pubblico » Otto Mayer aveva infatti aggregato in modo progressivo ed organico un compiuto sistema del diritto amministrativo: la « pubblicizzazione », coerentemente progettata in alcuni scritti della fine degli anni '80 ([26]), si traduceva nelle linee di una sofisticata costruzione dogmatica, coniugando una pluralità di fattori, tra loro strettamente interdipendenti, in una sintesi destinata a segnare una notevole incidenza sullo sviluppo successivo del diritto amministrativo tedesco.

Pubblico e privato, diritto amministrativo e diritto civile vengono pian piano differenziandosi, attraverso un processo che stabilisce la pari dignità giuridica delle due discipline, fonda una rigida specialità del diritto rivolto agli apparati ([27]).

---

tiva ». Sarà perciò, nelle prossime pagine, frequente oggetto del nostro interesse.

([26]) MAYER, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, Strassburg, 1886; ID., *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, III (1888), pp. 3 e ss., ora in ID., *Kleine Schriften zum öffentlichen Recht*, hrsg. von E.V. Heyen, Bd. 1, Berlin, 1981, pp. 3 e ss.

([27]) Ecco l'inizio dell'articolo del 1888 citato alla nota precedente: « soll die Verwaltungsrechtswissenschaft als gleichberechtigte juristische Disciplin neben die älteren Schwestern treten, so muss sie ein System von

L'aggettivo « pubblico », chiamato a denotare la peculiarità degli istituti amministrativi, acquisisce un proprio, determinato potere significante ([28]): nasce una specificità pubblicistica, una sintesi complessa tra potere e diritto, tra la necessità di affermare un processo di giuridicizzazione e la necessità, concorrente e simmetrica, di segnare la specialità degli strumenti giuridici adoperati, per rendere manifesta la presenza del potere, per esprimere e sottolineare la « naturale » diseguaglianza giuridica dei soggetti protagonisti del rapporto amministrativo ([29]).

L'autonomia della pubblica amministrazione e la specialità del suo diritto si erano realizzate in Francia attraverso un lungo processo storico che dai « privilegi » dell'antico regime si era snodato attraverso le continuità della Rivoluzione, trovando poi, nel

---

eigentümlichen Rechtsinstituten der staatlichen Verwaltung sein ». (*Ibid.*, p. 3).

Ed il manuale (*Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 107: « Öffentlichrechtlich ist das Rechtsverhältnis, wenn es die Ausübung der öffentlichen Gewalt zum Inhalt hat ». *Ibid.*, pp. 109-110: se nei rapporti di diritto civile il diritto soggettivo presuppone la presenza di soggetti pariordinati, « so findet es auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes statt der allgemeinen Gleichberechtigung das Element der *rechtlichen Mehrwertigkeit*, (corsivo nostro) das alle Verhältnisse durchzieht, die öffentliche Gewalt ».

([28]) Cfr. MAYER, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage*, cit., p. 12, per la precisazione che gli istituti di « apparente » derivazione civilistica come la proprietà pubblica, le servitù pubbliche, il contratto pubblico, esprimono invece una realtà giuridica completamente diversa da quella del diritto privato: « nur die rechtliche Natur des Verhältnisses ist immer eine andere. Mit dem Wegfall der Herrschaft der Rechtssätze des Civilrechts macht sich von selbst in allen diesen Beziehungen das eigene Wesen des Staatswillens geltend als des herrschenden, überwiegenden, einseitig bestimmenden ».

Sulla ricerca da parte di Otto Mayer di uno « specifico giuridico pubblico-amministrativo » si veda anche quanto scrive FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, cit., pp. 615 e ss.

([29]) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 141: « nur von der öffentlichen Verwaltung (esiste cioè — lo vedremo più chiaramente nel primo capitolo della seconda sezione —, insopprimibile, anche un'amministrazione che agisce secondo il diritto privato) gilt der Satz, dass das öffentliche Recht für den Staat das natürliche, selbstverständliche ist. Deshalb streitet hier für dessen Anwendbarkeit die Vermutung ».

corso dell'Ottocento, un approdo sistematico nell'elaborazione congiunta della scienza giuridica e della giurisprudenza pretoria del Consiglio di Stato ([30]).

La « francesizzazione » ([31]) è invece in Germania opera prevalente della scienza giuridica ([32]): certo, anche in questo caso legislatore e giudice svolgono un ruolo decisivo, non fosse altro che per il notevole effetto di ricaduta che la scelta di un'organizzazione « speciale » di giudici amministrativi ha sulla specialità stessa del diritto sostanziale ([33]).

([30]) Basti qui rinviare a P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, 1968, trad. ital., *Stato e società in Francia. Dallo stato paterno allo stato provvidenza: storia dell'amministrazione dal 1750 ai nostri giorni*, Milano, 1978; J.L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, 1985. Si veda anche la ricostruzione che del processo offre lo stesso Mayer, *Justiz und Verwaltung. Rede zum Antritt des Rectorats des Kaiser-Wihlelms-Universität Strassburg gehalten am 1. Mai 1902*, Strassburg, 1902, ora in *Kleine Schriften*, cit., Bd. 1, pp. 66 e ss.; e per le problematiche connesse alla « nascita » del diritto amministrativo in Italia cfr. GIANNINI, *Profili storici*, cit., pp. 179 e ss.; L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, tomo II, *La scoperta del diritto amministrativo*, Milano, 1987.

([31]) E proprio su questa « artificiale » trasposizione degli istituti amministrativi francesi nell'ordinamento tedesco si appunterà — lo vedremo nel capitolo seguente — la critica di Kaufmann. Sulla questione si veda anche U. SCHEUNER, *Der Einfluss des französischen Verwaltungsrechts auf die deutsche Rechtsentwicklung*, in *Die öffentliche Verwaltung*, XVI (1963), pp. 714 e ss., per un'interpretazione che in modo equilibrato estende il problema della « recezione » oltre un mero rapporto di ordinamenti, alla riscoperta del fondamentale ruolo di « mediatore » svolto dallo stesso Mayer.

([32]) MAYER, *Justiz und Verwaltung*, cit., p. 77: « unser Staat kann heutzutage auch in der Verwaltung nicht mehr sein ohne das Gewand der Rechtsordnung. Aber dieses Gewand muss passend sein, die Bewegungen nicht hemmen noch verrenken, sondern sich ihnen harmonisch anschliessen und sie mit schönem Masse umgeben. ... Wir brauchen dazu keine gesetzgeberischen Neuerungen und keine obrigkeitlichen Eingriffe. Es genügt, dass das Vorhandene richtig erkannt und aufgefasst werde. Es ist Juristenarbeit, die hier wieder einmal das Beste thun muss ».

([33]) Basti qui rinviare ad HEYEN, *Deutschland*, in *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa. Stand und Probleme der Forschung*, curato dallo stesso Heyen, Frankfurt am Main, 1982 (*Ius commune, Sonderhefte*, n. 18), p. 31 ed alle osservazioni che a questo proposito svolge FIORAVANTI, *Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza*

È il giurista a svolgere il ruolo traente, a fondare l'autonomia disciplinare del diritto degli apparati pubblici, ad inaugurare un lavoro dogmatico che trapianta nel tessuto amministrativo gli istituti civilistici, ma sulla base di un processo che ne trasforma razionalità e scopi, crea un'altra e diversa « natura giuridica » ([34]).

E come sempre avviene « a livello del ' pensiero ', cioè della più alta rappresentazione simbolica dei dati giuridici » ([35]), tutto questo si svolge con una forza sintetica, con una capacità espressiva, con una decantazione dei dati dell'esperienza, che solo il pensiero appunto può offrire: le valenze si delineano nella loro generalità, quasi naturalmente, senza sforzo e si collocano su di un piano di perfetta evidenza.

Dalle pagine di Otto Mayer gli ingredienti che compongono il così detto « Stato a diritto amministrativo » emergono tutti, nei loro reciproci rapporti, nella loro problematica, nella loro ambivalenza, nella formidabile capacità sintetica di una giuspubblicistica che rivendica la pari dignità giuridica con le discipline cui una lunga tradizione assegna la « scienza » degli istituti del diritto privato.

Ed il « pubblico » nasce con quelle contraddizioni congenite su cui di lì a poco si scatenerà la critica demolitrice di Hans Kelsen: affermazione del vincolo giuridico e rivendicazione della « libertà » dal diritto s'intrecciano in un viluppo confuso, intricato, contraddittorio. Diritto e potere vengono a patti, scendono a stipulare un compromesso dalle clausole incerte, controverse.

Da una parte s'interpreta il processo storico di concentrazione del potere, il passaggio dagli *Hoheitsrechte* al rapporto generale di sudditanza ([36]), scandito non solo dall'abbandono di una

---

giuridica, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XIII (1984), pp. 602 e ss.

([34]) Anche la « provvisoria » trasposizione dell'istituto contrattuale al diritto amministrativo — rinviamo al primo capitolo della seconda sezione — avviene solo dopo una trasformazione completa della « natura » che diritti e obblighi posseggono nel sinallagma civilistico: cfr. MAYER, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage*, cit., p. 15: « aber die Natur dieser Rechte und Pflichten ist eine öffentlichrechtliche ».

([35]) P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, X (1981), p. 2.

([36]) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 53: « es

concezione « privatistica » delle relazioni con lo Stato ([37]), ma anche dall'assolutizzazione della sovranità, dalla rimozione dei vincoli, dall'emersione completa del potere, ormai definitivamente dispiegato nell'astrattezza di un rapporto che isola i due termini, lo Stato e il cittadino, nelle vesti asettiche della personalità giuridica ([38]).

E, dall'altra parte, a questo generale potere di supremazia si assegna « eine eigentümliche Ordnung » ([39]), se ne bilancia cioè l'assolutezza con l'elaborazione di un « ordine » che vuole essere giuridico, ma di un giuridico che deve portare bene impressi i segni indelebili dell'originarietà del potere ([40]).

---

gibt keine Hoheitsrechte mehr, in deren Schranken der Staat dem Einzelnen gegenüber sich bewegte; es gibt nur die allgemeine hoheitlich wirkende Staatsgewalt ». E per l'esame rispettivamente dei « Landesherrliche Hoheitsrechte » e dello Stato di polizia, *ibid.*, pp. 23 e ss. e pp. 38 e ss.

([37]) Sul compito che spetta alla scienza giuridica nel liberare il diritto amministrativo dal dominio storico del diritto privato, cfr. MAYER, *Justiz und Verwaltung*, cit., pp. 76-7.

([38]) Di grande suggestione le parole di Mirabeau a Luigi XVI, riportate da A. DE TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la Révolution*, Paris, 1856, trad. ital. a cura di G. Candeloro, *L'antico regime e la Rivoluzione*, Milano, 1981, p. 43: « confrontate il nuovo stato di cose con l'antico regime; da questo confronto nascono il conforto e la speranza... Non vi sembra nulla essere senza Parlamento, senza *paesi di Stato*, senza gli Ordini del clero, della nobiltà, dei privilegiati? L'idea di formare una nuova classe sarebbe piaciuta a Richelieu: questa superficie tutta eguale facilita l'esercizio del potere... ».

([39]) E proprio questa *Ordnung* rappresenta « das Neue » offerto dal « tipo ideale » del *Rechtsstaat* (sull'uso delle « allgemeine Ideen » nel sistema di Mayer, cfr. HUEBER, *Otto Mayer. Die 'juristische Methode' im Verwaltungsrecht*, cit., pp. 29 e ss.); e questa « novità » consiste nel fatto che « nun auch in die Handhabung jener allgemeinen hoheitlichen Gewalt eine eigentümliche Ordnung gebracht wird, welche ihr von innen heraus die Form und Gestalt des Rechtes gibt ». (MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 54).

([40]) Se non vale più una distinzione tra diritto privato e pubblico fondata sulla contrapposizione di « diritto » e « non diritto », ciò nonostante la dicotomia rimane nettissima, visto che « die einzelnen öffentlichrechtlichen Rechtsinstitute, auf der Grundlage des neuen Verwaltungsrechts aufgebaut und in ihrer Eigenart fest bestimmt, den civilrechtlichen gegenüberstehen ». (*Ibid.*, p. 54).

Stato di polizia e Stato di diritto, « Staatsidee » e « Rechtsstaatsidee » ([41]) sono alla ricerca di un difficile equilibrio tra le ragioni della continuità del potere amministrativo e le esigenze di una descrizione giuridica che assicuri una conoscibilità dei processi degli apparati ed al tempo stesso una qualche forma di garanzia nei confronti del loro esercizio.

O forse, più semplicemente, potere e diritto sono alle prese con una lotta impari, che ripropone di continuo, anche nel gioco sofisticato delle « formidabili invenzioni » ([42]) in cui il pensiero occidentale ha incasellato il concetto di « politico », la difficile riducibilità giuridica del comando.

Eppure, anche in questo caso, anche se il giurista « vuole » salvare il potere ([43]) e gli strumenti giuridici adoperati ne sottolineano senza posa la centralità, il diritto, la norma, l'istituto giuridico svolgono, per quanto impoverita dalle linee fondamentali del progetto, un'imprescindibile funzione di garanzia.

([41]) HUEBER, *Otto Mayer*, cit., p. 83 e ss.

([42]) G. MIGLIO, *Genesi e trasformazioni del termine-concetto « stato »*, in *Stato e senso dello Stato oggi in Italia*, Milano, 1981, p. 82.

([43]) Emerge infatti chiarissima ad ogni passo dell'opera di Mayer una potente « realtà » dello Stato che continuamente ripropone la « Mehrwertigkeit » « connaturata » alla statualità e quindi l'innata specialità del diritto pubblico rispetto al diritto comune: « denn nach der echten kräftigen Staatsidee, wie sie jetzt wieder errungen war, ist eben der Staat von Natur etwas ganz anderes wie ein gewöhnlicher Privatmann ». (*Justiz und Verwaltung*, cit., p. 73).

Così la stessa posizione « eterodossa » sulla persona giuridica (« eine Art wissenschaftlicher Entgleisung » addirittura per Bühler, *Recensione*, cit., pp. 302-3), la sua « Verwertbarkeit im öffentlichen Recht » (sul punto cfr. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, cit., pp. 640 e ss.), la conclusione che lo Stato non è persona giuridica, ma « eine grosse Anstalt » (MAYER, *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestage der Doktor-Promotion*, Bd. 1, Tübingen, 1908, pp. 1 e ss., ora in ID., *Kleine Schriften*, cit., Bd. 1, p. 321), derivano in primo luogo dal fatto che « der Staat ist eben zu gewaltig, um sich in den Rahmen zu fügen, der für Unternehmungen des bürgerlichen Verkehrs geformt ist » (*ibid.*, p. 327) e che « sein (dello Stato) Anfang und sein bleibender Grund ist die Macht » (*ibid.*, p. 314).

La specialità del diritto amministrativo svela cioè la sua natura intrinsecamente duplice. E non solo quella duplicità che è data dal confronto e dallo scontro, tanto evidenti nel rapporto amministrativo, tra autorità e libertà, tra potere e diritto; ma quella ambivalenza che allo stesso tempo ripropone lo specifico pubblicistico, ora come simbolo del privilegio del potere e del carattere dualistico dell'ordinamento ora invece come strumento di garanzia e di protezione che deve rivestire panni speciali proprio perché si riferisce ad oggetti speciali (44).

Non possono del resto esser passate sotto silenzio, se non si vuole rinunciare a cogliere l'integrale complessità del problema, le voci di coloro che nei paesi di *common law* hanno spesso invocato la specialità amministrativa come rimedio ad evidenti vuoti di tutela, creati proprio dall'incapacità del diritto comune a modellarsi compiutamente sulla multiformità del potere e a garantirne la completa controllabilità (45) o quelle di chi, di recente, in un paese, l'Austria, fortemente influenzato da un'esperienza scientifica nata all'insegna del rifiuto della dicotomia tra pubblico e privato, ha ricordato i « pericoli » delle operazioni « riduzionistiche » sia sul piano della completezza della tutela sia su quello della possibilità di una conoscenza integrale dei fenomeni amministrativi (46).

---

(44) Da ultimo sul significato della specialità amministrativa G. BERTI, *Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986, pp. 189 e ss., mentre sul modificarsi dei rapporti tra diritto « comune » e « speciale », cfr. M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, Milano, 1985, spec. p. 6.

(45) A titolo esclusivamente esemplificativo cfr. J.D.B. MITCHELL, *L'absence d'un système de droit administratif au Royaume Uni: ses causes et ses effets*, in *Conseil d'Etat: Etudes et documentes*, XVIII (1964), pp. 211-225; J.F. GARNER, *England*, in *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa*, cit., pp. 51-66. Sulla « positività » che agli occhi dei giuristi continentali possiede il sistema inglese sintomatico GIANNINI, *Presentazione* a H.W.R. WADE, *Administrative law*, Oxford, 1967, trad. ital. a cura di C. Geraci, *Diritto amministrativo inglese*, Milano, 1969, pp. V e ss. e sul punto le osservazioni di E. BALBONI, *Amministrazione giustiziale*, Padova, 1986, p. 15.

(46) Cfr. B. Ch. FUNK, *Der Einfluss der 'Wiener Schule des Rechtspositivismus' auf die österreichische Verwaltungsrechtswissenschaft*, in

Lo stesso itinerario giuridico di giuristi pur molto sensibili alle ragioni dell'unità dell'ordinamento — pensiamo in particolare nella giuspubblicistica italiana al posto occupato da Federico Cammeo, alle sue sofferte mediazioni, alla sua consapevolezza che il processo di liberazione dalla specialità dovesse avvenire in un progressivo adattamento degli istituti e non esaurirsi al livello delle definizioni, in un'illusoria proclamazione del primato dell'ordinamento — ([47]) ci mette in guardia dall'adottare posizioni semplicistiche, valutazioni troppo unilaterali.

Perciò non si può fare a meno di riconoscere che importanti elementi di garanzia erano presenti anche in un sistema, come quello di Mayer, in cui ad ogni passo si ricorda al lettore che specialità significa in primo luogo diseguaglianza dei soggetti giuridici, che gli istituti amministrativi sono espressione prima che dell'imperatività della norma, della forza originaria dello *Staatswillen* e che proprio in virtù di questa originarietà l'amministrazione rivendica di continuo una sostanziale « libertà » dal diritto ([48]).

Di questo complesso, ambivalente intreccio tra specialità come privilegio e specialità come garanzia, il simbolo più eclatante ed eloquente è rappresentato proprio da quell'istituto, l'atto amministrativo, a cui più di ogni altro è associato nella tradizione il nome di Otto Mayer.

Nella costruzione giuridica che Mayer elabora dell'atto amministrativo si scaricano infatti tutte le tensioni contrapposte che percorrono il suo sistema: i processi di giuridicizzazione dei fatti amministrativi si mescolano e si sovrappongono ai tentativi ricor-

---

Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten, hrsg. von E.V. Heyen, Frankfurt am Main, 1984, (*Ius commune, Sonderhefte*, n. 21) pp. 105 e ss.; L. K. ADAMOVICH - B. Ch. FUNK, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2. Auflage, Wien-New York, 1984, pp. 80 e ss.

([47]) F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, *Ricorsi amministrativi. Giurisdizione ordinaria*, Milano, s.d. e le nostre pagine *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., pp. 379 e ss.

([48]) Di qui anche l'origine della contrapposizione netta tra *Justiz* e *Verwaltung* — un punto sul quale, come vedremo nelle prossime pagine, si appunterà la critica di Hans Kelsen — perché se « das Gesetz gibt der Justiz die unentbehrliche Grundlage ihrer Tätigkeit... die Verwaltungstätigkeit kann nicht so abhängig gehalten werden ». (*Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 74). Si rilegga anche la citazione riportata *supra* nota 32.

renti di liberare l'amministrazione dal vincolo giuridico, dando vita ad un gioco complesso e contraddittorio in cui ancora una volta potere e diritto interpretano i ruoli principali.

L'atto amministrativo, così come vien fuori dalle pagine del *Deutsches Verwaltungsrecht*, è forse il frutto più significativo del progetto di assegnare al generale potere di supremazia dell'amministrazione « eine eigentümliche Ordnung » ([49]).

E di questo progetto l'istituto conserva i segni inconfondibili, candidandosi come principale elemento di affermazione del vincolo giuridico nel fluire incessante dell'attività amministrativa ed al tempo stesso riconfermandosi come espressione fondamentale del potere, di una *öffentliche Gewalt* sempre pronta a riemergere come potere originario e che accetta di sottomettersi al diritto nel momento in cui ha la certezza che è essa stessa, cristallizzando nell'atto una propria manifestazione di volontà, a guidare il processo di giuridicizzazione.

Non a caso uno degli elementi portanti della costruzione è rappresentato dal fatto che la giuridicità dell'atto non discende dall'ordinamento, dal potere legittimante di una norma sovraordinata, ma deriva immediatamente dall'atto stesso, come se potere e diritto si identificassero e si fondessero nella stessa volontà, come se il potere potesse essere legittimato per il fatto stesso di manifestarsi ([50]).

Può essere superfluo, dopo le incisive pagine di Hans Kelsen ([51]), ricordare che il significato di una tale costruzione non

---

([49]) Riportiamo la definizione dell'atto amministrativo, forse la più celebre delle definizioni di Otto Mayer: « der Verwaltungsakt ist ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Untertanen gegenüber im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll ». (*Ibid.*, vol. I, p. 95).

([50]) *Ibid.*, vol. I, cit., p. 97: « in obrigkeitlicher Weise dem Untertanen gegenüber zu bestimmen, was für ihn im Einzelfall Rechtens sein soll, gehört keineswegs zum Vorbehalt des Gesetzes. Das ist eine Äusserung der öffentlichen Gewalt, die an sich auch der vollziehenden Gewalt zusteht ».

([51]) KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., pp. 53-98; 190-249; ID., *Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates*, in *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, XVII (1923-24), pp. 374 e ss., trad. ital., *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*,

poteva confinarsi in un'asettica tecnicità, non poteva essere soltanto quello di garantire, sulla base dell'assoluta autonomia dell'amministrazione, un ampliamento di facoltà e poteri concessi in modo nominato dall'ordinamento agli organi amministrativi, ma che in realtà il significato era essenzialmente e prima di tutto costituzionale.

Frutto dogmatico evidente della teoria della « libertà » dell'amministrazione ([52]), la costruzione che Mayer ci offre del provvedimento interpreta il modello di un potere amministrativo « limitato » dalla legge solo per « gewisse besonders wichtige Gegenstände », l'immagine di un potere « an sich frei », che agisce « aus eigner Kraft, nicht auf Grund des Gesetzes » ([53]). Ci offre cioè un'immagine di amministrazione strettamente coessenziale agli equilibri della monarchia costituzionale, al precario compromesso tra principio monarchico e *Mitwirkung* della rappresentanza popolare ([54]).

---

in *Il primato del Parlamento*, cit., pp. 94 e ss. Ripercorreremo più analiticamente queste pagine nel terzo capitolo di questa sezione.

([52]) Per gli effetti che questa teoria ha determinato nel panorama della giuspubblicistica italiana tra Ottocento e Novecento, ci sia consentito di rinviare ancora al nostro lavoro: *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., spec. pp. 342 e ss.

([53]) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. 1°, cit., p. 74: « das verfassungsmässige Gesetz ist deshalb nur für gewisse besonders wichtige Gegenstände zur notwendigen Bedingung aller Staatstätigkeit gemacht worden. Für alle übrigen ist die vollziehende Gewalt an sich frei: sie wirkt aus eigner Kraft, nicht auf Grund des Gesetzes ». Cfr. anche *infra* il secondo capitolo della seconda sezione.

([54]) Si vedano almeno E.W. BÖCKENFÖRDE, *Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie*, in *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1918)*, a cura dello stesso Böckenförde, Köln, 1972, pp. 146 e ss.; R. MUSSGNUG, *Die rechtlichen und pragmatischen Beziehungen zwischen Regierung, Parlament und Verwaltung*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 3, cit., pp. 109 e ss.; H.U. WEHLER, *Das Deutsche Kaiserreich. 1871-1918*, Göttingen, 1973, trad. ital. a cura di P. Schiera, *L'impero guglielmino 1871-1918*, Bari, 1981, pp. 69 e ss.; LANCHESTER, *Alle origini di Weimar*, cit., pp. 33 e ss.; C. TOMMASI, *Dal Kaiserreich a Weimar: la forma di governo in Germania e nell'opera di Hugo Preuss*, in corso di stampa negli *Atti* del seminario di studio *Crisi istituzionale e teoria dello stato in Germania dopo la prima guerra mondiale* (Trento 21-22 febbraio

Emerge così un modello di Stato di diritto in cui la legge estende la propria imperatività anche sui fatti amministrativi, ma si potrebbe dire quasi in modo intermittente, senza che l'agire amministrativo debba essere legittimato continuamente da un ordinamento normativo sovraordinato.

La legge si pone come « limite » possibile, ma non necessario di un potere a lei stessa preesistente, intervenendo qua e là nel vortice dell'azione amministrativa a tutelare con l'istituto della « riserva » i diritti di libertà e di proprietà dei cittadini dagli atti lesivi del potere pubblico ([55]).

Fissata una tavola di situazioni giuridiche fondamentali per le quali il cittadino consegue un vero diritto pubblico soggettivo nei confronti dello Stato ([56]), il potere amministrativo si conferma un potere autonomo, in qualche modo estraneo al gioco costituzionale ([57]), indipendente dai processi di legittimazione che scaturiscono dai meccanismi della rappresentanza politica.

E che si trattasse di una dimensione costituzionale lo dimostra anche il fatto che proprio in una direzione costituzionale ci si avviò nel primo grosso tentativo, quello della Scuola di Vienna, di riformulare il concetto di amministrazione, seguendo un itinerario che — come vedremo nelle pagine seguenti ([58]) — doveva

---

1986), che ci ha messo gentilmente a disposizione il dattiloscritto. Fra la letteratura più risalente cfr. O. HINTZE, *Das monarchische Prinzip und die konstitutionelle Verfassung*, in *Preussische Jahrbücher*, 1911, trad. ital., *Il principio monarchico e il regime costituzionale*, in ID., *Stato e società*, a cura di P. Schiera, Bologna, 1980, pp. 27-49. Ed infine E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. IV, *Struktur und Krisen des Kaiserreichs*, Stuttgart, 1969, pp. 129 e ss.

([55]) « Wir nennen den Ausschluss ihres selbständigen Vorgehens, der bezüglich jener besonders ausgezeichneten Gegenstände besteht, den Vorbehalt des Gesetzes ». (*Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 74).

([56]) Non per niente i diritti pubblici soggettivi si realizzano soltanto « hier und da » (*ibid.*, p. 109) e sul punto cfr. le osservazioni di FIORAVANTI, *Otto Mayer*, cit., p. 622.

([57]) O meglio portatore di una propria autonoma legittimazione nel gioco costituzionale. Su « questa tendenza al *Selbstzweck*, all'autolegittimazione » che caratterizza la posizione del sovrano nella monarchia costituzionale, cfr. FIORAVANTI, *Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica*, cit., p. 619.

([58]) Cfr. *infra* il secondo capitolo della seconda sezione.

arrivare, sulla base di una nuova definizione della legalità amministrativa, a fissare un sicuro primato del Parlamento nella dinamica tra i poteri dello Stato.

Sarà necessaria una notevole rivoluzione concettuale e politica per riportare nell'ambito dell'ordinamento quel plusvalore giuridico che nel sistema di Otto Mayer costituisce, fissando in modo indelebile la posizione di sudditanza del cittadino nei confronti del potere pubblico, l'essenza del rapporto amministrativo.

Occorrerà riferire alla norma l'attribuzione del potere, sia questo di una persona pubblica o privata, sciogliere nell'unità dell'ordinamento e nella sua imperatività quella posizione di supremazia che in modo precostituito ed originario si assegnava invece nelle pagine del *Deutsches Verwaltungsrecht* direttamente agli apparati amministrativi ([59]).

Ma se la libertà e l'originarietà del potere conservano nella costruzione dogmatica, che Mayer elaborava dell'atto amministrativo, tracce evidentissime, non può essere taciuto però il fatto che il provvedimento svolgeva, per quanto depauperato da una tendenza generale contraria a fissare la nominatività delle facoltà amministrative, un'importante funzione di giuridicizzazione dell'attività degli apparati.

In un sistema amministrativo caratterizzato da una ridotta incisività della legge, da una presenza quasi accessoria della norma, proprio l'atto amministrativo diveniva l'istituto cardine al quale Otto Mayer affidava il compito di realizzare « das Bild des Rechtsstaates » ([60]).

Veicolo principale del processo di pubblicizzazione, il provvedimento, chiamato a fissare in concreto la giuridicità del rappor-

([59]) Decisivo il saggio di Kelsen del 1913 citato alla nota 51, che analizzeremo nelle prossime pagine.

([60]) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., pp. 64-5: « unser heutiges Recht hat für die Verwaltung die Idee eines obrigkeitlichen Aktes ausgebildet, der dem früheren Recht fremd war. Eines Aktes, der eine gewisse Verwandtschaft hat mit der Urteil in der Justiz. Er ist es, der das Bild des Rechtsstaates, den grossen Gedanken der Justizförmigkeit der Verwaltung erst vollendet ». Ed in buona sostanza è proprio l'atto amministrativo che, svolgendo il ruolo « autoritativo » che la sentenza esercita nel diritto civile, permette che anche « in der Verwaltung kann Recht gesprochen werden in derselben Weise wie in der Justiz ». (*Ibid.*, p. 63).

to tra Stato e cittadino, costituiva la risposta definitiva alle critiche labandiane sull'inconsistenza e l'impossibilità di un oggetto giuridico specificamente amministrativo ([61]).

Il provvedimento diveniva la base teorica sulla quale stabilire la specificità giuridica del diritto degli apparati, riunificare il terreno della *Verwaltung*, al tempo stesso delimitandolo da quello della *Justiz*, forniva il presupposto per fondare una giustiziabilità di tipo pubblicistico ([62]).

In questo senso la centralità raggiunta dal concetto di atto amministrativo sanciva l'emancipazione definitiva da concettuologie e strumentari di diritto privato od al tempo stesso di diritto privato e pubblico ([63]), precostituendo una categoria di atti di autorità specificamente pubblicistica ed in grado di fissare un criterio di distinzione sia all'interno degli atti dell'amministrazione sia tra quest'ultimi e le manifestazioni degli altri pubblici poteri ([64]).

La soluzione dogmatica di Otto Mayer non può tuttavia esser vista soltanto come il punto di arrivo di un itinerario di progressiva autonomizzazione dell'azione amministrativa, dovesse questo ricollegarsi al principio di separazione dei poteri ed a quelle disposizioni — la *forfaiture* per esempio — che sin dall'epoca

---

([61]) *Ibid.*, p. 100: l'atto amministrativo « erfüllt das ganze Gebiet der Verwaltung mit festen Rechtsverhältnissen ». Affronteremo più analiticamente la polemica cui accenniamo nel testo nel primo capitolo della seconda sezione.

([62]) Sui nessi tra Stato amministrativo e giustizia amministrativa, in generale M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, (1ª ed., 1976), pp. 21 e ss.

([63]) Si veda in particolare la « liberazione » delle tematiche amministrative dal concetto di *Privileg*, nell'itinerario ricostruito da H. MOHNHAUPT, *Vom Privileg zum Verwaltungsakt. Beobachtungen zur dogmengeschichtlichen Entwicklung in Deutschland seit der Mitte der 18. Jahrhundert*, in *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, cit., pp. 41 e ss., in un contributo particolarmente attento ai problemi che richiamiamo nel testo ed all'emersione in Germania del concetto di atto amministrativo, compiutamente dispiegata con la sistemazione dogmatica di Mayer da cui noi prendiamo le mosse.

([64]) GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. del dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 161.

rivoluzionaria ne difendevano nel sistema francese l'intangibilità ([65]), oppure dovesse questo attribuirsi invece all'opera creativa della scienza giuridica, a quella « francesizzazione » forzata che nel sistema tedesco aveva imposto, tra *Befehl* e contratto, il *tertium genus* dell'atto amministrativo ([66]).

La soluzione di Mayer rappresentava anche — ed è questo che, nella prospettiva del dibattito weimariano, ci sembra più interessante — un'importante base di partenza.

E non solo nel senso che di fronte ad una riduzione così « ottocentesca » dell'attività amministrativa in un'attività di produzione di atti, in una molteplicità di rapporti individuali tra potere e cittadino si porrà, specialmente nel tardo periodo weimariano, parallelamente ad una vistosa perdita di centralità dell'atto amministrativo, un serio problema di tenuta del « modello » nei confronti di una realtà che vedeva da una parte l'amministrazione rinunciare ai consueti poteri imperativi, dall'altra farsi protagonista dei processi intricati e contraddittori di statualizzazione della società e di socializzazione dello Stato ([67]).

([65]) Ci riferiamo in particolare all'articolo 13, tit. II, della legge 16-24 agosto 1790, nella quale il costituente del 1789 proibì al giudice, « à peine de forfaiture », di « troubler de quelque manière que ce soit les opérations administratives ». Sulle interconnessioni tra questo principio e l'altro, secondo il quale « juger l'Administration c'est aussi administrer », così come, più in generale, sullo sviluppo di un ordinamento di giustizia amministrativa nel sistema francese, cfr. P. SANDEVOIR, *Études sur le recours de pleine juridiction*, Paris, 1964, pp. 41 e ss. Sulla progressiva individuazione del concetto di atto amministrativo, nel periodo a cavaliere tra Sette ed Ottocento, in funzione di un nuovo criterio di riparto tra giustizia e amministrazione, da ultimo MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, tomo II, *La scoperta del diritto amministrativo*, cit., pp. 173 e ss.

([66]) Sull'importanza della funzione « creatrice » di Otto Mayer nell'elaborazione di una dogmatica amministrativa in larga misura indipendente dalla legge, cfr. O. BACHOF, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, (da qui in avanti citate: *VVDStRL*), Heft 30, Berlin, 1972, p. 203.

([67]) Affronteremo queste tematiche nella seconda parte del lavoro. Sui processi di statualizzazione e socializzazione cui accenniamo nel testo, cfr. R. RUFFILLI, *Introduzione*, a *Crisi dello Stato e storiografia contemporanea*, a cura dello stesso Ruffilli, Bologna, 1979, p. 9; N. BOBBIO, *Stato, governo,*

Ma anche perché, rimanendo sul terreno dell'amministrazione imperativa e tradizionale, proprio attraverso l'istituto del provvedimento si sviluppava un tentativo di giuridicizzazione le cui ambivalenze originarie finiranno per pesare anche su quelle sintesi teoriche che muovevano da altri e diversi presupposti di fondo.

Attribuendo infatti all'atto amministrativo il compito di realizzare la *Justizmässigkeit* dell'amministrazione e con questa lo Stato di diritto, Otto Mayer istituiva un'analogia tra sentenza civile ed atto amministrativo ricca di notevoli implicazioni ([68]).

Ne vedremo alcune nelle prossime pagine quando cercheremo di analizzare i principali effetti che i modelli giurisdizionali della pubblica amministrazione produssero sullo stesso diritto amministrativo, incidendo, con la nascita dell'istituto del procedimento, in modo rilevante sulla sua processualizzazione ([69]).

Può essere forse preferibile in questo momento precisare che il tentativo di Mayer muoveva da una contraddittoria, irrisolta combinazione tra potere e diritto, attribuendo ad una manifestazione imperativa della stessa amministrazione, ad un tipico *actum principis* il compito di realizzarne i processi di giuridicizzazione.

La possibilità rivendicata all'atto amministrativo di stabilire nel caso singolo per il suddito « was für ihn Rechtens sein soll »,

---

società. Per una teoria generale della politica, Torino, 1985, p. 42 (il volume raccoglie le quattro voci scritte da Bobbio per l'*Enciclopedia Einaudi*); GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, pp. 7 e ss.

([68]) Si rilegga la citazione riportata *retro* nota 60. Il termine *Justizmässigkeit* è con i sinonimi *Justizähnlichkeit* ed *Justizförmigkeit* assai circolante nella dottrina amministrativistica di questo periodo. Oltre al passo di Mayer già riportato, cfr. KELSEN, *Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates*, 1923-24, in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, hrsg. von H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, Wien, 1968, Bd. 2, p. 1646; MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 76. Non essendo facilmente traducibile in italiano abbiamo conservato anche nel testo l'espressione tedesca che rende bene il processo di giuridicizzazione dell'universo amministrativo condotto in gran parte seguendo il modello di un potere già integralmente giuridico, quello giurisdizionale.

([69]) Cfr. *infra* il terzo capitolo della seconda sezione della prima parte.

introduceva infatti surrettiziamente nel tessuto amministrativo lo schema del provvedimento giurisdizionale ([70]).

Sorge un potere di dichiarare il diritto nel caso concreto che solo apparentemente fissa, attraverso una manifestazione di volontà vincolante per gli stessi organi amministrativi, una garanzia di certezza e di prevedibilità per il cittadino, ma che in realtà riconferma che all'amministrazione ed essenzialmente ad essa spetta di garantire la giuridicità del proprio ordinamento ([71]).

« Libertà » dal diritto e vincolo giuridico trovano un punto di equilibrio solo se, ancora una volta, è l'amministrazione a guidare la giuridicizzazione, soltanto se è il potere a garantire e legittimare se stesso.

La costruzione *urteilsähnlich* dell'atto amministrativo, elaborata per la prima volta in forme così puntuali da Otto Mayer, denunciava le linee di fondo del modello « pubblicizzante », un modello in cui il « pubblico » conquista una propria identità giuridica, ma al prezzo di mostrare in modo continuo e vistoso, dal progetto generale sino alle più minute costruzioni dogmatiche, i segni indelebili del potere.

Nello schema di Mayer l'amministrazione rivela l'impronta inequivocabile della sovranità, si pone come fonte principale di trasformazione del potere in diritto, appartandosi dai processi di legittimazione e dando vita in modo autonomo al proprio ordinamento giuridico.

L'atto amministrativo è l'espressione principale di questo modello: da una parte è la tipica e più incisiva « affermazione del momento dell'autorità » ([72]), dall'altra, definendo nel caso concreto il rapporto giuridico tra amministrazione e cittadino, diventa

---

([70]) Sulla derivazione processualistica del concetto di atto amministrativo in Mayer, già le osservazioni di SPIEGEL, *Die Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., p. 97. Per la dottrina italiana assai significative le riserve di Federico Cammeo (*Commentario*, cit., p. 95), per la cui analisi rinviamo al nostro lavoro: *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, pp. 397 e ss.

([71]) Chiarissimo Kelsen (*Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., p. 195) per il quale Mayer attribuisce « der vollziehenden Gewalt die gleiche rechtserzeugende, verpflichtende Kraft wie der Rechtsordnung ».

([72]) GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., p. 164.

uno strumento essenziale per affermare la signoria del diritto anche all'interno dei fatti amministrativi, costituendo un momento in cui l'attività si fissa in un qualcosa che è possibile verificare successivamente secondo un parametro normativo.

L'atto diventa così il crocevia di tutto il sistema amministrativo ([73]): su di esso si appunteranno i tentativi di fissare più precisi vincoli legislativi all'attività degli apparati, un più rassicurante principio di legalità; su di esso graviterà, attraverso la tematica dei vizi, la costruzione del sistema di giustizia amministrativa, un sistema giurisdizionale in cui il valore della legittimità ne orienterà, in un'ambivalente e difficile combinazione tra tutela oggettiva e soggettiva, l'inconfondibile « specialità » ([74]).

In Mayer — come dovrebbe ormai risultare evidente — l'accento è tutto sul polo « autorità »: l'amministrazione, ponendosi senza mezzi termini all'origine del processo di giuridicizzazione di se stessa, interpreta la propria posizione costituzionale, rispecchia la realtà di uno Stato che si personifica nella centralità del principio monarchico e nel quale l'assemblea si limita a « collaborare » ad una dinamica istituzionale già legittimata per definizione.

Siamo di fronte quindi ad una assolutizzazione del polo autoritario destinata ad un notevole ridimensionamento con l'aggiornarsi dei modelli costituzionali: l'istituto della riserva di legge, ancora sospeso in Mayer tra funzione di garanzia e criterio di ripartizione di competenza tra assemblea ed esecutivo monarchi-

---

([73]) Sulla collocazione del *Verwaltungsakt* come « Zentralbegriff » della dogmatica amministrativa, cfr. BACHOF, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts*, cit., pp. 230 e ss.; un rinvio che c'introduce nel tentativo, da Bachof stesso sino a Norbert Achterberg (*Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg, 1982, — 2ª ed. 1986 — pp. 290 e ss.) di sostituire il concetto di *Verwaltungsrechtsverhältnis* a quello di atto amministrativo. Per la diffusione del concetto di rapporto amministrativo nella giuspubblicistica italiana e per un'applicazione particolare ai problemi del giudizio amministrativo, cfr. almeno: M.S. GIANNINI-A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. del dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, pp. 254 e ss.

([74]) In generale sulla questione si veda almeno BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XXII (1972), pp. 1861 e ss.

co ([75]), si sarebbe tradotto in un generale principio di legalità che interpretasse l'avvenuto reinserimento della pubblica amministrazione nel processo generale di legittimazione dell'ordinamento.

Il modello costituzionale e la catena di legittimazione tra i poteri dello Stato andavano completamente ridisegnati: solo allora lo Stato di diritto si sarebbe affermato come modello costituzionale nel quale tutti i poteri, senza distinzione, fossero continuamente legittimati dal consenso della società civile.

Rimarrà tuttavia, anche nelle profonde trasformazioni concettuali connesse agli aggiornamenti costituzionali, uno zoccolo duro, la conferma dell'impossibilità di una totale riduzione giuridica del potere.

Sia pure all'interno di un disegno generale che non ha più bisogno di fondarsi sull'autonomia costituzionale dell'amministrazione, non si potrà tuttavia fare a meno di affidare direttamente ad essa un'importante funzione di giuridicizzazione del proprio operato.

Il riconoscimento del potere di creazione delle norme individuali che l'amministrazione conserva — come vedremo — nel più importante tentativo di aggiornamento degli schemi tradizionali, nello *Stufenbau* elaborato dalla Scuola di Vienna, conferma la sostanziosa specificità pubblicistica del rapporto amministrativo ([76]).

Anche il più affascinante tentativo, mai operato dalla *scientia iuris*, di sostituire la norma al potere, riconfermava l'intrinseca eteronomia delle forme di produzione normativa, ribadiva l'identità tra amministrazione e sovranità, l'imprescindibilità del potere.

Specialità come garanzia e specialità come privilegio si rivelavano ancora una volta fattori ineliminabili della riflessione teorica amministrativa.

([75]) S. Fois, *La « riserva di legge ». Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, p. 83.

([76]) Cfr. *infra* il terzo capitolo della seconda sezione della prima parte del lavoro.

2. *L'alternativa « privatistica »: un progetto incompiuto?*

Il progetto di pubblicizzazione non poteva dirsi però esaurito con la fissazione di un peculiare rapporto tra potere e diritto, né poteva soltanto cullarsi nell'oscillazione, tanto incerta quanto contraddittoria, tra i poli della « garanzia » e del « privilegio » offerti dalla programmata « specialità ».

La pubblicizzazione doveva essere necessariamente anche un'operazione concreta sugli istituti, un lavoro di costruzione dogmatica che realizzasse la specificità pubblicistica: la liberazione dal dominio del diritto privato e la creazione di nuove forme giuridiche di diritto pubblico rappresentavano trasformazioni da realizzare prima di tutto nel concreto degli assetti dogmatici.

Accanto ad una dimensione in cui la dicotomia pubblico-privato evoca l'assetto dei rapporti tra potere e diritto ed in cui l'accento cade sui processi di legittimazione del potere pubblico, esiste anche una prospettiva in un certo senso più tangibile in cui le relazioni tra diritto civile e diritto pubblico scendono sul piano sostanziale e diventano un problema di scelta e di alternativa tra i diversi strumentari giuridici utilizzabili in concreto dalla pubblica amministrazione.

Si delinea una direttrice in cui il referente immediato non è dato tanto dal progetto e dal modello costituzionale, da un'ideologia che traduce in una precisa configurazione del pubblico il ruolo dell'amministrazione nella dinamica tra i poteri dello Stato, quanto più corposamente, dalle alternative tra imperatività e consensualità, tra comando e consenso, tra atto e contratto.

Si apre cioè un panorama ulteriore, in certo qual modo sottostante al piano generale del modello, che inaugura un confronto con il diritto positivo ed in cui le scelte incidono immediatamente sugli istituti prospettando diverse forme di composizione degli interessi in conflitto, diversi assetti della tutela, diversi equilibri istituzionali.

Naturalmente nessun processo di depurazione delle valenze, dei contenuti ideologici si realizza nel passaggio a questo piano più tecnicizzato. In realtà sono proprio le stesse valenze, le stesse alternative tra libertà e vincolo giuridico, tra supremazia e garan-

zia che ancora una volta si ripropongono, ma da un altro punto di partenza: non più dal piano generale dell'elaborazione del modello, del disegno delle linee generali dello Stato di diritto, ma questa volta dal basso, dalla molteplicità delle relazioni quotidiane dell'amministrazione, di un'amministrazione che ora contratta, ora comanda, ora tutela.

E proprio sullo sfondo dell'azione minuta, quotidiana degli apparati amministrativi il confronto tra diritto privato e pubblico già delinea una nuova prospettiva generale: emerge una dimensione imprenditoriale dell'azione amministrativa in cui i confini tra amministrazione ed economia si fanno più incerti e lo stesso Stato si pone come fattore attivo dello sviluppo economico.

La pubblicizzazione non è ancora divenuta un processo compiuto, la specialità incontra ostacoli non secondari e già si preannuncia « die Flucht in das Privatrecht » ([77]) degli organi amministrativi.

Il confronto tra pubblico e privato si complica di nuovi elementi, diviene un punto di osservazione fondamentale per verificare la consapevolezza che i giuristi dimostrano dei processi di trasformazione in corso, per accertare la capacità della *scientia iuris* di aggiornare le proprie categorie, di elaborare nuovi strumentari coerenti ad un problema amministrativo il cui asse centrale si va spostando dal rapporto individuale con il cittadino al rapporto globale con il processo economico.

Per il momento tuttavia pubblicizzazione e specialità, elaborazione dogmatica di uno specifico pubblicistico ed autonomia scientifica del diritto amministrativo continuavano a procedere parallelamente.

([77]) L'espressione, divenuta oggi un vero e proprio *topos* della letteratura amministrativa (cfr. per tutti W. SCHMIDT, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, München, 1982, pp. 170 e ss.; e per la letteratura austriaca da ultimo F. KOJA, *Allgemeines Verwaltungsrecht, Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis*, 2. völlig neubearbeitete Auflage, auf Grundlage des « *Allgemeines Verwaltungsrechts* » von Walter Antoniolli, Wien, 1986, pp. 231 e ss.), compare già in FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 2. Neudruck der 8. Auflage, Tübingen, 1928, Aalen, 1963, p. 326.

Ancora nel 1902 Otto Mayer individuava il compito principale della giuspubblicistica nell'obiettivo di liberare l'amministrazione dal dominio storico del diritto privato ([78]). E quattro anni più tardi Fritz Fleiner, nella prolusione già ricordata, precisava che la *Umbildung* degli istituti civilistici attraverso il diritto pubblico rappresentava un processo tuttora in fase di piena attuazione ([79]).

Ma proprio la realizzazione del disegno pubblicizzante pone questioni non semplici e richiede una maggiore e prudenziale elasticità. Non ci sono dubbi su che cosa concretamente significhi pubblicizzazione. Fleiner è in questo senso perfettamente allineato con il programma del maestro: l'emancipazione dal diritto privato è un processo che va di pari passo con l'elaborazione delle « besondere Grundsätze » del diritto pubblico, il che significa liberazione dalle forme giuridiche di un diritto fondato sulla composizione di pariordinati interessi privati ed elaborazione di forme parallele, ma che registrino puntualmente la diseguaglianza giuridica « connaturale » al rapporto pubblicistico ([80]).

Si ammorbidiscono però certi spunti troppo polemici del programma di Mayer e si è più disponibili ad interpretare la specialità come risposta alla specificità dei compiti e degli interessi dell'amministrazione ([81]) che non come immediata registrazione dell'impron-

---

([78]) MAYER, *Justiz und Verwaltung*, cit., pp. 76-7.

([79]) FLEINER, *Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht. (Akademische Antrittsrede)*, cit., p. 9: « heute stehen wir mitten in diesem Umbildungsprozess ».

([80]) *Ibid.*, pp. 8-9: « auf diese Weise haben öffentlichrechtliche Anschauungen die Herrschaft des Privatrechtes auf dem Boden der öffentlichen Verwaltung zurückzudrängen begonnen. Formen und Elemente des öffentlichen Rechtes sind vorgedrungen und haben innerhalb des erwähnten Bereiches die herkömmlichen zivilrechtlichen Institute zu durchsetzen angefangen. An mehr als einem Punkte ist die zivilrechtliche Form vollständig gesprengt und durch eine neue Form des öffentlichen Rechtes ersetzt worden ».

([81]) *Ibid.*, pp. 9-10: « duch die Emanzipation vom Zivilrecht wird die Möglichkeit zur Ausbildung derjenigen besonderen Grundsätze des öffentlichen Rechts geschaffen, die den eigentümlichen Aufgaben und Interessen der öffentlichen Verwaltung Rechnung tragen ». Così, del resto, nel manuale si dirà con chiarezza che « öffentliches Recht und Privatrecht sind durch keine Kluft getrennt » (*Institutionen*, cit., p. 59).

ta con cui il *Gewaltverhältnis* marchia la posizione di sudditanza del cittadino nei confronti dello Stato.

Anche il superamento della *Fiskustheorie* si può ormai dire, sulla linea di Mayer, un fatto compiuto e la recezione di un punto cardinale del suo disegno, la negazione dell'identità tra patrimonialità e diritto privato, rappresenta un postulato indiscutibile ([82]).

Ma proprio il settore della patrimonialità di stampo pubblicistico, così tipico del disegno di Otto Mayer ([83]), dimostrava che il progetto della pubblicizzazione poteva conoscere variabili significative.

Emerge infatti dalle pagine di Fleiner una precisa dimensione garantista che, ponendosi come condizione del progetto pubblicizzante, finisce per mutarne dall'interno le linee fondamentali, costrette ora a confrontarsi con il diritto positivo, con le lacune legislative, con il lavoro creativo della scienza giuridica e con l'individuazione dei limiti che la funzione di supplenza di questa necessariamente incontra.

Tutto questo comporta una diversa accentuazione del programma originario che, ricondotto alla realtà e alla concretezza del rapporto tra interessi amministrativi ed esigenze di tutela del cittadino, recupera un'altra « specialità » ed abbandona i toni programmatici e fortemente ideologizzati del modello di Mayer per calarsi nelle linee di una posizione più moderata e poco disponibile a tradurre immediatamente nella concretezza delle relazioni amministrative quel *Mehrwert* degli apparati che si concentra prima di tutto a livello costituzionale ([84]).

([82]) *Ibid.*, p. 15: « seit der Überwindung der Fiskustheorie ist die These, dass der Vermögenswert einem Anspruche das zivilrechtliche Gepräge aufdrücke, in dieser Allgemeinheit nicht mehr haltbar ».

([83]) MAYER *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., vol. 2°, pp. 3 e ss., il capitolo: « Das öffentliche Sachenrecht »; ID., *Der gegenwärtige Stand der öffentlichen Eigentums*, in *Archiv fur öffentliches Recht*, XXI (1907), pp. 499 e ss., ora in ID., *Kleine Schriften zum öffentlichen Recht*, Bd. I, cit., pp. 261 e ss. Per questo aspetto del programma di Mayer, cfr. FIORAVANTI, *Otto Mayer*, cit., pp. 634 e ss.

([84]) In questo senso anche le osservazioni di STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre in der Weimarer Republik*, cit., p. 87.

Il parziale accantonamento della prospettiva costituzionale assicura cioè l'approdo ad una visione più elastica, pronta a sfruttare le potenzialità garantiste offerte dal diritto civile e a sfumare la rigida pregiudiziale pubblicizzante a favore di un più realistico riconoscimento dell'interscambiabilità tra diritto privato e pubblico come statuti giuridici entrambi legittimi dell'azione amministrativa.

La realizzazione della specificità pubblicistica va cioè strettamente correlata al rafforzamento od almeno al mantenimento delle garanzie giurisdizionali già offerte dalla disciplina privatistica del rapporto: proprio per questo l'istituto della proprietà pubblica non è ammissibile come categoria unitaria della patrimonialità amministrativa ed è necessario invece riscoprire il dualismo normativo che caratterizza la disciplina dei beni pubblici per non andare incontro ad inopportuni e pericolosi vuoti di tutela ([85]).

La funzione creativa della scienza giuridica, il compito « storico » di gettare le fondamenta esclusivamente pubblicistiche dell'azione amministrativa non possono adagiarsi soltanto nell'illusoria coerenza interna del modello teorico progettato e devono necessariamente arrestarsi quando la lacuna legislativa non è colmabile « durch Wissenschaft und Praxis » ([86]).

Lo schema pubblicistico incontra cioè nella realtà delle relazioni amministrative delle resistenze non superabili e deve rinunciare al proprio completo dispiegamento sia quando mancano « ausreichende Rechtsschutzorgane » che garantiscano la giustiziabilità dell'avvenuta pubblicizzazione ([87]) sia quando invece è lo stesso diritto positivo che perpetua il dualismo ed offre un quadro irriducibile alla programmata specialità.

Può essere infatti relativamente agevole affermare la natura esclusivamente pubblicistica dell'espropriazione ed abbandonare gli ultimi residui degli schemi contrattualistici, ancora presenti

([85]) FLEINER, *Über die Umbildung*, cit., pp. 16-17: « eine Erweiterung der Herrschaftssphäre des öffentlichen Rechtes hat die Praxis in allen den erwähnten Fällen nur unter der Voraussetzung zugelassen, dass für ein konkretes Rechtsverhältnis durch das Hinauswachsen über den Boden des Privatrechtes Rechtsschutz und Rechtssicherheit nicht vermindert werden ».

([86]) *Ibid.*, p. 17.

([87]) *Ibid.*, p. 14.

nella costruzione labandiana, per proclamare che non solo l'unilateralità dell'atto ablatorio configura un potere specificamente pubblico, ma che lo stesso diritto del cittadino all'indennità non rompe più l'unitarietà dell'istituto, inserendo una pretesa privata al risarcimento tutelabile di fronte al giudice ordinario: in virtù della garanzia assicurata dal giudice amministrativo questa può ormai essere classificata come diritto pubblico soggettivo a contenuto patrimoniale ([88]).

È invece assai più difficile imporre l'unitarietà pubblicistica degli istituti quando lo stesso diritto positivo offre segnali contraddittori: è il caso delle *gewerbliche Unternehmungen* dello Stato e dei comuni ([89]), un settore ancora in via di sviluppo all'inizio del Novecento, ma destinato ad una crescita vistosa e ad assumere un ruolo centrale nel campo delle prestazioni amministrative ([90]).

Come vedremo nei prossimi capitoli è questa una sfera di azione amministrativa in cui la prospettiva ideologica pubblicizzante andrà incontro, nella realtà legislativa, a severe smentite ed in cui la costruzione di istituti esclusivamente pubblicistici — la *öffentliche Anstalt* prima di tutto ([91]) — cozzerà contro le esigenze dell'amministrazione di disporre di strumenti di azione più agili e tendenzialmente non autoritari.

Già all'inizio del secolo si presenta però problematica la possibilità di una descrizione unitaria dell'istituto, affidato per gli aspetti organizzativi alle disposizioni del diritto pubblico, ma costretto a servirsi ancora delle norme civilistiche per la regolamentazione dei rapporti giuridici tra l'*Anstalt* ed i fruitori del servizio amministrativo.

([88]) *Ibid.*, pp. 12 e ss. E si veda anche LABAND, *Die rechtliche Natur des Retracts und der Expropriation*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 52 (1869), pp. 150 e ss. e spec. pp. 169 e ss.

([89]) FLEINER, *Über die Umbildung*, cit., pp. 21 e ss.

([90]) Lo vedremo meglio nella seconda parte del lavoro. Cfr. per il momento W. BERG, *Aufgaben der Länder und Gemeinden. Wirtschaftsverwaltung einschliesslich Bauwesen*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. IV cit., pp. 421 e ss.

([91]) Si veda in particolare il secondo capitolo della seconda parte del lavoro.

La prudenza con cui Fleiner riconosce la contraddittoria, duplice regolamentazione normativa delle *Anstalten* già prefigura comunque le linee di una posizione, poi dispiegata compiutamente nel manuale, assai sensibile nel cogliere le novità organizzative ed i nuovi equilibri tra pubblico e privato che l'amministrazione registrava nel concreto dell'azione dei suoi apparati ([92]).

In questo caso la rinuncia a perseguire fino in fondo l'intrinseca, coerente razionalità del modello pubblicizzante apre anche la porta a significative registrazioni dei processi di trasformazione strutturale che interessavano ormai la stessa « continuità » amministrativa.

Pur mantenendo sostanzialmente fermi i postulati fondamentali del disegno di Mayer ed anzi sposando la centralità dell'obiettivo della *Umbildung* degli istituti civilistici, proprio il caso di Fleiner dimostrava che il modello pubblicizzante poteva sciogliersi in una pluralità di varianti, conoscere versioni teoriche in cui la progettata durezza della specialità amministrativa poteva aprirsi ad una combinazione più realistica e più flessibile tra i possibili statuti giuridici dell'azione amministrativa, approdare a sintesi più rassicuranti tra gli « eigentümlichen Aufgaben und Interessen der öffentlichen Verwaltung » ed i diritti dei cittadini ([93]).

In questa direzione erano però possibili anche contrapposizioni più nette, cesure più profonde: la dicotomia tra pubblico e privato, con la pluralità di livelli teorici e dogmatici che la contraddistinguevano, si rivelava ancora una volta un punto centrale di attacco del dibattito, il fulcro per disegnare non solo varianti più o meno significative del modello originario, ma veri e propri modelli alternativi, nuovi, possibili « diritti amministrativi ».

La voce enciclopedica *Verwaltung, Verwaltungsrecht* pubblicata da Erich Kaufmann nel *Wörterbuch* curato da Stengel-Fleisch-

---

([92]) FLEINER, *Institutionen*, cit., pp. 120 e ss. per il paragrafo (su cui torneremo nel primo capitolo della seconda parte) « Neue Organisationsformen », aggiunto nell'ottava edizione. Del resto già nella prima edizione del manuale (Tübingen, 1911) l'istituto dell'*Anstalt*, che — come vedremo nel capitolo secondo della seconda parte — in Mayer è funzionale ad un « rapporto di sudditanza speciale », è inserito in un capitolo dal titolo inequivocabile di « Der Verwaltungsapparat und seine Leistungen ».

([93]) *Über die Umbildung*, cit., p. 10.

mann ne è l'esempio più significativo (94): non si tratta più infatti di smussare qua e là le asperità troppo evidenti del programma di Mayer, di ricondurre il disegno pubblicizzante ad un confronto più serrato con la realtà dei singoli istituti amministrativi — come era ancora il caso di Fritz Fleiner —, ma si tratta ormai di fissare, in piena nettezza di contorni, nuove sintesi teoriche.

E Kaufmann ce ne offre appunto, all'immediata vigilia della guerra, una delle più importanti ed al tempo stesso delle più complesse, una sintesi teorica che a differenza del grande lavoro dogmatico-costruttivo della scuola di Otto Mayer non si tradusse in un vero e proprio sistema amministrativo, ma rimase — in fondo per l'interesse, si può dire, occasionale che Kaufmann dimostrò per i problemi dell'amministrazione (95) — allo stadio di progetto, di una sorta di controsistema rispetto al modello dominante che avrebbe richiesto tuttavia un completo dispiegamento sul campo per calarsi in modo compiuto ed effettivo nel gioco delle alternative concretamente praticabili dalla scienza tedesca del diritto amministrativo (96).

Nonostante questo e nonostante il fatto che da questo indirizzo non si svilupparono opere della complessità dogmatica del *Deutsches Verwaltungsrecht*, gli scritti amministrativistici di Kaufmann rimasero la testimonianza fondamentale di un progetto teo-

---

(94) KAUFMANN, *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, in STENGEL-FLEISCHMANN, *Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, Bd. 3, 2. Auflage, Tübingen, 1914, pp. 688 e ss.

(95) Abbiamo già precisato — *retro* nota 24 — che il ritratto di Erich Kaufmann che daremo in queste pagine risulterà necessariamente unilaterale, funzionale ad un'analisi dedicata al diritto amministrativo e che non pretende di esaurire per ogni giurista, oggetto del nostro esame, la molto spesso complessa, molteplice personalità intellettuale. Per Kaufmann rinviamo alla letteratura indicata nella nota sopracitata.

(96) Oltre alla voce enciclopedica citata alla nota 94 e all'importante necrologio pubblicato per la morte di Otto Mayer (citato alla nota 15), cfr. il famoso intervento alla *Tagung* di Münster nel marzo 1926: *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Rechsverfassung*, in *VVDStRL*, Heft 3, Berlin und Leipzig, 1927, pp. 2 e ss.; ed in genere gli scritti ora raccolti in *Autorität und Freiheit. Von der konstitutionellen Monarchie bis zur Bonner parlamentarischen Demokratie*, Bd. 1 dei *Gesammelte Schriften*, Göttingen, 1960.

rico alternativo, non si confinarono nel solco di una sterile polemica pamphlettistica, ma offrirono notevoli spunti di riflessione non a caso recuperati ogni qual volta si dovesse fare il punto sui compiti ed i metodi della scienza del diritto amministrativo ([97]).

La contrapposizione con il sistema di Otto Mayer è netta, senza sfumature: il progetto pubblicizzante viene radicalmente respinto in nome di un'alternativa « privatistica » che, sulla base di un diverso equilibrio tra diritto pubblico e privato, offre anche un altro disegno globale del potere amministrativo.

Non ci si muove infatti né al livello « alto », ad un tempo costituzionale e di teoria generale, che contraddistingueva le critiche demolitrici del sistema di Otto Mayer formulate negli stessi anni da Hans Kelsen ([98]), né del resto ci si limita a sposare la prospettiva di Fleiner, di diretto intervento sugli istituti, di verifica della possibilità e dei limiti del progetto pubblicizzante nel concreto degli assetti dogmatici.

Emerge, con una nettezza ed una centralità inconsuete in periodo di dominante metodo giuridico, un argomento di tipo storico che si pone non solo come principale asse critico del progetto di Otto Mayer, ma anche come fondamentale punto di coagulo e di aggregazione delle nuove linee teoriche proposte per l'elaborazione del sistema amministrativo positivo ([99]).

Sullo sfondo del disegno di Kaufmann non c'è l'ambizioso progetto kelseniano di disegnare un diritto « comune » a soggetti pubblici e privati caratterizzato dal tentativo di dissolvere il potere nell'identità di un unitario momento normativo: l'alternativa « privatistica », che si delinea nelle pagine di Kaufmann, non s'iscrive nell'orbita teorica di un rifiuto della « grande dicotomia », né percorre le strade della deideologizzazione della costruzione giuridica del potere pubblico.

([97]) Significativo il caso di BACHOF, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, cit., p. 200.

([98]) Lo vedremo nel prossimo capitolo.

([99]) KAUFMANN, *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, cit., p. 689: « nur eine historische Orientierung kann den Weg durch die viel verschlungenen, durch keine Kodifikation rationalisierten Pfade unseres Verwaltungsrechts weisen »; ID., *Otto Mayer*, cit., p. 390.

In un certo senso anzi la dicotomia ne esce invece rafforzata, così come fortemente sottolineata risulta la natura imperativa e autoritaria della disciplina pubblicistica dell'azione amministrativa: rispetto al modello di Mayer cambia invece, e in modo decisivo, il rapporto tra pubblico e privato nella disciplina dei fatti amministrativi.

Ed il nuovo equilibrio si assesta non sulla base di un diverso itinerario dogmatico, ma attraverso una più « corretta » interpretazione dello sviluppo storico tedesco: si vuole sostituire all'equilibrio artificioso creato dalla scienza giuridica un equilibrio tra pubblico e privato che sia il portato « naturale » dell'evoluzione storica degli statuti giuridici dell'amministrazione pubblica ([100]).

L'oggetto polemico principale delle critiche di Kaufmann è rappresentato quindi dalla pubblicizzazione, dalla « Otto Mayer'sche Hypertrophierung des öffentlichen Rechts gegenüber dem Privatrecht » ([101]), ma non tanto come operazione che in modo arbitrario ed ideologico estende la supremazia degli apparati pubblici a tutte le relazioni amministrative, ma in quanto si traduce in una lesione grave ed ingiustificata di un diritto amministrativo che va prima di tutto considerato come il frutto di un itinerario storico, come il simbolo di quel peculiare processo evolutivo che contraddistingue l'« originalità tedesca » ([102]).

([100]) Si veda la ricostruzione offerta del modello prussiano di Stato moderno — e di amministrazione — rispetto ai modelli francesi e inglesi in *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, cit., pp. 690 e ss.; pp. 709-10.

([101]) Un'« ipertrofia pubblicizzante » che possiede per di più l'effetto di trasformarsi « zum geltenden deutschen Rechte »: KAUFMANN, *Intervento* alla discussione sui *Berichte* di W. JELLINEK-G. LASSAR, *Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte (Fortschritte, Rückschritte und Entwicklungstendenzen seit der Revolution)*, in *VVDStRL*, Heft 2, Berlin und Leipzig, 1925, pp. 115-6.

([102]) ID., *Otto Mayer*, cit., p. 391: « dadurch, dass Otto Mayer diese notwendige Fragestellung (cioè l'esame storico e comparativo delle peculiarità dell'evoluzione, nei vari paesi europei, dell'amministrazione moderna) nicht anerkennt, hat er unser deutsches Verwaltungsrecht entstellt und denaturiert »). L'intervento del 1925 si confermava così, ben al di là della ritualità che normalmente contraddistingue i necrologi nelle riviste giuridiche, come il proseguimento di una contrapposizione radicale con il sistema di Otto Mayer già iniziata con la voce enciclopedica del 1914.

Il modello pubblicizzante diventa così un tutt'uno con la « francesizzazione », si identifica con un progetto che stravolge la continuità del processo storico tedesco inserendo improvvisamente e senza giustificazione elementi strutturali che appartengono ad un'altra esperienza evolutiva, travolgendo così equilibri « naturali » e consolidati e precostituendo per l'elaborazione dogmatica un materiale giuridico che non è più l'« empirischer Rechtsstoff des deutschen Verwaltungsrechts » ([103]).

L'attacco al modello di Mayer è quindi portato da una prospettiva particolare, ma che investe immediatamente la globalità della sintesi, ne pone in dubbio la legittimità teorica.

Non si tratta di una semplice divergenza di punti di vista storiografici, ma è in gioco la stessa definizione del ruolo del giurista, è in discussione l'ampiezza e la legittimità della libertà creatrice della scienza giuridica.

Pochi anni prima ancora Fleiner ricordava il fascino e la difficoltà del compito della scienza del diritto amministrativo proprio perché in nessun altro campo giuridico il giurista poteva muoversi con la stessa libertà di modellare e delineare istituti, partendo dalla comparazione degli interessi in gioco, dalla « Gesamtanschauung der Verhältnisse und Rechtssätze » ([104]).

È proprio questa libertà creatrice della scienza giuridica che viene da Kaufmann recisamente negata: il percorso storico diventa un elemento rigidamente vincolante per il giurista ed un momento essenziale nel processo di elaborazione dogmatica che non può essere saltato se non attraverso una « *μετάβασις εἰς ἄλλο γένος* » ([105]).

« Originalità » tedesca e ruolo del giurista diventano variabili strettamente interdipendenti: solo interpretando ed elaborando i propri tipi dogmatici sulla base del sostrato offerto dalla evoluzione storica il giurista adempie compiutamente al proprio compito.

([103]) *Ibid.*, p. 388: « die Typen des Otto Mayerschen Verwaltungsrechts sind nicht aus dem empirischen Rechtsstoffe des deutschen Verwaltungsrechts abgelesen ».

([104]) FLEINER, *Über die Umbildung*, cit., p. 24.

([105]) KAUFMANN, *Otto Mayer*, cit., p. 389.

Esiste un diritto che affonda le proprie radici nella storicità dell'esperienza giuridica e che è vincolante per il giurista, così come domani lo diventerà prima per il costituente, poi per il legislatore ([106]).

Certo, si delinea una posizione antiformalista che incide immediatamente sulle prospettive metodologiche, denunciando la insufficienza e la riduttività della scelta per il metodo giuridico e riscoprendo la ricerca storica e la stessa scienza dell'amministrazione come presupposti fondamentali per scrivere il diritto amministrativo, per svelare una complessità appannata dalla centralità del rapporto giuridico Stato-cittadino ([107]).

Maturano così un'attenzione per i problemi organizzativi della pubblica amministrazione ([108]) ed in prospettiva una capacità di registrare l'avvenuta riattribuzione dei « fini » all'attività dello Stato, il trasformarsi del rapporto tra le istituzioni ed il processo economico, con la connessa tematica della grandiosa espansione dei servizi e delle prestazioni amministrative, che con maggiore difficoltà emergeranno invece dagli scritti della scuola di Otto Mayer ([109]).

La « storicità » tuttavia non si pone soltanto come dimensione fondamentale per « comprendere » lo sviluppo del passato e le linee evolutive del presente, come ausilio indispensabile per cogliere la complessità della vicenda dello Stato moderno e delle trasformazioni costituzionali in corso, ma rivendica anche una propria intrinseca dimensione normativa, diventa un fattore condi-

---

([106]) Cfr. sotto le note 114 e 115.

([107]) KAUFMANN, *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, cit., pp. 716-8 il paragrafo dedicato a « Die Wissenschaft des Verwaltungsrechts ». Si tratta di una posizione metodologica il cui « presupposto teoretico » (CASTRUCCI, *Tra organicismo e « Rechtsidee »*, cit., p. 87 e ss.) sarà rappresentato dall'opera fondamentale del Kaufmann filosofo del diritto: *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1921. Sul ruolo svolto da questa posizione di Kaufmann nel panorama del *Methodenstreit* che attraversa la *Staatslehre* nel corso degli anni venti cfr. SONTHEIMER, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, cit., pp. 69 e ss.

([108]) Cfr. *infra* nota 130.

([109]) KAUFMANN, *Otto Mayer*, cit., pp. 398 e ss.; analizzeremo queste problematiche nella seconda parte del volume.

zionante del disegno e del progetto relativo al presente, un'ipoteca deterministica sulle future trasformazioni del modello ([110]).

Il richiamo alla storia svela cioè la propria intrinseca ambivalenza: da una parte può rappresentare lo strumento per un approccio più « realistico » alla dimensione amministrativa, può servire per recuperare le peculiarità dell'itinerario tedesco di formazione dello Stato moderno, per impedire un suo semplicistico appiattimento sulla diversa vicenda francese ed al tempo stesso per sottolineare la presenza di forti elementi « creativi » nel progetto di autonomizzazione disciplinare del diritto amministrativo. L'argomento storico diventa così strettamente funzionale alla sottolineatura del carattere « artificiale » del progetto di Otto Mayer, serve in primo luogo per dimostrare che la pubblicizzazione fa violenza sugli equilibri consolidati del diritto amministrativo, proponendone una sintesi che non fotografa i dati offerti dal diritto vigente, ma li trasfigura in modo artificioso secondo un modello precostituito ed ideologico.

Dall'altra parte il richiamo alla storia non può non svolgere una chiara funzione conservatrice: i problemi amministrativi del presente si risolvono infatti, secondo questa prospettiva, semplicemente ricostituendo un equilibrio violato dalle scelte arbitrarie della scienza giuridica.

Non esiste una direttrice costituzionale nella quale inserire il tema dell'amministrazione, così come non esiste un problema di aggiornamento dei modelli costituzionali: il problema amministrativo si risolve « naturalmente », riscoprendo la continuità storica che lo contraddistingue, ricucendo le trame di un tessuto bruscamente lacerato.

Si tratta solo di ristabilire una naturale combinazione tra gli strumentari giuridici adoperati dalla pubblica amministrazione nel suo agire quotidiano.

Non ci sono nuovi problemi di legittimazione del potere pubblico né è in discussione la posizione dell'amministrazione nella dinamica tra i poteri dello Stato. Il richiamo alla storia cementa invece ancor di più la continuità amministrativa, ne consolida

---

([110]) Un panorama che emerge potente da tutta la « voce »: ne vedremo poco più sotto alcuni aspetti applicativi.

l'impermeabilità di fronte alle trasformazioni costituzionali: il piano amministrativo si dimostra un settore in cui le contrapposizioni possono essere anche radicali, investendo forme e contenuti degli statuti giuridici dell'azione amministrativa, ma sempre allo stesso tempo circoscritte, interne ad una dimensione che rivendica una propria autonomia, che si conferma come principale contrappeso della realtà costituzionale, come principale contropolo della instabilità della politica.

Sull'onda di queste considerazioni può essere forse ingeneroso farsi prendere dalla tentazione di ricondurre, con un procedimento cronologicamente arbitrario, già a questo scritto del 1914 il senso di due pagine, una di Max Weber ([111]), l'altra di Hans Kelsen ([112]), di qualche anno successive ed entrambe molto severe nei confronti del progetto di Erich Kaufmann.

Tuttavia non si può fare a meno di considerare ([113]) che se l'impostazione antiformalista nel 1914 è ancora in grado di svolgere, sia pure all'interno di un modello costituzionale fortemente condizionato — anche se in modo diverso da quello di Otto Mayer — dal principio monarchico, un ruolo critico tutt'altro che secondario, lo stesso « realismo », ammantandosi di connotati storici in un caso, di elementi di diritto naturale nell'altro, servirà in futuro ora in favore della conservazione nel « nuovo ordinamento della Germania » dei tradizionali rapporti tra politica e apparati burocratici espressi dall'articolo 9 della costituzione del *Reich* ([114]), ora

---

([111]) M. WEBER, *Bismarcks Erbe in der Reichsverfassung*, in *Frankfurter Zeitung*, 28 ottobre 1917, trad. ital. a cura di L. Marino, *L'eredità di Bismarck nella costituzione del Reich*, in *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania e altri scritti politici*, Torino, 1982, pp. 3 e ss.

([112]) KELSEN, *Intervento* alla discussione sui *Berichte* di E. KAUFMANN-H. NAWIASKY, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, in *VVDStRL*, Heft, 3, cit., pp. 53-55.

([113]) Si veda del resto anche l'altra opera di Erich Kaufmann: *Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzipes (Einleitung; die historischen und philosophischen Grundlagen)*, Leipzig, 1906, ora in ID., *Autorität und Freiheit*, cit., pp. 3 e ss., sul cui carattere, profondamente conservatore, cfr. LANCHESTER, *Alle origini di Weimar*, cit., p. 79.

([114]) Posizione espressa in *Bismarcks Erbe in der Reichsverfassung*, Berlin, 1917, ora in *Autorität und Freiheit*, cit., pp. 143 e ss., per l'esame della quale rinviamo ancora a LANCHESTER, *Alle origini di Weimar*, cit.,

come arma fondamentale per svilire la funzione del legislatore positivo e minare così i precari equilibri su cui si reggevano le istituzioni di Weimar ([115]).

Già il progetto del 1914 di salvare l'« originalità » tedesca contro le arbitrarie « francesizzazioni » della scienza giuridica delinea tuttavia con chiarezza i limiti intrinseci dell'alternativa « privatistica ».

---

pp. 127 e ss. A questo intervento di Kaufmann, Weber replicò nell'articolo omonimo — citato sopra alla nota 111 — poi confluito in *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland*. L'articolo 9 ultimo comma della costituzione del *Reich* del 1871, stabilendo che « nessuno può essere contemporaneamente membro del *Bundesrat* e del *Reichstag* » rappresentava una remora al dispiegamento della forma di governo parlamentare (nella quale « si richiede incondizionatamente che gli statisti dirigenti appartengano al parlamento », cosa che invece in Germania « è giuridicamente impossibile » — WEBER, *Parlamento e governo*, cit., p. 105) e favoriva la formazione di governi composti da funzionari amministrativi e non da politici. Sui rapporti tra politica e amministrazione in Weber torneremo nel primo capitolo della terza parte del volume.

([115]) KAUFMANN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, cit., p. 20, per lo sviluppo di una tesi che — culminando nell'affermazione: « der Gesetzgeber ist nicht Schöpfer des Rechts »; « der Staat schafft nicht Recht, der Staat schafft Gesetze; und Staat und Gesetze stehen unter dem Recht » — investiva direttamente, al di là del riproporsi dell'alternativa classica tra diritto naturale e positivo, il ruolo del legislatore ed i delicati equilibri della costituzione weimariana. Sul significato « politico » della tesi di Kaufmann, anche in relazione ai mutamenti della struttura dell'organo legislativo con il passaggio al sistema parlamentare-repubblicano, cfr. l'intervento di Kelsen nella discussione, citato *retro* nota 112: « an Stelle des positiven Rechts wird die positive Religion als höchste Autorität anerkannt ». (*Ibid.*, p. 54). Non possiamo trattenerci nell'esame dettagliato di questa *Tagung* di Münster che fu sicuramente una delle più sintomatiche del *Methodenstreit* degli anni venti e che sin dai *Referate* (cfr. H. NAWIASKY, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, cit., p. 25: « Kaufmann ist Idealist, d.h. Naturrechtler, ich bin Skeptiker, d.h. Positivist, vielleicht ein noch nicht ganz erledigter ») dimostrò il radicale confliggere delle direttrici teoriche. Si veda almeno, oltre alle opere citate *retro* nota 18, U. SCHEUNER, *Die Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer in der Zeit der Weimarer Republik*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 97 (1972), pp. 349 e ss.; R. SMEND, *Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit*, in *Festschrift für Ulrich Scheuner für 70. Geburstag*, hrsg. von H. Ehmke, e altri, Berlin, 1973, pp. 575 e ss.

Se altrove, in altri contesti storici e geografici, con termini simili si è identificato un tentativo di reimmettere la specialità amministrativa all'interno della razionalità normativa, di proporre una giuridicizzazione del potere amministrativo che avvenisse secondo le linee concettuali e gli istituti del diritto comune, dal negozio al diritto soggettivo, e ricomponesse la duplicità degli statuti giuridici della pubblica amministrazione nell'unità della funzione giurisdizionale ([116]), ben poche saranno le linee evolutive di questo tipo che potremo trovare negli scritti di Erich Kaufmann.

In questo caso l'alternativa è « privatistica » in quanto si oppone ad una prevalente tendenza pubblicizzante, in quanto, delineando un diverso equilibrio tra gli statuti giuridici della pubblica amministrazione, incide sull'ampiezza degli istituti del diritto amministrativo ed in modo parallelo sull'applicabilità degli stessi istituti civilistici ai rapporti amministrativi.

La prospettiva guida non è quindi quella di ricomporre la frattura tra pubblico e privato o di riportare la specialità amministrativa alla razionalità del diritto comune, ma più semplicemente quella di ristabilire un equilibrio alterato dall'« ipertrofia » pubblicizzante di Otto Mayer.

Ancora una volta l'argomento di tipo storico svolge un ruolo decisivo: al progetto di liberare l'amministrazione dal dominio del diritto privato si contrappone una verifica paziente, caso per caso, per stabilire in concreto sulla base dell'effettività dell'evoluzione giuridica quando l'azione amministrativa è regolata da « die spezifisch herrschaftlichen Rechtsformen » ([117]) e quando invece si affida alla consensualità degli istituti civilistici.

Ed il volto del diritto amministrativo si modella secondo connotati completamente diversi da quelli assunti nel *Deutsches Verwaltungsrecht*: il progetto di Otto Mayer presupponeva infatti

---

([116]) Abbiamo utilizzato l'espressione di « tendenza ' pandettistica ' » per definire l'itinerario giuridico di Federico Cammeo. Si vedano le indicazioni fornite *retro* nota 47 ed ora anche le pagine di GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana. 1859-1950*, Milano, 1986, pp. 129 e ss.

([117]) KAUFMANN, *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, cit., p. 703.

un diritto amministrativo ad un tempo arroccato nella propria specificità pubblicistica, espressione dell'intreccio tra *allgemeine* e *besondere Gewaltverhältnisse*, e pronto ad estendere il proprio raggio di applicazione alla quasi totalità delle manifestazioni amministrative; un diritto amministrativo — si potrebbe dire — ad un tempo speciale e comune, uno statuto giuridico modellato sulle esigenze del potere e secondo quella porzione di sovranità che l'amministrazione rivendicava di possedere, ma anche in grado di porsi come diritto comune, seppure pubblico, dell'azione amministrativa ([118]).

In Kaufmann invece il diritto amministrativo torna ad essere in senso stretto *Sonderrecht*, *Polizeirecht*: la specialità amministrativa da una parte restringe il proprio ambito di applicazione, dall'altra rinsalda la propria componente autoritaria modellandosi strettamente intorno alla *Herrschaft* e all'imperatività delle manifestazioni del potere.

Salta tutto il grandioso progetto costruttivo di Otto Mayer e il diritto amministrativo si conforma come diritto speciale valido solo e in quanto non trovino applicazione le disposizioni del diritto privato.

In un paragrafo decisivo dal titolo « la mancanza delle categorie francesi nel diritto amministrativo tedesco » ([119]) gli istituti cardine del progetto di Mayer, dalla proprietà pubblica alla *öffentliche Anstalt*, dall'impresa pubblica alla concessione sino alla responsabilità amministrativa ([120]), vengono radicalmente negati come categorie unitarie in grado di riunificare il tessuto amministrativo.

([118]) Una direttrice che la parola d'ordine della *Umbildung* (si rilegga la citazione riportata alla nota 80) esprimeva perfettamente. Si veda anche tutto il paragrafo che nel *Deutsches Verwaltungsrecht* (vol. I, pp. 134 e ss.) Mayer dedica a « Das Verwaltungsrechtsinstitut und die Scheidung vom Civilrecht ».

([119]) KAUFMANN, *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, cit., pp. 706 e ss.

([120]) Indichiamo i luoghi del *Deutsches Verwaltungsrecht* nei quali Mayer affronta rispettivamente queste problematiche: vol. 2°, pp. 60 e ss. (proprietà pubblica); vol. 2°, pp. 318 e ss. (« Anstaltsnutzung »); vol. 2°, pp. 294 e ss. (concessione d'imprese pubbliche); vol. 2°, pp. 345 e ss. (responsabilità pubblicistica).

Correlativamente gli istituti del diritto civile e lo stesso giudice ordinario, fortemente compressi nel *Deutsches Verwaltungsrecht* ([121]), recuperano quasi interamente la loro imperatività sull'azione amministrativa secondo un equilibrio con le disposizioni pubblicistiche che deve essere stabilito in concreto, istituto per istituto, non quindi secondo una distinzione pubblico-privato aprioristica e precostituita, ma ricucendo di volta in volta i mille fili che collegano gli itinerari legislativi percorsi sin dall'*Allgemeines Landrecht* ([122]).

La stessa giustizia amministrativa risulta alla fine notevolmente trasfigurata: nessuna necessità esiste infatti in Germania di seguire gli itinerari che in Francia hanno condotto « sozusagen aus dem Nichts » ad elaborare un contenzioso di piena giurisdizione ([123]). Assicurata una tutela contro le *öffentliche Verfügungen* attraverso un contenzioso di annullamento, le altre relazioni tra amministrazione e cittadino possono essere lasciate tranquillamente al diritto civile, all'istituto generale della responsabilità, alla giurisdizione del giudice ordinario ([124]).

L'approccio storico diventa così la condizione principale per recuperare il carattere « multiforme » del diritto amministrativo e la polivalenza delle norme rivolte agli apparati, irriducibili alla semplificazione pubblicizzante di Otto Mayer ([125]) ed espressione di quella « eigentümliche Verknüpfung und Verknotung » tra diritto privato e pubblico che in fondo è il risultato dell'innesto

---

([121]) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., pp. 134 e ss.; pp. 211 e ss.: un giudice ordinario la cui cognizione, limitata alle controversie di stretto diritto civile, trova automaticamente limitato il proprio campo di applicazione dall'estendersi del processo della *Umbildung*. Il modello di giustizia amministrativa elaborato nelle pagine di Mayer venne in parte riutilizzato, nella giuspubblicistica italiana da Santi Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, pp. 161 e ss.; cfr. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., pp. 361 e ss.

([122]) KAUFMANN, *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, cit., pp. 701 e ss.

([123]) *Ibid.*, p. 711. Per la classificazione delle diverse funzioni progressivamente acquisite dal contenzioso francese, cfr. E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1887 (2ª edizione, Paris, 1896, pp. XVII-XVIII; pp. 15-21).

([124]) KAUFMANN, *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, cit., pp. 710-11.

([125]) *Ibid.*, p. 718.

dei principi dello Stato di diritto sul corpo del vecchio *Polizeirecht* ([126]).

Siamo certo agli antipodi del disegno di Mayer, così come enormemente diversi sono gli equilibri che i due modelli teorici creano nella concretezza della vita amministrativa, tra le giurisdizioni, tra gli istituti giuridici adoperati dall'amministrazione nelle relazioni del potere con i cittadini.

E l'alternativa è così radicale che con troppo semplicismo si archivierebbe se la si bollasse come un semplice aggiornamento della vecchia *Fiskustheorie* ([127]) oppure se reciprocamente, sulla

---

([126]) *Ibid.*, p. 714: « die Eigenart unseres Rechtes besteht aber gerade darin, dass die ' Rechtsinstitute ' als solche, die (Ursprungs-) ' Rechtsverhältnisse ' weder ganz dem öffentlichen, noch ganz dem privaten Recht angehören, sondern gemischter Natur sind ». E per l'affermazione radicalmente opposta, cfr. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 145: « unsere Rechtsinstitute sind notwendig einheitlicher Natur, entweder civilrechtlich oder öffentlichrechtlich, es gibt keine gemischten Rechtsinstitute », che pure rappresentavano « für das polizeistaatliche Recht eine sehr gewöhnliche Erscheinung ».

([127]) Anche se elementi di collegamento pur tuttavia esistono, visto che proprio il richiamo alla « storicità » dell'evoluzione tedesca del diritto amministrativo restituisce all'attualità un equilibrio tra gli statuti giuridici dell'azione amministrativa « alterato » dal programma della *Umbildung*. Come diciamo nel testo, sarebbe però ingeneroso parlare di un semplice recupero, persino anacronistico, di equilibri ormai superati, perché non è in gioco un problema di autonomia disciplinare del diritto amministrativo, ma una *actio finium regundorum* tra statuti privatistici e pubblicistici, quanto mai attuale in un periodo in cui la « pubblicizzazione » incontra nei fatti significative smentite e gli apparati si spostano verso moduli di azione e forme di organizzazione di tipo privatistico.

Può sembrare paradossale che un modello legato alla storicità — intendiamoci, non nel senso del « comprendere », ma in funzione prescrittiva e quindi con una potente carica deterministica nell'interpretazione del presente — si trovi poi, specialmente in periodo weimariano, a svolgere un ruolo significativo nel dar conto dei processi di trasformazione della *Verwaltung*: la questione meriterebbe in realtà qualche osservazione ulteriore — su cui torneremo magari in altra sede — in chiave d'interpretazione dello sviluppo della stessa categoria « diritto amministrativo ». Anche in questo periodo il diritto amministrativo si disloca infatti secondo equilibri, certo diversi — in funzione della stessa diversità dei compiti pubblici che caratterizza le diverse esperienze ed i diversi periodi storici —, ma secondo alternative che in questo « mutare », tendono tuttavia a riproporsi:

base della larga applicazione degli istituti del diritto civile, le si volesse dare il credito di soluzione squisitamente garantista rispetto all'imperante autoritarismo del *Deutsches Verwaltungsrecht*.

Già le valutazioni che siamo venuti facendo ci sembra siano sufficienti ad escludere che il complesso disegno di Kaufmann possa essere rapidamente etichettato sotto la formula della *Fiskustheorie*: non è più in gioco infatti, come lo era ancora nella vecchia polemica Mayer-Laband, l'esistenza stessa del diritto amministrativo, la sua dignità o addirittura la sua possibilità giuridica e scientifica ([128]). Non si discute più se il diritto amministrativo con la

---

impero e gestione, *puissance* e *service*, *Eingriffs-* e *Leistungsverwaltung* e che si rivelano pertanto decisive nel determinare la natura ogni volta « storicamente » peculiare, del fenomeno amministrativo.

([128]) In che cosa consistesse questa *Fiskuslehre* (vero e proprio simbolo della « Rechtsanschauung » dello Stato di polizia - *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 135) ce lo dice lo stesso Otto Mayer, *Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums*, cit., pp. 272 e 273: « der Staat als solcher kann keine Eigentumshandlungen vornehmen, sondern kann nur gebieten und verbieten; aber als Vermögenssubjekt, als Fiskus übt er sein Eigentum aus ». Introdotto « der Dualismus von Staat und Fiskus als Rechtspersönlichkeiten », la conseguenza è che « nur der Staat hat imperium, dagegen nur der Fiskus dominium ».

Non è possibile trattenersi in questa sede sulle complesse implicazioni della *Fiskuslehre* che, elaborata nello Stato assoluto per distinguere lo « Stato come Fisco » dallo Stato come persona sovrana (basti rinviare a F. VASSALLI, *Il Fisco nella dottrina del diritto intermedio e del diritto moderno*, ora in ID., *Studi giuridici*, vol. III, tm. I, *Studi di diritto romano (1906-1921)*, Milano, 1960, pp. 118 e ss.; G. ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno in Italia. Lezioni di storia del diritto italiano*, I, Torino, 1967, pp. 205 e ss.), sopravvive ancora nel corso dell'Ottocento, più o meno collegata al postulato della doppia personalità — pubblica e privata — dello Stato, nella distinzione tra atti di gestione e d'impero, usata come criterio di riparto tra le giurisdizioni, ma con valenze differenziate per gli ordinamenti francese ed italiano di giustizia amministrativa (cfr. SORDI, *Giurisdizione ordinaria e giustizia amministrativa in Lorenzo Meucci e Giuseppe Mantellini*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 13 (1984), pp. 731-2).

Del resto, al di là dei toni, volutamente risonanti, del programma di Mayer e delle contrapposizioni radicali tra i « tipi ideali », del tutto antitetici, dello « Stato di polizia » e dello « Stato di diritto », la stessa polemica Mayer-Laband non può essere eccessivamente enfatizzata e deve

sua specificità normativa e disciplinare possa prendere posto tra *Staatsrecht* e diritto civile; si discute invece quali coordinate questo diritto amministrativo debba assumere, quali ambiti di applicazione possa conquistare, se debba limitarsi alla costruzione giuridica delle manifestazioni in senso stretto imperative oppure, doppiando la dogmatica civilistica, debba scendere sul piano degli istituti a contenuto patrimoniale, i beni, la proprietà, la responsabilità, ridisegnandone di volta in volta le peculiarità pubblicistiche ([129]).

E del resto basterebbe citare il campo, quasi insondato da Otto Mayer, della organizzazione amministrativa e la riconosciuta, indispensabile necessità di collegare organizzazione ed attività nello studio dei fatti amministrativi ([130]), per comprendere che si era ben oltre una nostalgica riproposizione dei vecchi equilibri tra *Befehl* e contratto e che il problema era ormai divenuto quello di individuare nuove « problematiche » ([131]) del diritto amministrativo.

Più complesso è invece stabilire il reale tasso di garanzia che l'alternativa « privatistica » poteva offrire rispetto al modello pubblicizzante.

Il compito è reso difficile infatti sia dalla mancata estrinsecazione delle linee programmate in un compiuto schema dogmatico sia perché il rifiuto di Kaufmann di una « parte generale » secondo il modello concettuale civilistico — una mera classificazione di

---

essere letta anche sotto il profilo dell'intersecarsi e del confliggere — nelle forme di azione amministrativa — di strumenti privatistici e pubblicistici o, che dir si voglia, consensuali e imperativi, secondo equilibri che certo il programma della *Umbildung* non riuscì a fissare in modo definitivo. Torneremo su queste problematiche nel primo capitolo della seconda sezione della prima parte.

([129]) È quindi proprio il programma della *Umbildung* il vero *punctum controversiae*.

([130]) KAUFMANN, *Otto Mayer*, p. 397 e cfr. *retro* nota 13. Vedremo nella seconda parte del lavoro la « modernità » delle tematiche organizzative, nel momento in cui con il progressivo sciogliersi dell'imperatività, queste emergeranno accanto alle più tradizionali tematiche dell'attività amministrativa.

([131]) Nel senso di GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, cit., pp. 248 e ss.

proposizioni amministrative isolate di contro alla natura « vielgestaltig » del diritto amministrativo ([132]) — ci pone di fronte a strutture teoriche non omogenee e quindi tra di loro difficilmente comparabili.

Garanzia e autorità vengono così a combinarsi, nei due modelli, secondo schemi e sulla base di piani profondamente diversi, dando vita a delle sintesi fondate su elementi non immediatamente commensurabili.

Se infatti in Otto Mayer il conflitto tra imperatività e garanzia si scarica in modo prevalente nell'intrinseca duplicità e nel complesso dosaggio tra giuridicizzazione ed autoritarismo che caratterizza l'istituto dell'atto amministrativo, in un sistema come quello di Kaufmann invece, in cui largo spazio è affidato alla disciplina privatistica dei fatti amministrativi, il conflitto finisce per seguire un po' la linea di confine che di volta in volta si ritiene di stabilire tra statuti privatistici e pubblicistici dell'azione amministrativa.

Kaufmann può infatti in modo senza dubbio corretto rivendicare alla soluzione da lui delineata il vantaggio di una maggiore protezione individuale, affidarsi di fronte all'annunciata espansione delle funzioni amministrative, di fronte allo « Staats- und Kommunalsozialismus », alle garanzie offerte dal diritto civile e dal giudice ordinario e far confluire così le relazioni tra cittadini e amministrazione in forme giuridiche « naturalmente » più sensibili all'uguaglianza degli interessi in conflitto ([133]).

Allo stesso modo il riconoscimento di un'ampia interscambiabilità tra statuti privatistici e pubblicistici anche nell'ambito dell'esercizio dei poteri imperativi ([134]), porta di necessità ad una attenuazione dei caratteri autoritari dell'azione amministrativa.

Di contro a questo momento di dissoluzione del potere o comunque di scioglimento dell'imperatività del pubblico nelle forme

---

([132]) KAUFMANN, *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, cit., p. 718.

([133]) *Ibid.*, pp. 715-16.

([134]) *Ibid.*, p. 715: « privatrechtliche Beziehungen des Staates und der öffentlichen Korporationen bestehen nicht nur jenseits der bezeichneten Gewaltverhältnisse, sondern können von ihnen auch neben, statt und im Rahmen der ihnen zustehenden Verfügungsgewalten begründet werden ».

del diritto dei privati, il sistema conosce tuttavia anche un processo inverso di vistosa riconcentrazione del potere che improvvisamente fa riemergere intera l'autonomia dell'amministrazione e l'originarietà della sua posizione costituzionale.

Si scopre allora che « storicità » non significa soltanto ricerca dell'« originalità » tedesca contro i tentativi di imporre come *ratio scripta* le categorie amministrative francesi ([135]), ma è anche recupero delle radici assolutistiche del diritto amministrativo.

È questo uno dei momenti del discorso di Kaufmann in cui nel modo più evidente l'argomento storico svela un'intrinseca portata deterministica o se si vuole — ma la differenza ci sembra impercettibile — si pone come principale veicolo di legittimazione di un dato modello costituzionale.

La scoperta della secolarità delle strutture amministrative trasporta infatti sullo stesso piano normativo l'idea della continuità degli apparati pubblici, che di conseguenza si trasforma da categoria interpretativa di una vicenda storica in un postulato che giustifica se stesso e l'immobilità ed in fondo la tendenziale immodificabilità degli istituti amministrativi. Si potrebbe dire con Tocqueville che ci « si chiude strettamente all'interno di ciò che è, senza mai cercare ciò che dovrebbe essere » ([136]).

La continuità amministrativa, se nei confronti di Mayer è servita per recuperare l'originario rapporto tra diritto privato e pubblico che caratterizzava l'itinerario storico del diritto amministrativo tedesco, serve anche per ricordare che Stato di diritto e divisione dei poteri si sono radicati su strutture assolutistiche preesistenti e che gli istituti amministrativi portano indelebili i segni di un'autorità che, nata dal tentativo del principe di sviluppare dal terreno della *Justiz* « eine unkontrollierte und eximierte Verwaltungstätigkeit », è di conseguenza antecedente ai processi legislativi di legittimazione del potere pubblico ([137]).

([135]) *Ibid.*, p. 703; ID., *Otto Mayer*, cit., p. 385.

([136]) A. de TOCQUEVILLE, *Rapport à l'Académie des sciences morales et politiques sur le livre de M. Macarel, intitulé « Cours de droit administratif »*, in *Le Moniteur universel*, 15 maggio 1846, ora in ID., *Scritti politici*, a cura di Nicola Matteucci, vol. I, Torino, 1969, p. 238.

([137]) KAUFMANN, *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, cit., p. 691.

L'imperatività che la legge ottiene nello Stato costituzionale anche sui processi decisionali dell'amministrazione svela la propria intrinseca debolezza proprio perché interviene a posteriori ad autorizzare un potere che storicamente le preesiste e che si legittima prima di tutto in nome della sua continuità storica.

Così un vero e proprio problema di garanzia all'interno dell'autorità si presenta assai difficoltoso e si insiste poco sui processi di giuridicizzazione del potere, preferendo recuperare nel carattere estensivo riconosciuto agli istituti civilistici quei profili di garanzia che male si collocano nei processi di estrinsecazione della *öffentliche Gewalt*, quasi come se diritto privato e giudice ordinario bilanciassero con la loro tutela il contropolo, autoritario per definizione, del potere pubblico.

La specialità amministrativa non viene quindi espunta dallo schema, ma, se pure ridotta nello spazio di applicazione, recupera anche una maggiore intensità autoritativa, riconfermandosi come zoccolo duro, come una sorta di masso erratico che, ereditato dallo Stato di polizia, conserva piena effettività anche nello Stato costituzionale.

In realtà non ci si limita neppure a registrare l'esistenza di questa eredità materiale, la presenza di un tessuto *polizeistaatlich* che rappresenta la principale forza inerziale rispetto ai tentativi di giuridicizzare il potere pubblico e che questi tentativi immobilizza di conseguenza nella loro « specialità », ma si giunge persino a tradurre questa dimensione precostituzionale dell'amministrazione in un istituto di diritto vigente, in quel *Verwaltungsvorbehalt* che si colloca all'interno del modello in perfetta simmetria con la riserva di legge ([138]).

L'istituto — è vero — ha un significato prettamente costituzionale e si estrinseca nell'individuazione di prerogative del potere esecutivo definendo competenze costituzionali della *Regierung* ([139]).

([138]) *Ibid.*, p. 698.

([139]) H. MAURER, *Der Verwaltungsvorbehalt*, in *VVDStRL*, Heft 43, Berlin und New York, 1985, p. 144, nell'ambito di una recente « riscoperta » dell'istituto (cfr. anche il *Referat* di Friedrich E. Schnapp, *ibid.*, pp. 173 e ss.), naturalmente in altro contesto costituzionale, come possibile rimedio all'ipertrofia legislativa e alla *Gesetzesflut*. Ma anche in questa prospettiva mi sembrano da condividere le riserve di Hartmut Maurer, *ibid.*,

La stessa enumerazione di Kaufmann, dalla « auswärtige Verwaltung » alla « Militärgerwalt » sino alla « oberste Leitung der Politik » attraverso nomina e revoca dei ministri, confermava che l'invenzione dogmatica si muoveva sul terreno delle tradizionali attribuzioni del monarca ([140]).

È però significativo che ancora nel 1914 ([141]) si senta il bisogno di arrivare ad una sofisticata formalizzazione del principio monarchico, contrapponendo alla « riserva » del potere legislativo uno spazio di autonomia costituzionale che, già nella scelta terminologica — *Verwaltungsvorbehalt* —, collega strettamente il monarca ai « propri » apparati burocratici.

Prerogative del monarca e legittimazione « storica » degli apparati divengono così, con quella durezza di principii fondamentali che deriva loro dallo scaturire direttamente dall'« originalità » del processo storico tedesco, le coordinate fondanti del modello costituzionale in cui si iscrive l'alternativa « privatistica ».

Diventa allora forse più facile comprendere lo spazio entro il quale si muoveva la dialettica tra il modello pubblicizzante ed il progetto di Erich Kaufmann: questa infatti oscilla tra polarità molto differenziate, produce immagini assai diversificate del diritto amministrativo, ci offre due modelli indubbiamente diversi e non comparabili.

Tuttavia lo spazio di oscillazione, il paradigma costituzionale entro cui si muovono le due alternative sono in realtà sostanzialmente unitari.

Il diritto amministrativo costruisce la propria specificità giuridica e scientifica sulla base di un peculiare rapporto tra diritto

---

pp. 165-66. Da ultimo sui problemi della « riscoperta » della « Eigenart der Vollziehung » e sulla c.d. « Renaissance des Ermessens », cfr. R. WAHL, *Zur Lage der Verwaltung Ende des 20. Jahrhunderts*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, hrsg. von K.G.A. Jeserich, H. Pohl, G.C. von Unruh, Bd. 5, *Die Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart, 1987, pp. 1208-1212.

([140]) KAUFMANN, *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, cit., p. 698.

([141]) Per quanto proprio nel dicembre 1913 il c.d. « caso Zabern » (un vero e proprio conflitto costituzionale originato dagli scontri tra esercito e popolazione nella cittadina alsaziana di Zabern) confermava i limiti del processo di « parlamentarizzazione » e l'intangibilità dei diritti del *Kaiser*. Rinviamo alle ricostruzioni offerte da WEHLER, *L'impero guglielmino*, cit., pp. 169-70 e da LANCHESTER, *Alle origini di Weimar*, cit., pp. 79-83.

pubblico e privato che prevede o può prevedere una notevole gamma di equilibri intermedi, diversi: ma c'è un momento unitario che stabilisce la compatibilità delle alternative, fissa la soglia delle possibili oscillazioni e questo momento unitario non è altro che la dicotomia stessa tra pubblico e privato, la sua intoccabilità.

Potere e diritto, autorità e garanzia possono trovare e — come dimostravano gli itinerari giuridici di Otto Mayer e di Erich Kaufmann — trovano in realtà una pluralità di strumentari giuridici e di piani entro cui combinarsi, entro cui approdare, ogni volta da basi diverse, ad una sintesi; ma tutto questo è possibile solo se alla origine dei diversi equilibri, solo se alla base dei margini di compatibilità dei modelli, ricompare nella sua durezza di fondamentale principio costituzionale, il valore dell'autonomia dell'amministrazione.

Il potere amministrativo può accettare con la pubblicizzazione di seguire i complessi e contraddittori intrecci tra giuridicizzazione e conservazione della propria « specialità » oppure può anche accettare di ritirarsi in una zona più ristretta lasciando alla disciplina del diritto civile gran parte delle relazioni con i cittadini, ma in ogni caso solo se il potere si colloca all'origine di questi processi, soltanto se è esso stesso a guidarli di volta in volta, confermando che il problema del diritto degli apparati è prima di tutto un problema di autolimitazione.

Se i piani sono diversi identica è quindi la cornice entro cui questi si compongono: sia che l'amministrazione fissi la propria « eigentümliche Ordnung », l'unitarietà del proprio statuto pubblicistico, sia che riscopra la propria origine *polizeistaatlich* e rimetta in discussione gli equilibri tra autorità e consensualità, la prospettiva amministrativa rimane orientata da una dimensione costituzionale che proprio all'amministrazione assegna « den ersten Rang » tra le tre funzioni dello Stato ([142]).

L'amministrazione indipendentemente dallo statuto giuridico con il quale agisce in concreto deve trovare un momento unitario, di sintesi, che necessariamente si concentra intorno al polo pub-

---

([142]) KELSEN, *Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates*, (1923-4), in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Bd. 2, cit., p. 1647.

blico della dicotomia e che, ponendola all'origine del « mistero » della sovranità, la rende per ciò stesso fonte primaria dei processi di legittimazione che la riguardano.

L'alternativa tra statuti giuridici privatistici e pubblicistici diventa allora scarsamente significativa per l'intrinseca razionalità del modello, che in entrambi i casi si riunifica, a monte delle concrete relazioni amministrative, in un luogo teorico in cui confluiscono originarietà del potere e libertà dal diritto ed in cui l'amministrazione ritrova allo stesso tempo la propria autonomia e la propria, imprescindibile, dimensione « pubblica ».

La dialettica Mayer-Kaufmann si confina così rigorosamente all'interno delle problematiche connesse agli statuti giuridici dell'azione amministrativa, non tocca il piano costituzionale o meglio non lo pone in discussione, muovendosi nell'ambito delle medesime coordinate di partenza.

In questo senso i due modelli erano destinati entrambi — pur nella loro diversità — ad una radicale demolizione da parte di un tentativo teorico, quello della Scuola di Vienna, che proprio sulla base della dimostrata inconsistenza o della consistenza esclusivamente ideologica della dicotomia pubblico-privato, proponeva una lettura della dinamica istituzionale dello Stato moderno che portava a reinserire tutti i poteri, amministrazione compresa, in un unitario processo di legittimazione ([143]).

Il vigoroso aggiornamento teorico a cui i due modelli andarono incontro non impedì tuttavia che vistose linee di continuità si fissassero, anche nel dibattito degli anni '20, con gli equilibri costituzionali che essi avevano espresso: condannato il principio monarchico dalle trasformazioni costituzionali, furono — come vedremo — gli apparati burocratici che si posero, sotto mutate vesti, come i suoi degni continuatori ([144]).

Su di un piano di più stretta storia della scienza del diritto amministrativo l'alternativa « privatistica » rimase invece un progetto incompiuto. Rispetto alla notevole fortuna teorica e all'ampia penetrazione accademica del modello pubblicizzante questa non riuscì infatti a coagulare un'alternativa metodologica — che

([143]) Proprio questo tentativo analizzeremo nel capitolo seguente.
([144]) Lo vedremo nella terza parte del lavoro.

pure aveva lucidamente delineato —, né a sviluppare un assetto dogmatico che fosse almeno concorrenziale con il profluvio di scritti più o meno riconducibili all'indirizzo e alla scuola di Otto Mayer.

Tuttavia di fronte alla « ungeahnte Erweiterung » dei compiti amministrativi, particolarmente impetuosa tra il periodo bellico e l'immediato dopoguerra, e di fronte alla realtà di un'amministrazione che dimostrava di preferire « die elastischen Formen des Privatrechts » all'ampliamento degli strumentari imperativi, fu proprio l'alternativa « privatistica » a dimostrarsi « naturalmente » più incline a registrare la novità delle trasformazioni ([145]).

E ad Erich Kaufmann non fu difficile riconoscere — ma ormai nel 1925 — che i processi evolutivi del diritto amministrativo andavano in senso contrario al programmato, rigoroso modello pubblicizzante e che la duplicità degli statuti giuridici della pubblica amministrazione veniva non solo confermata, ma addirittura potenziata dalla crescita dei servizi e delle prestazioni amministrative ([146]).

L'episodicità degli interventi amministrativistici di Kaufmann rende assai arduo dire con certezza se la sua sintesi teorica costituì o meno un anello di congiunzione decisivo nel passaggio dalle concezioni tradizionali alle « modernizzazioni » connesse allo sviluppo della categoria della *Leistungsverwaltung* ([147]).

E del resto il binomio *Eingriffs-Leistungsverwaltung* non può essere — come vedremo — immediatamente identificato con la dicotomia pubblico-privato, visto che nell'amministrazione di prestazione confluiscono disposizioni ad un tempo privatistiche e pubblicistiche e che quindi la duplicità del diritto amministrativo si ricostituisce secondo una linea di confine che in parte esula da quella « multiformità » messa in luce da Kaufmann e per di più secondo un progetto che muove da un diverso modello costituzionale.

([145]) KAUFMANN, *Otto Mayer*, cit., p. 395.

([146]) Cfr. anche l'intervento di Kaufmann alla *Tagung* di Frankfurt am Main del 1929 dedicata a *Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt*, in *VVDStRL*, Heft 6, Berlin und Leipzig, 1929, p. 151, un tema sul quale ritorneremo nel secondo capitolo della seconda parte del volume.

([147]) Rinviamo per le problematiche cui accenniamo nel testo al terzo capitolo della seconda parte del lavoro.

Pur tuttavia un'importante linea di continuità sussiste, tanto che si può forse parlare di un « compimento » del progetto di Kaufmann — secondo prospettive certo non tutte presenti nel disegno originario — ad opera dei giuristi riuniti intorno alla figura di Ernst Forsthoff.

Saranno infatti lo stesso modello concettuale, la medesima combinazione logica a rendere possibile il riconoscimento di una pluralità di statuti giuridici dell'azione amministrativa: la conquistata elasticità delle forme di azione, la dissoluzione dell'imperatività e dei caratteri autoritari del « pubblico » saranno condizionate, nell'uno come nell'altro caso, alla presenza di un punto di appoggio concettuale intorno al quale aggregare il polo dell'autorità, dovesse essere individuato questo — come in Kaufmann — nella continuità amministrativa e nelle radici assolutistiche del potere degli apparati o dovesse invece seguire — come nei primi interpreti del diritto amministrativo nazionalsocialista — i pericolosi sentieri della *Planung* e del *Führerprinzip*.

3. *Alle origini della « Scuola di Vienna »: l'inconsistenza della dicotomia.*

Titoli del tipo « Reine Rechtslehre und Verwaltungsrecht » evocano per lo più, almeno ad un primo rapido approccio, tematiche appartate, considerazioni erudite, richiamano alla mente generi letterari sempre pronti, nei volumi degli « Atti » dedicati a scuole teoriche di una certa consistenza, a registrarne incidenze ed influenze in quello o quell'altro ramo del diritto ([148]).

([148]) Cfr. F. WEYR, *Reine Rechtslehre und Verwaltungsrecht*, in *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet*, Wien, 1931, Nachdruck, Frankfurt am Main, 1967, pp. 366-389. In questo caso comunque non si tratta di un intervento occasionale perché Frantisek (Franz) Weyr (1879-1951), come principale rappresentante della Scuola pura del diritto cecoslovacca (cfr. il necrologio di A. MERKL, in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N.F., V (1953), pp. 5-14 ed ora il volume *Die Brünner Rechtstheoretische Schule (Normative Theorie)*, hrsg. von V. Kubes und O. Weinberger, Wien, 1980) va considerato come uno dei cofondatori, con lo

Si tratta, ben inteso, di indirizzi di ricerca del tutto legittimi e che spesso hanno anche il merito di sostituire a considerazioni generali dal retroterra evanescente indagini nel concreto degli assetti e dei dati giuridici talvolta anche più pregnanti.

Ma proprio il caso della Scuola di Vienna autorizza a compiere un itinerario inverso ed, invece di registrare in modo analitico gli influssi nel settore specifico del diritto amministrativo della *Reine Rechtslehre* come teoria consolidata — per quanto questo sia possibile in una dottrina che è un vero *opus perpetuum* ([149]) —,

---

stesso Kelsen ed Adolf Merkl, dell'indirizzo amministrativo della Scuola di Vienna.

Fra gli interventi dedicati in tempi più recenti al pensiero giuspubblicistico della Scuola di Vienna si vedano: F. ERMACORA, *Die Bedeutung und die Aufgabe der Wiener Schule für die Wissenschaft vom öffentlichen Recht der Gegenwart*, in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, X (1959-60), pp. 347 e ss.; W. ANTONIOLLI, *Hans Kelsens Einfluss auf die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *Law, State and international Legal Order. Essays in honor of Hans Kelsen*, Knoxwille, 1964, pp. 21-8; H. KLINGHOFFER, *Kelsens Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsrecht*, in *ibid.*, pp. 139 e ss.; F. ERMACORA, *Hans Kelsen e il diritto costituzionale austriaco*, in *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, a cura di Carlo Roehrssen, Roma, 1983, pp. 27-38; D. GRIMM, *Sul rapporto tra dottrina dell'interpretazione, giustizia costituzionale e pensiero democratico in Kelsen*, in *ibid.*, pp. 61-8; N. ACHTERBERG, *Hans Kelsens Bedeutung in der gegenwärtigen deutschen Staatslehre*, in *Die öffentliche Verwaltung*, XXVII (1974), pp. 444-454, ora anche in ID., *Theorie und Dogmatik des öffentlichen Rechts. Ausgewählte Abhandlungen 1960-1980*, Berlin, 1980, pp. 51-71; ID., *Die Reine Rechtslehre in der Staatstheorie der Bundesrepublik Deutschland*, in *Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern*, Wien, 1978, pp. 7-54 (anche per una precisazione delle osservazioni di R. MARCIC, *Die Reine Rechtslehre: der Hintergrund der Kelsen-Renaissance im deutschsprächigen Raum*, in *Law, State ad international Legal Order*, cit., pp. 197 e ss.); R. MONACO, *Kelsen e la teoria del diritto internazionale*, in *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, cit., pp. 39-51; A. GIOVANNELLI, *Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen*, Milano, 1979; FUNK, *Der Einfluss der 'Wiener Schule des Rechtspositivismus' auf die österreichische Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., nonché il *Vorwort* di Karl Korinek premesso alla ristampa dell'*Allgemeines Verwaltungsrecht* di Adolf Merkl (Wien und Berlin, 1927), Darmstadt, 1969, pp. VII-IX.

([149]) M.G. LOSANO, *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo, Introduzione* a KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*,

ci sembra preferibile ripercorrere le tappe iniziali del cammino, rivisitare gli scritti in cui furono individuate le prime fondamentali coordinate teoriche del progetto.

Si scoprirà allora che la « dissoluzione kelseniana della realtà dello Stato » ([150]) è strettamente connessa — molto di più di quanto a prima vista possa sembrare — alla dimensione amministrativa, alla rivisitazione e assai più di frequente alla vera e propria demolizione delle sintesi tradizionali, all'elaborazione di nuovi modelli amministrativi.

Non si tratta naturalmente di ridurre la complessità e la multiformità degli scritti giovanili del giurista praghese, le loro innumerevoli implicazioni filosofiche e di teoria generale ad una impossibile chiave di lettura unilineare, ma di riscoprire in pagine, che apparentemente si collocano su sponde assai distanti e diverse da quelle di un Mayer o di un Kaufmann, una prospettiva amministrativa che nasce, per così dire, dall'interno delle tematiche dell'amministrazione, che non rappresenta una ricaduta sullo specifico amministrativo di considerazioni di teoria generale, ma che costituisce essa stessa una componente decisiva per l'elaborazione di quelle coordinate teoriche.

In questi scritti che si collocano all'inizio del secondo decennio di questo secolo l'amministrazione è cioè una protagonista niente affatto secondaria ed il diritto amministrativo non è un settore

---

hrsg., von K. Ringhofer und R. Walter, Wien, 1979, trad. ital. *Teoria generale delle norme*, a cura delo stesso Losano, Torino, 1985, pp. XVII e ss. Sempre di Losano si vedano gli scritti ora raccolti in ID., *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, 1981 ed in particolare il *Saggio introduttivo* a KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, trad. ital. *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, pp. XIII e ss., ora in *ibid.*, pp. 15 e ss., cui rinviamo per una ricostruzione complessiva dell'itinerario interno alla riflessione della Scuola di Vienna, che non potrà essere oggetto di queste nostre pagine che si propongono più semplicemente d'individuare le peculiarità del modello amministrativo che si viene delineando a partire dai primi scritti kelseniani.

([150]) COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 286. Si veda anche il capitolo « Die Profanierung des Staates » nel volume di H. DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, 1986, pp. 208 e ss.

tecnicizzato e specifico nel quale verificare quella o quell'altra prospettiva teorica, ma un campo in cui concretamente si fissano le contrapposizioni dei modelli, si giocano le alternative costituzionali, si presentano, di fronte ai processi evolutivi e alle trasformazioni strutturali, i più importanti confronti e i più difficili conflitti tra potere e diritto.

La critica alla teoria tradizionale della « libertà » dell'amministrazione, che occupa uno dei capitoli centrali dei *Hauptprobleme*, quello dedicato all'Esecutivo ([151]), diventa infatti un asse teorico fondamentale intorno al quale prendono consistenza i postulati portanti dell'intera costruzione kelseniana, dalla « allrechtliche Natur » dello Stato sino al rifiuto della dicotomia tra diritto privato e pubblico e allo scioglimento della sovranità nell'esclusivo *Mehrwert* dell'ordinamento giuridico.

Su questa strada il corpus delle dottrine amministrative consolidate — e tra queste in particolare il sistema di Otto Mayer — rappresentava, più che un ostacolo concettuale, un punto di riferimento concreto sul quale costruire per antitesi il nuovo modello.

Siamo certo lontani dalla prospettiva entro la quale avveniva — più o meno negli stessi anni — il confronto tra Erich Kaufmann e Otto Mayer: se in questo caso l'alternativa si muoveva nell'ambito degli statuti giuridici dell'azione amministrativa, proponendo dall'interno una revisione del progetto pubblicizzante, in Kelsen muta lo stesso « campo teorico » ([152]) nel quale si svolge il discorso giuspubblicistico.

Se emerge un nuovo modello amministrativo, questo non nasce da una dialettica, interna ad uno stesso paradigma costitu-

---

([151]) KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911. Citeremo — salvo diversa indicazione — dalla ristampa (Aalen, 1960) della seconda edizione, Tübingen, 1923, che si differenzia dalla prima solo per una nuova *Vorrede*, pp. V-XXIII, per altro di grande interesse per il passaggio di Kelsen dalla costruzione statica alla costruzione dinamica (su cui, per il momento, si vedano gli scritti di Losano citati alla nota 149). Il capitolo che citiamo nel testo è il diciannovesimo (pp. 491 e ss.): *Die Exekutive: der Rechtsbegriff der Verwaltung.*

([152]) Usiamo l'espressione nel senso di COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 65 e ss.

zionale, tra diverse costruzioni dogmatiche o — come nel caso di Kaufmann — da un dissidio, anche profondo, su ciò che doveva considerarsi nell'esperienza giuridica tedesca come diritto amministrativo, ma direttamente dalla demolizione delle categorie fondanti il modello tradizionale.

È quindi da un momento « alto », che ingloba ad un tempo prospettive costituzionali e di teoria generale, che prende forma questa volta il nuovo modello amministrativo. La centralità dei temi dell'amministrazione nei *Hauptprobleme* e negli scritti immediatamente successivi è cioè sempre mediata da un approccio di teoria generale, per cui quel modello non si delinea nel puntuale coordinamento in sistema delle sue innumerevoli componenti, ma si deduce quasi in controluce dal rinnovamento teorico e definitorio che demolisce le sintesi consolidate.

Il progetto di Otto Mayer non è contestato, come in Kaufmann, per quella « ipertrofia » pubblicizzante che violenta il dualismo storico degli statuti giuridici dell'azione amministrativa, ma attraverso un attacco diretto alla costruzione ideologica che copre nel *Deutsches Verwaltungsrecht* la « specialità » amministrativa.

La critica alla teoria della « libertà » dell'amministrazione diventa infatti il punto di attacco dell'argomentare di Kelsen ed intorno a questa si pongono in rapida successione la rinuncia alla dicotomia tra diritto pubblico e privato ed il tema solo apparentemente più tecnico delle manifestazioni di volontà dell'autorità amministrativa.

Si sceglie così una raggiera di problematiche la cui riformulazione non può non tradursi in un attacco frontale alle sintesi tradizionali ed i piloni teorici che queste sintesi sorreggono vengono abbattuti uno dopo l'altro non sull'onda di un affinamento dogmatico-concettuale, ma attraverso una vera e propria « rivoluzione copernicana » che incide direttamente sul modello costituzionale di riferimento della teoria amministrativa dominante.

Se è così ampio l'orizzonte concettuale entro cui s'inserisce il progetto di rinnovamento teorico, non può stupire che il punto di partenza si situi proprio intorno alla stessa definizione di pubblica amministrazione.

La delineazione articolata e complessa di un nuovo « Rechtsbegriff der Verwaltung » ([153]) si rivela infatti estremamente ricca di implicazioni e si dimostra ben lontana dall'arenarsi nelle secche di un vuoto formalismo o nell'asettica e programmata depurazione degli elementi metagiuridici che inquinano la conoscenza « formaljuristisch » dei fatti amministrativi.

L'argomentata dimostrazione dell'irrilevanza giuridica di una definizione materiale di amministrazione, la riconosciuta insostenibilità teorica di una *Freiheit der Verwaltung* ([154]) e la riconquistata esecutività dell'azione amministrativa ([155]) offrono i presupposti concettuali in base ai quali sottrarre la costruzione giuridica dello Stato all'immagine antropomorfica ed innescano un percorso intellettuale che porta presto ad individuare « das Wesen des Staates » ([156]) in un semplice centro d'imputazione.

La dimostrata « unhaltbare Analogie zwischen der physischen Person des Menschen und der juristischen des Staates » ([157]) serve cioè in primo luogo per distruggere il tradizionale immaginario che

---

([153]) KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., p. 491.

([154]) *Ibid.*, p. 493: « die heute herrschende positive Definition der ' Verwaltung ' ist eine durchaus materielle. Sie bezeichnet die Verwaltung als die freie Tätigkeit der Staatsorgane zur Realisierung der Staatszwecke innerhalb der gesetzlichen Schranken »..... « In diesem Sinne ist Verwaltung eine Tätigkeit, die vom Rechte ganz unabhängig, ja sogar ohne Rechtsordnung denkbar ist. ' Verwaltung ' ist ein wirtschaftlicher, kein Rechtsbegriff ».

([155]) Considerato che « das materielle Moment: die ' innerhalb der Rechtsschranken fallende Tätigkeit ', juristisch unqualifiziert, irrilevant ist. Aufgabe der juristischen Begriffsbildung ist es ja gerade, diese Schranken des Gesetzes — das formale Element — und nicht die innerhalb derselben stattfindende Tätigkeit zu erfassen! » (*Ibid.*, p. 496).

([156]) Cfr. KELSEN, *Das Wesen des Staates*, in *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, I (1926-27), pp. 5-17, ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., Bd. 2, pp. 1713-28, uno scritto di alcuni anni più tardi in cui Kelsen sintetizza il processo di dissoluzione della « realtà » dello Stato iniziato nei *Hauptprobleme*.

([157]) KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. 496: « die Auffassung der Verwaltung als freie Tätigkeit des Staates innerhalb der Rechtsschranken ist sichtlich das Resultat einer Analogie zwischen der physischen Person des Menschen und der juristischen des Staates. Diese Analogie ist aber unhaltbar ».

circonda la personalità giuridica statuale e per espungere dal « campo teorico » quella realtà dello Stato che icasticamente paragonata al problema dell'esistenza di Dio — « Er existiert nur, wenn man an ihn glaubt » ([158]) — viene presto disciolta negli strumentari giuridici che attraverso i meccanismi dell'imputazione offrono le coordinate normative dell'ordinamento ([159]).

Ma è evidente che la distruzione del « contenuto ' mitico ' della volontà dello Stato » ([160]) non esaurisce i suoi effetti sulle scansioni tradizionali del « discorso » giuspubblicistico né questi stessi effetti possono essere registrati soltanto in un itinerario di teoria generale e nelle problematiche connesse alla conquistata centralità della nozione di ordinamento giuridico, ivi compreso l'approdo kelseniano allo *Stufenbau* e alla costruzione dinamica ([161]).

In realtà in questi scritti giovanili la prospettiva *staats- und verwaltungsrechtlich* possiede una peculiare centralità e non è un caso se il discorso « generale » prende le mosse e poi di continuo

---

([158]) KELSEN, *Das Wesen des Staates*, cit., p. 1718. Cfr. anche ID., *Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, II (1921), ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., Bd. 1, p. 115: « den Begriff des Staates bestimmt die Staatstheorie grundsätzlich als ein dem Rechte transzendentes Wesen ».

([159]) KELSEN, *Hautprobleme*, cit., p. 183: « wenn gewisse Handlungen bestimmter physischer Personen für die juristische Betrachtung nicht als Handlungen dieser Personen, sondern als einer anderen, von ihnen verschiedener gelten, so liegt hier ein besonderer Fall der Zurechnung vor ». « Die Individuen, bei denen eine derartige Zurechnung stattfindet, sind die Staatsorgane und der gemeinsame Treffpunkt aller Zurechnungslinien, die von den als Organhandlungen qualifizierten Tatbeständen ausgehen, ist der Staatswille ».

([160]) COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 231.

([161]) Sul punto cfr. lo stesso Kelsen nella *Vorrede* alla seconda edizione dei *Hauptprobleme*, cit.; ID., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, pp. 299 e ss., il terzo libro: *Die Erzeugung der Staatsordnung (Dynamik)*. Oltre le indicazioni fornite *retro* nota 149, si vedano almeno R. WALTER, *Kelsens Rechtslehre im Spiegel rechtsphilosophischer Diskussion in Österreich*, in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, XVIII (1968), pp. 348-9; J. BEHREND, *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkls und Hans Kelsens*, cit.

si fonde in una dimensione che è interna alla dinamica dei poteri dello Stato.

La descrizione dell'attività amministrativa come « freie Tätigkeit der Staatsorgane zur Realisierung der Staatszwecke » ([162]) non era soltanto l'esempio di un modo tradizionale e tralatizio di concettualizzare l'amministrazione ([163]), ma rappresentava un punto qualificante del sistema di Otto Mayer, un'immagine significativa del precario equilibrio fissato nel *Deutsches Verwaltungsrecht* tra processi di giuridicizzazione e conservata autonomia del potere amministrativo ([164]).

Il riconoscimento che, se l'uomo è un prodotto della natura, lo Stato è invece una creazione del diritto ([165]), diventa allora una

---

([162]) KELSEN, *Hautprobleme*, cit., p. 493 e si rilegga la citazione riportata *retro* nota 154.

([163]) Cfr. per tutti J.K. BLUNTSCHLI, *Lehre vom modernen Staat*, Bd. 2, *Allgemeines Staatsrecht*, 6. Aufl., durchg. von E. Loening, Stuttgart, 1885 (Neudruck, Aalen, 1965) pp. 359-60: « das leitende Prinzip der Verwaltung ist offenbar Erhaltung und Förderung der öffentlichen Wohlfahrt ». « Die Rechtsverhältnisse des Staates gehören der Staatsautorität ....in jenen darf das Moment der öffentlichen Wohlfahrt nie übersehen werden: das hergebrachte Recht ist in der Regel nur eine *Vorbedingung und Schranke*, nicht der Geist der Regierungstätigkeit ». P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 5. Aufl. Tübingen, 1911, (1ª ed., Tübingen, 1876), Bd. 2, p. 175: « in der konstitutionellen Monarchie ist pouvoir administratif der Machtbereich des Landesherrn, der frei ist von der Mitwirkung der Volksvertretung und unbeschränkt durch die Gesetzesauslegung der Gerichte ». Per la sopravvivenza nella dogmatica amministrativa tedesca, anche nei primi decenni della Repubblica federale, della teoria della « libertà » dell'amministrazione, basti qui rinviare alle critiche emerse negli scritti di BACHOF, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, in *VVDStRL*, Heft 12, Berlin, 1954, ora anche in ID., *Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*, Königstein/Ts., 1979, pp. 80 e ss.; D. JESCH, *Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmässigkeitsprinzipes*, Tübingen, 1968 (1ª ed. 1961); H.H. RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis*, Tübingen, 1965.

([164]) Si rileggano i passi di Mayer riportati *retro* alle note 32, 48, 50 e 53.

([165]) KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. 498: « der tiefe Unterschied zwischen dem Staate und dem Menschen besteht darin, dass dieser ein Produkt der Natur, jener eine Konstruktion des Rechtes ist. Während der

leva formidabile che deve essere utilizzata anche, se non innanzi tutto, nella costruzione giuridica del potere pubblico.

La svelata artificialità della persona giuridica dello Stato serve infatti in primo luogo per affermare che « der Staat kann nur handeln und wollen, was in der Rechtsordnung statuiert ist » ([166]): ora, se si considera che nei *Hauptprobleme* il Parlamento è ancora escluso dal novero degli organi statali e che parallelamente la funzione legislativa rimane avvolta nel « grosso mistero » delle relazioni tra diritto e Stato ([167]), la conquistata esecutività dell'azione amministrativa assume, se possibile, una pregnanza costituzionale ancora maggiore.

La conclusione che l'attività dello Stato è esecuzione (*Ausführung*) e non osservanza (*Befolgung*) della norma giuridica ([168]), discende immediatamente dalla riconosciuta inammissibilità della costruzione antropomorfica dello Stato, ma prende posto all'interno di un disegno generale che si muove da due direzioni diverse per demolire l'autonomia dell'amministrazione.

Si combinano due direttrici distinte del percorso intellettuale kelseniano: il nuovo modello costituzionale viene realizzato da una parte agendo direttamente sull'istituto parlamentare e sulla

---

Mensch tausenderlei wollen und handeln kann, was von der Rechtsordnung ganz unabhängig ist, kann der Staat nur ' wollen ' und handeln, was in der Rechtsordnung statuiert ist, denn der ' Wille ' des Staates ist richtiger Erkenntnis nach nichts anderes als der auf Grund des Rechtssatzes konstruierte Zurechnungspunkt ».

([166]) *Ibid.*, p. 498, nel passo citato alla nota precedente. Cfr. anche p. 182 l'affermazione secondo la quale « der Wille im juristischen Sinne etwas ganz anderes ist, als der Wille der Psychologie. Die Identität der Worte bedeutet durchaus keine Identität der Objekte ».

([167]) *Ibid.*, pp. 411: « es ist das grosse Mysterium von Recht und Staat, das sich in dem Gesetzgebungsakte vollzieht ... ». Il reinserimento della funzione legislativa nell'intreccio tra *legis latio* e *legis executio*, che si ripete, con diversi equilibri, in tutti i gradi dell'ordinamento, si avrà infatti soltanto con l'approdo alla *Stufentheorie* e con l'individuazione della norma fondamentale (su cui *infra* nota 150 - seconda sezione), presupposto logico-ipotetico da cui far discendere tutto il processo dinamico di realizzazione dell'ordinamento.

([168]) *Ibid.*, p. 498.

funzione legislativa, dall'altra ridisegnando le linee giuridiche che sono sottese al polo statuale.

Nel primo caso il primato del Parlamento è costruito direttamente, facendo piazza pulita della dottrina tradizionale che ricostruiva l'essenza della funzione legislativa nella sanzione del monarca ([169]), ma innanzi tutto rinunciando alla consolidata immagine antropomorfica che vedeva lo Stato come creatore del diritto ([170]).

Il rifiuto del rapporto tra *prius* e *posterius* che dovrebbe caratterizzare la relazione tra Stato e diritto non si limita però ad un'inversione logica dei due termini — come ancora avveniva, tanto per citare un autore italiano, in alcune famose pagine di Vittorio Emanuele Orlando ([171]), ma proclamandone l'immediata identificazione: « Staat und Recht müssen als zwei verschiedene Seiten derselben Tatsache betrachtet werden » ([172]).

La dissoluzione della realtà statuale gioca ancora una volta un preciso ruolo costituzionale: la rinuncia allo schermo della persona giuridica dello Stato nel processo di formazione del diritto implica anche il venir meno di quegli strumentari concettuali — dalla critica al principio di divisione dei poteri alla fissazione di un rigido concetto di unità dello Stato — con i quali si era ingabbiata e depotenziata la funzione legislativa ([173]).

([169]) Si veda tutto il capitolo dei *Hauptprobleme* dedicato a « Der Gesetzgebungsprozess », pp. 412 e ss. Per la dottrina tradizionale cfr. per tutti LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Bd. 2, cit., pp. 1 e ss., mentre per un'analisi del disegno costituzionale labandiano rinviamo a FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano, 1979, pp. 348 e ss.

([170]) Lo Stato diventa così semplicemente l'« Endpunkt der rechtlichen Zurechnung ». (KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. 186).

([171]) V.E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano, 1900, p. 38. Rinviamo alle nostre pagine (285 e ss.) in *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., e alla letteratura ivi richiamata.

([172]) KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. 406.

([173]) Con l'approdo alla teoria gradualista, tutto questo si tradurrà nella superiorità della *legis latio* sulla *legis executio*. Si vedano a questo proposito le osservazioni di R. CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consa-*

Eliminata l'ingombrante immagine dello Stato, il processo di creazione normativa viene restituito alla complessità del sociale, al contrasto e al conflitto degli interessi attraverso un'operazione che dimostra ad un tempo una chiara consapevolezza dei limiti della conoscenza giuridica ([174]) ed un preciso riconoscimento del primato della politica nella determinazione della volontà collettiva.

In questa direzione le pagine dedicate allo smascheramento della « mera finzione » contenuta nell'idea di *Volk* come concetto organico ed unitario già preludono ai passi più significativi di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* o di *Das Problem des Parlamentarismus* in cui si dispiegherà compiutamente la teoria kelseniana della democrazia ed in cui i partiti, il conflitto e il compromesso diventeranno i concreti termini costituzionali dell'ideologia relativistica ([175]).

---

crées par le droit positif français relativement à sa formation, Paris, 1933, pp. 7-8. Per questo intervento di Carré de Malberg rinviamo a M. GALIZIA, *Il 'positivisme juridique' di Raymond Carré de Malberg*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II (1973), pp. 472-3; C. ROEHRSSEN, *Di un confronto impossibile ovvero dell'analisi effettuata da Carré de Malberg del sistema gradualistico kelseniano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XIV (1984), pp. 163-9.

([174]) KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. 491: « insbesondere aber war es das Bestreben dieser Untersuchungen darzutun, dass der juristischen Konstruktion bei der Anwendung eine gewisse natürliche Grenze gezogen ist, durch welche die sogenannte 'Erzeugung' des Staatswillens ausserhalb des Konstruktionsbereiches fällt ».

([175]) KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., pp. 482 e ss.; ID., *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1929 (1ª ed. 1920), trad. ital. *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, Bologna, 1966, pp. 5 e ss.; ID., *Das Problem des Parlamentarismus*, in *Soziologie und Sozialphilosophie. Schriften der Soziologischen Gesellschaft in Wien*, Heft III, Wien und Leipzig, 1925, trad. ital. in ID., *Il primato del Parlamento*, cit., pp. 173 e ss. Torneremo su questi scritti centrali della teoria kelseniana della democrazia nel primo capitolo della terza parte. Rinviamo per il momento a R. RACINARO, *Hans Kelsen e il dibattito su democrazia e parlamentarismo negli anni venti-trenta*, introduzione a KELSEN, *Socialismo e Stato*, Bari, 1978 e alla recensione che del saggio di Roberto Racinaro ha fatto Danilo Zolo, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 8 (1979), pp. 382 e ss.

La centralità del Parlamento nel sistema costituzionale è comunque già un dato pienamente acquisito nei *Hauptprobleme* e proprio la posizione strategica che ad esso viene attribuita come « Zwischenbau » tra Stato e società e come « soziales Organ der Interessenvertretung » ([176]) lo colloca al vertice del processo di creazione dell'ordinamento, lo rende elemento fondamentale di collegamento tra sociale e statuale, tra la fattualità degli interessi e la giuridicità della norma.

L'identità infatti tra *Staatsgewalt* e *Rechtssätzen*, tra azione e volontà, tra *Sollen* e *Wollen*, affermata a chiare lettere per la persona giuridica dello Stato, non può valere per il potere legislativo, illimitato produttore del diritto, termine ultimo nel processo di creazione della norma e pertanto estraneo al consueto procedimento d'imputazione dell'attività allo Stato.

Se da una parte la funzione legislativa diventa la condizione primaria, la premessa fondamentale alla quale è collegata l'esistenza stessa delle norme e quindi di quelle regole d'imputazione che permettono di considerare come azioni dello Stato « bestimmte Handlungen gewisser Personen » ([177]), il polo statuale — divenuto in ultima analisi funzione stessa del legislativo ([178]) — è rigorosamente ricondotto al diritto e con questo completamente identificato.

All'affermazione della piena centralità del legislativo, senza dubbio potenziata e non indebolita dalla riconosciuta impossibilità di ricondurlo nel novero delle funzioni statali e quindi ancora sottratto alla costruzione *formal-juristisch*, corrisponde sul piano della azione concreta degli organi pubblici l'integrale recupero dei

---

([176]) KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., pp. 468-9. *Ibid.*, p. 410: « der Gesetzgebungsprozess ist nicht eine Funktion des Staates oder des Rechtes, er ist eine Voraussetzung beider, die ausserhalb ihrer Grenzen liegt ».

([177]) *Ibid.*, p. 407.

([178]) Secondo un'espressione di FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, relazione al Seminario di studio *Crisi istituzionale e teoria dello stato in Germania dopo la prima guerra mondiale.* Trento 21-22 febbraio 1986, i cui *Atti* sono in corso di pubblicazione. Si vedano anche le nostre osservazioni nella relazione tenuta al medesimo seminario col titolo: *Un diritto amministrativo per le democrazie degli anni '20: la costruzione giuridica della Verwaltung nella riflessione della 'Wiener Rechtstheoretische Schule'.*

vincoli normativi come condizione stessa del processo d'imputazione.

La demolizione concentrica del principio di autonomia della amministrazione si arricchisce e si complica allora di nuovi spessori ed inaugura una rivisitazione globale del disegno del « pubblico » che non può essere immediatamente ridotto all'accantonamento, sia pur molto significativo, del principio monarchico, e ad una redistribuzione degli equilibri tra i poteri dello Stato all'interno dell'ordinamento costituzionale, ma che questo aggiornamento costituzionale traduce in una serie molto ricca di implicazioni.

Già le pagine dei *Hauptprobleme* offrivano risultati significativi: basterebbe citare quelle relative al potere discrezionale che, pur destinate ad una vistosa rielaborazione teorica con l'adozione della *Stufentheorie* e del concetto di norma individuale ([179]), applicano con particolare lucidità la critica alla teoria della « libertà » dell'amministrazione ad uno dei veicoli dogmatici più espressivi dei tentativi della dottrina dominante di tradurre nella concretezza degli istituti giuridici i valori costituzionali connessi all'autonomia della pubblica amministrazione.

Ma anche in questo caso la riconduzione della discrezionalità al rapporto naturale e necessario tra il concetto astratto della norma e la sua rappresentazione concreta non si limita a rappresentare un luogo specifico nel quale far riscontrare l'insostenibilità teorica della « libertà » dal diritto degli apparati amministrativi, ma già pone le coordinate concettuali di quei modelli giurisdizionali della pubblica amministrazione che si dispiegheranno compiutamente — come vedremo nelle pagine seguenti — nelle sintesi teoriche e negli interventi legislativi degli anni '20, al tempo stesso ricollegandosi a quella tradizione scientifica che già con gli scritti di Friedrich Tezner aveva posto la giuspubblicistica austriaca all'avanguardia nel campo, nuovissimo, del procedimento amministrativo ([180]).

([179]) KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., pp. 503 e ss.; ID., *Allgemeine Staatslehre*, pp. 229 e ss. Si vedano anche le osservazioni di LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, cit., pp. 28 e ss.

([180]) Affronteremo queste tematiche nel capitolo terzo della seconda sezione della prima parte. Il volume di Friedrich Tezner cui accen-

Del resto la stessa critica serrata che Kelsen indirizza contro la distinzione tra legge formale e materiale e contro quella parallela tra *Rechts-* e *Verwaltungsverordnungen* ([181]) — a lungo sopravvissuta anche in periodo weimariano nella scienza giuridica tedesca ([182]) — svelava come nelle stesse pagine dei *Hauptprobleme*, che rimangono scritti di teoria generale del diritto, fossero già evidenti precise conseguenze sullo stesso sistema amministrativo.

La demolizione di questi vecchi monumenti giuridici del compromesso tra principio monarchico e sovranità del Parlamento dimostrava infatti che la ritrovata esecutività dell'azione amministrativa non esauriva i suoi effetti nei profili definitorii, ma incideva direttamente sul potere normativo degli apparati, sulla potestà regolamentare, riconducendone le possibilità di esplicazione alla razionalità dell'autorizzazione legislativa ([183]).

È certo però che il confronto con le sintesi amministrative tradizionali si fa più serrato nel momento in cui la critica alla teoria della libertà dell'amministrazione scopre nuovi orizzonti teorici e nuove dimensioni dogmatiche aprendosi da una parte alla polemica contingente e dall'altra spostandosi verso temi solo apparentemente più tecnici, ma che in realtà si rivelano componenti decisive del modello amministrativo dominante.

---

niamo nel testo, è l'*Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens*, Wien, 1896.

([181]) KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., pp. 537 e ss. e pp. 558 e ss.; ID., *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung*, in *Juristische Blätter*, 42 (1913), pp. 229 e ss., ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Bd. 2, cit., pp. 1533-43.

([182]) In questo senso H.D. RATH, *Positivismus und Demokratie. Richard Thoma 1874-1957*, Berlin, 1981, pp. 165 e ss. Si veda comunque H. HELLER, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, in *VVDStRL*, Heft 4, Berlin und Leipzig, 1928, p. 106: « die herrschende Lehre von der Zweiteilung des Gesetzesbegriffs ist theoretisch unhaltbar, praktisch teils bedeutungslos, teils gefährlich ». Su questo intervento di Heller e sul dibattito che sorse con Kelsen alla *Tagung* di Monaco della *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* nel marzo del 1927, torneremo nel secondo capitolo della seconda sezione della prima parte.

([183]) Rinviamo ancora al secondo capitolo della seconda sezione della prima parte.

Tre scritti kelseniani, tutti del 1913 ([184]), strettamente connessi per i profili tematici e per le stesse scansioni argomentative, risultano a questo proposito di particolare importanza.

La forte carica polemica che li contraddistingueva dimostrava che la scelta dei temi non poteva essere casuale e che le argomentazioni teoriche, lungi dal rinchiudersi in asettiche controversie dogmatiche, investivano direttamente i rapporti tra diritto e potere, l'attualità del modello del *Rechtsstaat* e le sue possibili declinazioni, le prospettive ed i problemi connessi alla crescente espansione delle funzioni dello Stato.

Si avrebbe quasi l'impressione di trovarsi di fronte a scritti di occasione se la particolare rilevanza dei risultati teorici e le notevoli implicazioni dogmatiche dell'analisi condotta sul negozio di diritto pubblico non fossero lì a dimostrare che si era invece approdati ben oltre una semplice contrapposizione polemica tra « akademische Antrittsreden ».

Al tempo stesso però gli allarmati richiami kelseniani alla preoccupante attualità della « Wiedererstarkung des monarchischen Prinzipes » ([185]) e l'appassionata confutazione di « gewisse Tendenzen der neuesten Rechtstheorie » culminanti in un orientamento dogmatico « nicht ohne politische Absicht » ([186]) animavano di vibrante concretezza la dimostrazione dell'insostenibilità teorica della « grande dicotomia » tra diritto pubblico e privato.

Si scopre allora che sullo sfondo della riconquistata unità dell'ordinamento nel primato del momento normativo si gioca in realtà un vigoroso conflitto tra *Kulturstaat* e *Rechtsstaat* e che il

---

([184]) Oltre al già citato *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn*, prenderemo in considerazione: *Rechtsstaat und Staatsrecht*, in *Österreichische Rundschau*, 36 (1913), pp. 83 e ss., ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Bd. 2, cit., pp. 1525-32; *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit.

([185]) KELSEN, *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn*, cit, p. 1535: « die Unterscheidung von Gesetz im materiellen und formellen Sinne bedeutet, sofern sie die Anschauung ausdrückt, dass das Recht auch in anderer als Gesetzesform erzeugt werden kann, dass das konstitutionelle Prinzip nicht rein und unverfälscht realisiert wurde, und daher ist es nicht bedeutungslos, dass die fragliche Lehre in Deutschland zur Zeit der Wiedererstarkung des monarchischen Prinzipes entstanden ist ».

([186]) KELSEN, *Rechtsstaat und Staatsrecht*, cit., pp. 1527 e 1532.

famoso ripescaggio del discorso labandiano sul significato della recezione del diritto romano per lo *Staatsrecht* tedesco ([187]) funge da parallelo autorevole, da importante argomento analogico da utilizzare però direttamente nella dimensione costituzionale del presente.

Ancora una volta la prospettiva di teoria generale è guidata dalla corposità dell'approccio *staats- und verwaltungsrechtlich* e l'evidente attualità, che il tema della « liberazione » degli apparati dai vincoli normativi consegue di fronte allo sviluppo dei compiti e delle funzioni pubbliche, orienta il processo di rinnovamento delle categorie tradizionali.

Certo, tutto questo retroterra polemico può forse suonare strano a chi ha in mente la pacatezza e il distacco con i quali Kelsen affronterà il problema della dicotomia pubblico-privato nelle pagine della *General Theory*, a chi ricorda il modo piano e naturale col quale la distinzione si trasforma in quella parallela tra autonomia ed eteronomia, riconducendo il rapporto conflittuale tra diritto privato e amministrativo alle diverse modalità di creazione delle norme secondarie ([188]).

Ma è anche evidente che la depurazione polemica che caratterizza il definitivo approdo teorico ([189]) si spiega sia con la totale diversità del contesto storico e costituzionale in cui cadevano i due interventi kelseniani, sia perché per i lettori americani — cui la

---

([187]) LABAND, *Rede über die Bedeutung der Rezeption des Römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht* (discorso pronunciato per il *Rektoratswechsel* alla « Kaiser-Wilhelms-Universität Strassburg » il 1° maggio 1880), ora in ID., *Abhandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen*, Bd. 1, Leipzig, 1980, pp. 540-73. Su questo intervento labandiano, da ultimo CAPPELLINI, *Privato e pubblico (diritto intermedio)*, cit., p. 673.

([188]) KELSEN, *General theory of law and state*, Cambridge, 1945, trad. ital. di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1959, (3ª ed.), pp. 205 e ss. ed in particolare pp. 209-10, il paragrafo « Autonomia ed eteronomia. (Diritto privato e diritto amministrativo) ».

([189]) Cfr. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 312 e ss., e per un'analisi di questa definitiva sistemazione teorica, cfr. D. WYDUCKEL, *Über die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht in der Reinen Rechtslehre*, in *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, hrsg. von W. Krawietz und H. Schelsky (*Rechtstheorie*, Beiheft 5). Berlin, 1984, pp. 113 e ss.

General Theory era dedicata —, calati in un'esperienza di *common law*, l'unità dell'ordinamento giuridico rappresentava, prima che un postulato teorico, un dato acquisito ed un portato preciso della propria evoluzione storica (190).

Ben diversa era invece la situazione tedesca all'inizio del secondo decennio di questo secolo: principio monarchico e rigida specialità pubblicistica del diritto amministrativo rappresentavano — come abbiamo visto — coordinate fondamentali delle costruzioni dogmatiche della giuspubblicistica.

Ed il rifiuto della dicotomia pubblico-privato costituiva certo già in quegli anni un postulato teorico di carattere generale, ma direttamente costruito contro quelle coordinate dogmatiche, in precisa funzione polemica nei confronti del modello amministrativo dominante.

Il rifiuto della dicotomia diventa infatti il frutto teorico principale di una contrapposizione frontale contro le voci di coloro che si erano levate a proclamare il definitivo superamento della *Rechtsstaatsidee*, diventa il punto di arrivo di una battaglia concettuale che coinvolge, con la posizione costituzionale degli apparati amministrativi, la stessa costruibilità giuridica dello *Staatsrecht* e del diritto amministrativo.

Pur non espressamente citata, una famosa prolusione di Richard Thoma di pochi anni precedente interpreta il ruolo di principale obiettivo polemico delle argomentazioni kelseniane, occupa saldamente lo sfondo dell'incalzante polemica del giurista praghese (191).

---

(190) Basti qui rinviare al classico capitolo di A.V. DICEY, *Introduction to the study of the law of the constitution*, London, 1961 (rist. della 10ª ed. 1959 - 1ª ed. 1885), pp. 328 e ss.: *Rule of law compared with 'Droit administratif'*. Sull'assenza del diritto amministrativo in terra inglese, cfr. R.A. COSGROVE, *The rule of law: Albert Venn Dicey, victorian jurist*, London, 1980, pp. 81-102; GARNER, *England*, cit., pp. 51 e ss. (spec. p. 55).

(191) In realtà è assai probabile che Kelsen avesse in mente una situazione ad una tempo più generale e più concreta, che dal così detto « caso *Daily Telegraph* » del novembre 1908, sino al « caso Zabern » del dicembre 1913 (sui quali oltre alla nota 141, cfr. G.A. CRAIG, *Germany 1866-1945*, Oxford, 1978, trad. ital. a cura di E. Collotti, *Storia della Germania 1866-1945*, Roma, 1983, vol. I, pp. 301 e ss.; LANCHESTER, *Alle*

Che sia proprio Richard Thoma — in genere accostato a Kelsen proprio sotto il profilo della democraticità del progetto ([192]) — a cadere sotto la graffiante critica kelseniana può forse stupire. E non vi è dubbio che l'impeto polemico e la necessità di disporre di un avversario sul quale concentrare il nucleo delle tesi da superare — secondo un procedimento retorico spesso usato da Kelsen ([193]) — portino talvolta a forzare i termini del discorso di

---

origini di Weimar, cit., pp. 76 e ss.; WEHLER, *L'impero guglielmino*, cit., pp. 78 e ss.) aveva puntualmente tradotto le ricorrenti crisi costituzionali del « persönliches Regiment » guglielmino in un rafforzamento del principio monarchico ed in una forte resistenza ai processi di parlamentarizzazione. Esiste quindi una prospettiva *staatsrechtlich* — se in questo caso, ma ci pare problematico, è possibile tenere rigidamente separate prospettive amministrative e costituzionali — di cui Thoma rappresenta agli occhi di Kelsen, innanzi tutto per comodità retorica, un momento esponenziale significativo ed orientato per di più verso quella prospettiva amministrativa che si rivelava sempre più decisiva per l'elaborazione del disegno complessivo della Scuola di Vienna.

([192]) La prolusione cui accenniamo nel testo fu pronunciata il 9 dicembre 1909 all'Università di Tubinga. Vedila ora col titolo *Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft*, pubblicata in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, IV (1910), pp. 196 e ss. Richard Thoma (1874-1957) abilitatosi nel 1906 con Heinrich Rosin, chiamato nel 1909 a Tubinga, occupò nel 1911 la cattedra di diritto costituzionale all'università di Heidelberg che era stata di Georg Jellinek. Ad una eredità del periodo di Heidelberg, frutto della collaborazione con Gerhard Anschütz, risale anche la progettazione e poi la realizzazione dell'*Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. 1, Tübingen, 1930; Bd. 2, 1932, un'opera che avremo più volte l'occasione di citare nel corso del lavoro e che raccolse l'adesione e suscitò la collaborazione dei maggiori giuristi tedeschi. A Bonn dal 1928, pur mantenendo l'insegnamento e salvo qualche isolata eccezione, si ritirò, durante il nazismo, dall'attività scientifica. Per queste notizie biografiche rinviamo a RATH, *Positivismus und Demokratie. Richard Thoma 1874-1957*, cit., pp. 19-31. Sulla posizione « democratica » di Thoma, cfr. SONTHEIMER, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, cit., p. 90; P. von OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Eine wissenssoziologische Studie über die Entstehung des formalistischen Positivismus in der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, 1974, pp. 12-13; GRIMM, *Öffentliches Recht (seit 1750)*, cit., pp. 1210-11.

([193]) Le stesse scansioni retoriche Kelsen userà nelle « classiche » contrapposizioni con Carl Schmitt e Rudolf Smend. Cfr. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in *Die Justiz*, 6 (1931), pp. 5-56, trad.

Thoma che così diventa, più di quanto probabilmente meritasse, un organico sostenitore del modello dominante.

La stessa *querelle* che si apre sull'attualità della *Rechtsstaatsidee*, superata (« überwunden ») per Thoma da « die schöpferischen Kräfte der nationalen und sozialen Ideen », « noch nicht überwunden » invece per Kelsen che la ripropone anzi come principale « Aufgabe der Zukunft », non può essere del tutto enfatizzata e deve essere ricondotta a precisi, ma pur significativi binari concettuali ([194]).

La prolusione di Thoma è stata spesso salutata come una importante novità nel panorama della scienza del diritto amministrativo ([195]), come il simbolo di una giuspubblicistica da un lato ormai consapevole della irreversibilità dell'evoluzione degli istituti giuridici della pubblica amministrazione, dall'altro pronta anche a registrare il venir meno dell'ideale individualistico manchesteriano e quindi anche a descrivere la crescita delle funzioni amministrative ed il definitivo tramonto del « Nachtwächterstaat » ([196]).

Proprio questa « individualistische Rechtsstaatsidee » aveva ormai per Thoma « ihre Rolle ausgespielt » ed era stata definitivamente superata da quel *Kulturstaat* che aveva riassunto una funzione diretta di gestione dell'ordine sociale ed economico ([197]).

Sul piano politico la *Rechtsstaatsidee* aveva quindi per Thoma svolto completamente la propria funzione, non rappresentando

---

ital., *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, in ID., *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 229 e ss.; ID., *Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung*, Wien, 1930, ora ristamp. in ID., *Drei kleine Schriften*, Aalen, 1971, pp. 7 e ss. Torneremo su questi scritti kelseniani nella terza parte del lavoro.

([194]) Cfr. rispettivamente THOMA, *Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., p. 199; KELSEN, *Rechtsstaat und Staatsrecht*, cit., p. 1532. L'uso da parte di Kelsen delle stesse espressioni di Thoma non può essere casuale e conferma che proprio « quella » prolusione rappresenta agli occhi del giurista austriaco il momento esponenziale di un preciso modello giuridico.

([195]) STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre. 1866-1914*, cit., p. 101.

([196]) THOMA, *Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., p. 199.

([197]) *Ibid.*, p. 199 e p. 204.

più un obiettivo da raggiungere, e si doveva semmai indagare sul piano « formal-juristisch », tra gli istituti della giustizia amministrativa e la necessità di una più accurata regolamentazione normativa del diritto amministrativo sostanziale, alla ricerca dei compiti che il presente assegnava alla giuspubblicistica ([198]).

Kelsen con una certa abilità dialettica sorvola sul fatto che solo questo individualistico modello di Stato di diritto doveva per Thoma considerarsi definitivamente consegnato al passato e, argomentando contro il superamento di una *Rechtsstaatsidee* senza aggettivi, utilizza il parallelo con la recezione del diritto romano, rispolverando una classica prolusione labandiana per affermare l'impossibilità logica di uno *Staatsrecht* che, come disciplina giuridica, non si basasse su di uno Stato di diritto, e per dichiarare che la « uralte » distinzione tra diritto pubblico e privato, radicandosi nell'orbita concettuale dello Stato di polizia, diveniva logicamente incompatibile con i principii propri di un moderno Stato costituzionale ([199]).

([198]) *Ibid.*, pp. 205 e ss.

([199]) KELSEN, *Rechtsstaat und Staatsrecht*, cit., p. 1525 e ss., con argomentazioni riprese poi, quasi puntualmente in *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., pp. 60 e ss. Abbiamo citato la prolusione di Laband *retro* nota 187. Rinviamo a CAPPELLINI, *Privato e pubblico (diritto intermedio)*, cit., pp. 672 e ss., per l'analisi de « L'importanza della ' recezione ' del diritto romano » nell'ambito dello *ius publicum* e per l'inserimento in questa tematica delle osservazioni del giurista austriaco. Si consideri comunque che l'approdo kelseniano al rifiuto della dicotomia pubblico-privato è tutto interno al « discorso giuspubblicistico », consapevolmente costruito per un modello da realizzare nel presente, in radicale alternativa al dominante modello mayeriano. In questa prospettiva la « riscoperta » della prolusione labandiana ha prevalenti funzioni esemplificative per un progetto giuridico la cui attualità viene « drammatizzata » dal crescente affollarsi delle spinte tendenti a mantenere *Staats- und Verwaltungsrecht* sotto la pressante tutela del principio monarchico. Le considerazioni storico-giuridiche hanno quindi in Kelsen (*Rechtsstaat und Staatsrecht*, cit., p. 1527) sempre di mira « gewisse Tendenzen der neuesten Rechtstheorie » ed il parallelo con la recezione del diritto romano — poiché proprio di una « Parallele » (*ibid.*, p. 1531) si tratta, visto che anche nel presente si aspira ad incrementare le prerogative della *Staatsgewalt*, non rinunciando tuttavia ad ammantare di giuridicità questa espansione dei poteri pubblici — diventa

Fin qui gli assunti logico-retorici utilizzati nella polemica e la scansione dialettica degli argomenti.

Rimangono tuttavia da stabilire il significato e la portata di una contrapposizione che lo stesso impegno dogmatico e l'appassionata partecipazione di Kelsen dimostravano essere assai più profonda di una semplice disputa terminologica.

In realtà ancora una volta il tema della *Freiheit der Verwaltung* ed il connesso modello costituzionale rappresentano i veri nodi della disputa e solo in questa direzione prendono forma gli approdi teorici di carattere generale.

Sul tappeto infatti non c'è un conflitto tra Stato sociale e Stato di diritto, non si confrontano da una parte una posizione « modernamente » pronta a registrare le trasformazioni strutturali connesse all'aumento dei compiti amministrativi e dall'altra una posizione in qualche modo nostalgica del vecchio Stato « liberale », pienamente estrinsecato quantunque limitato alla funzione « giuridica » di conservazione dell'ordine pubblico.

Paradossalmente — almeno a prima vista — se in campo esiste una posizione tipicamente ottocentesca, questa è proprio quella di Richard Thoma.

Thoma può infatti agevolmente dichiarare superata l'idea di *Rechtsstaat* proprio perché ha in mente una visione ottocentesca dello Stato di diritto, perché prende come punto di riferimento una tradizione che ha avuto il suo momento più alto in Rudolf von Gneist e nel quale il termine ha preteso di possedere sempre e soltanto una dimensione amministrativa ([200]). In questo senso può anche arrivare a sottoscrivere le pagini di Ludwig Gumplowicz che con divertente ironia aveva buon gioco nel dimostrare la facilità con la quale, con un semplice tribunale amministrativo, si

---

un argomento decisivo sia contro Thoma sia, subito dopo, contro Mayer nel momento in cui da un dibattito di « prolusioni » si scenderà su di un piano più strettamente dogmatico: quello dei *publizistische Rechtsgeschäfte*.

([200]) GNEIST, *Der Rechtsstaat*, cit. Sulla funzione polemica che gli istituti amministrativi giocano nel modello di Rudolf von Gneist, in particolare nei confronti del sistema parlamentare, rinviamo alle nostre osservazioni (*Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., pp. 86 e ss.) e alla letteratura ivi citata.

« poteva trasformare con poca spesa ogni vecchio ' Stato poliziesco ' in un ' moderno Stato di diritto ' » ([201]).

Ma in realtà di questa stessa tradizione scientifica — contro la quale inveiva Gumplowicz — lo stesso Thoma risulta alla fine prigioniero: il ritorno alla centralità, tutta ottocentesca, dei « rimedi » amministrativi, fossero stati questi il perfezionamento della giustizia amministrativa o della legislazione amministrativa sostanziale, si coniugava infatti — come nelle pagine più significative di Rudolf von Gneist — con la polemica contro quell'« einseitige Konstitutionalismus » accusato di sacrificare il diritto alla politica e con la dichiarata incompatibilità tra sistema parlamentare e legalità dell'amministrazione ([202]).

Sono allora questa precisa dimensione costituzionale e il progetto basato sulla centralità e sull'autonomia dell'amministrazione che diventano il vero obiettivo della polemica kelseniana che va perciò ben oltre una nostalgica difesa « individualistica » contro la temuta « socializzazione ».

Nel momento in cui si indica lo Stato di diritto come cornice irrinunciabile nella quale inserire la crescita delle funzioni dello Stato, *Rechtsstaat* non è più soltanto un munito sistema di giustizia amministrativa, ma è divenuto ormai un preciso modello costituzionale basato sulla centralità del Parlamento. E proprio le molteplici attività di un *Kulturstaat* richiedono in primo luogo quel modello costituzionale ([203]), ripropongono quella centralità contro la « rinascita burocratica » e la temuta espansione del potere degli apparati amministrativi ([204]).

([201]) L. GUMPLOWICZ, *Die soziologische Staatsidee*, Innsbruck, 1902, trad. ital., *Il concetto sociologico dello Stato*, a cura di F. Savorgnan, Torino, 1904, pp. 249-50 e dello stesso Gumplowicz si veda anche *Rechtsstaat und Sozialismus*, Neudruck der Ausgabe 1881, Osnabrück, 1964.

([202]) THOMA, *Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., p. 206.

([203]) KELSEN, *Rechtsstaat und Staatsrecht*, cit., p. 1530: « sollte die Opposition gegen die Rechtsstaatsdoktrin wirklich so kurzsichtig sein und nicht begreifen, dass der Rechtsbegriff der Verwaltung, wie er hier entwickelt wurde, auch mit der vielseitigsten und umfassendsten Verwaltung des modernen Kulturstaates durchaus vereinbar ist? ».

([204]) In questo senso anche le preoccupazioni di Max Weber (*Parlamento e governo*, cit., pp. 80 e ss.) che s'intrecceranno ancora con la rifles-

In questo senso Richard Thoma e tutta la tradizione ottocentesca dei « rimedi », degli istituti chiamati ad adempiere al processo di giuridicizzazione dell'amministrazione sono ormai definitivamente alle spalle e la centralità della questione della giustizia amministrativa poco più che un ricordo: la nuova, vera dimensione amministrativa diventa essenzialmente e prima di tutto una questione costituzionale.

La « rivoluzione copernicana », che porta Kelsen a fondare un sistema teorico in cui il potere e lo Stato divengono variabili dipendenti della norma e dell'ordinamento, non si pone allora come ultima raffinata espressione di quella tradizione ottocentesca, ma ne fissa invece la sua completa trasfigurazione.

Non sono più le singole « modalità », la giustizia, la responsabilità amministrative, che identificano lo Stato di diritto: « das wesentliche Moment bleibt einzig » e questo momento non è altro che la sottoposizione dell'intero polo statuale alla sovranità dell'ordinamento giuridico ([205]).

Ed ecco allora che la rivoluzione concettuale incide sulla stessa nozione di « pubblico », ecco che è necessario spostare l'attenzione dalla polemica contingente al piano dogmatico, inaugurare il confronto direttamente con Otto Mayer, formalizzare e ad un tempo trarre tutte le possibili implicazioni dal nuovo modello che, se permette la costruibilità giuridica delle discipline pubblicistiche e pretenderà per sé la *Reinheit*, nasce comunque da un preciso e non « formale » modello costituzionale.

Il percorso intellettuale iniziato nei *Hauptprobleme* con la critica alla teoria della « libertà » dell'amministrazione e la ridefinizione della funzione legislativa, proseguito nelle pagine della polemica con Thoma sull'attualità del modello dello Stato di diritto, si chiudeva così — almeno per il momento — con un intervento di notevole spessore dogmatico in cui il rifiuto della dicotomia tra diritto pubblico e privato, già delineata in *Rechtsstaat und Staats-*

---

sione kelseniana: rinviamo al primo capitolo della terza parte del lavoro. L'espressione fra virgolette nel testo è di P. SCHIERA, *Verso lo Stato postmoderno*, in *Crisi dello Stato e storiografia contemporanea*, cit., p. 161.

([205]) KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., p. 75.

recht, si snodava ormai attraverso una complessa e articolata contrapposizione con il sistema di Otto Mayer.

Prospettive di teoria generale, rinnovamento dei modelli costituzionali ed approcci *verwaltungsrechtlich* si riunificano ancora una volta, ma abbandonando ormai la polemica contingente e affrontando direttamente le categorie portanti del modello consolidato.

Lo stesso titolo dell'intervento kelseniano — *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft* — si pone in ideale, ma perfetta simmetria con lo scritto — *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage* — con cui Otto Mayer nel 1888 aveva programmato il proprio indirizzo pubblicizzante ([206]).

Ed appunto la categoria dei « publizistische Rechtsgeschäfte », per la quale Mayer aveva rivendicato una *Rechtswesensdifferenz* rispetto ai negozi di diritto privato, viene da Kelsen radicalmente negata ([207]) attraverso un'operazione concettuale che mina alla base il progetto di pubblicizzazione contrapponendovi non — come in Kaufmann — un diverso equilibrio tra pubblico e privato nella regolamentazione dei fatti amministrativi, ma rifiutando la legittimità stessa della dicotomia e riconducendo la « specialità » amministrativa alla razionale unità dell'ordinamento giuridico.

Certo è che il rinnovamento concettuale connesso alla « scoperta » del primato dell'ordinamento si gioca prima di tutto sul terreno del diritto amministrativo, « auf dem Gebiete des neueren Verwaltungsrechtes », che ha trapiantato il contrasto tra diritto pubblico e privato direttamente nel rapporto giuridico con il cittadino traducendolo in « einen rechtlichen Mehrwert der Staatsperson gegenüber den Untertanen » ([208]).

In queste pagine, apparentemente rivestite di ostica tecnicità, si viene allora a delineare una prima, notevolissima sintesi — certo non definitiva, destinata anche a radicali aggiustamenti con

---

([206]) MAYER, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage*, cit., KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit.

([207]) KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., p. 55; ID., *Hauptprobleme*, cit., p. VIII.

([208]) KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., p. 192.

l'adozione della prospettiva dinamica ([209]) — del nuovo modello amministrativo.

Il rifiuto della pubblicizzazione avviene cioè richiamando tutti i passaggi di una riflessione iniziata sin dalle pagine dei *Hauptprobleme*, diventa il frutto finale dell'intera ridelineazione del modello. Il radicale superamento del progetto di Mayer si realizza al massimo livello teorico immaginabile, discende direttamente dall'inversione concettuale che sposta la sovranità dallo Stato all'ordinamento, proclama la « allrechtliche Natur » del polo statuale, fonda sulla *Rechtsstaatsidee* « die logische Voraussetzung des Staatsrechtes » ([210]).

Si ricompongono in una sintesi unitaria tutti i momenti argomentativi emersi fino a questo momento nei diversi livelli del discorso kelseniano, si riunificano i piani giuridici che collegano la prospettiva di teoria generale alle concrete dimensioni costituzionali e amministrative.

A monte si colloca con chiarezza la già individuata linea di demarcazione tra politica e diritto, tra sociale e statuale: il primato della legge è, si potrebbe dire, la *Grundnorm* dell'intera costruzione teorica, ma è « politisches Prinzip » ([211]), è il simbolo del limite intrinseco alla stessa conoscenza giuridica, il momento « misterioso » in cui gli interessi fattuali si fanno diritto, si ammantano di giuridicità, ed è naturalmente — e la polemica con Thoma mostra come questo venga difeso con tenacia — un preciso modello di organizzazione dei poteri pubblici, uno Stato di diritto dall'inconfondibile contenuto costituzionale.

Ma questo principio politico, che « das Gesetz über alle Staatsfunktion stellt » ([212]), è anche la premessa logica per la co-

([209]) Quando, con l'adozione del concetto di norma individuale, sentenza giudiziaria ed atto amministrativo si distingueranno dal negozio giuridico privato per la diversa tecnica di emanazione. Lo vedremo meglio nel terzo capitolo della seconda sezione della prima parte.

([210]) KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., p. 75.

([211]) *Ibid.*, p. 73. E per una distinzione tra politica e diritto cfr. anche un altro saggio kelseniano, contemporaneo a quelli che stiamo analizzando: *Politische Weltanschauung und Erziehung*, in *Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung*, Bd. 2, 1913, pp. 1-26, ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Bd. 2, cit., pp. 1501-24.

([212]) KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., p. 73.

struzione giuridica della « gesamte Staatsgewalt »: solo da questo postulato politico, che fonda però l'intera giuridicità dell'ordinamento, è possibile la *juristische Konstruktion* del polo statuale ed in particolare la conoscibilità giuridica dell'amministrazione.

La giuridicità dell'ordinamento amministrativo non può che essere derivata, non può che discendere da quel punto misterioso « wo Sitte und Moral, wo wirtschaftliche und religiöse Interessen zu Rechtssätzen, zum Inhalt des Staatswillens werden: im Gesetzgebungsakte » ([213]).

Il potere amministrativo non può discendere quindi direttamente dall'ipostasi della persona giuridica dello Stato, non può estrinsecarsi « aus eigener Kraft », perché quella forza non è altro che il frutto di un'arbitraria antropomorfizzazione di un'immagine, lo Stato, che non possiede altra realtà che non sia quella dell'azione materiale di certi individui a cui soltanto un procedimento di imputazione fondato su una norma può attribuire la natura di azione statuale ([214]).

Siamo quindi in piena rotta di collisione con il sistema di Otto Mayer ([215]): la pubblicizzazione, la realizzazione di istituti giuridici « propri » del diritto amministrativo, « speciali » perché fondati sulla diseguaglianza giuridica dei soggetti, « pubblici » perché espressivi di uno specifico rapporto di sudditanza, saltano completamente perché salta alla base l'identificazione tra pubblico e *Mehrwert*, perché non esiste più un qualcosa che possa dirsi « na-

---

([213]) KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. 411 e si rilegga la citazione riportata *retro* nota 167.

([214]) Ritorna quindi decisivo il profilo della *Zurechnung*, individuato nei *Hauptprobleme*. Si rileggano i passi riportati *retro* note 159 e 165.

([215]) KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., p. 192: « und dieser Fehler (la trasposizione delle relazioni di *Über-* e *Unterordnung* dai rapporti con l'ordinamento ai rapporti tra « Staat und Untertan ») zeigt sich deutlich bei jener Theorie, die vornehmlich auf dem Gebiete des neueren Verwaltungsrechtes den Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Rechte auf einen rechtlichen Mehrwert der Staatsperson gegenüber den Untertanen in allen jenen Verhältnissen gründet, in denen die öffentliche Gewalt, das Imperium des Staates zum Ausdruck kommt. ' Öffentlich rechtlich ist das Rechtsverhältnis, wenn es die Ausübung der öffentlichen Gewalt zum Inhalte hat ', sagt Otto Mayer, dessen *Deutsches Verwaltungsrecht* am deutlichsten diese Auffassung des öffentlichen Rechts vertritt ».

turalmente », in via precostituita, come « pubblico », perché con la rinuncia alla realtà dello Stato ([216]), con la sua completa identificazione con l'ordinamento, scompaiono anche la rendita di posizione, il plusvalore giuridico assicurato da quella ipostatizzazione e puntualmente identificato nella assoluta autonomia degli apparati amministrativi ([217]).

La riconduzione del *Mehrwert*, della posizione di *Über-* e *Unterordnung* da elementi caratterizzanti i rapporti pubblicistici e le relazioni dei cittadini con lo Stato e la pubblica amministrazione, ad elementi individuativi del rapporto che lega tutti i soggetti, privati e pubblici, alla sovranità dell'ordinamento ([218]), sanziona da una parte il definitivo abbandono del principio monarchico e l'opzione per un modello costituzionale nel quale il Parlamento si pone all'inizio dello stesso processo di realizzazione dell'ordinamento, ma dall'altra parte sanziona anche un completo rinnovamento delle categorie utilizzate nella costruzione dei fatti amministrativi.

La riconquistata esecutività dell'azione amministrativa media politicità e giuridicità dell'approdo esprimendo ad un tempo il principio politico della sovranità della legge e la premessa logica della costruibilità giuridica del potere pubblico, ormai possibile

---

([216]) Una realtà dello Stato (*retro* nota 43) evidentissima in tutto il disegno di Mayer, nonostante la rinuncia alla rappresentazione consueta della persona giuridica statuale, proprio perché questa ventata « realistica » è costruita in funzione di una *Macht* riscoperta non solo nella « realtà » delle relazioni politiche, ma anche immediatamente influente sulle stesse costruzioni dogmatiche, sull'ordito dell'intero disegno giuridico.

([217]) KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., p. 210: « Rechtlich gibt es nur Untertanen der Rechtsordnung ».

([218]) *Ibid.*, p. 210: « weil die spezifische Qualität des rechtlichen Mehrwertes, die in der rechtsnormierenden, rechtsverbindlichen, rechtspflichtstatuierenden Autorität beruht, ausschliesslich und allein der Rechtsordnung, d.h. dem Staate als Rechtsordnung, nicht aber dem Staate als dem der Rechtsordnung unterworfenen Subjekte der Exekutive, als Person zukommt, muss die Unterscheidung zwischen privaten und öffentlichen Rechtsverhältnissen, soferne sie die Überordnung der Staatsperson über die Person des Untertanen in einem unter der Rechtsordnung stehenden Verhältnis — und nicht im Verhältnis zur Rechtsordnung — als unterscheidendes Kriterium gegenüber anderen Rechtsverhältnissen zwischen gleichgeordneten Subjekten geltend macht, abgelehnt werden ».

perché l'azione statale è divenuta « Exekutive der Rechtsordnung » ([219]), ma, prendendo posto all'interno dell'inversione concettuale che fa dell'ordinamento giuridico e non dello Stato il punto di sintesi e di attacco della sovranità, si traduce anche in una prospettiva teorica che supera in breccia la programmata « specialità » di Otto Mayer.

Il rinnovamento kelseniano è quindi indirizzato in primo luogo contro gli ultimi residui dello Stato di polizia ancora presenti nella sintesi del *Deutsches Verwaltungsrecht*: l'attualità del modello del *Rechtsstaat*, strenuamente difesa nella polemica con Richard Thoma, confluisce in una dimensione dogmatica che riconduce completamente le funzioni amministrative ai vincoli normativi dell'ordinamento.

Non è un caso che il punto centrale dell'attacco kelseniano sia costituito proprio dalla nozione di atto amministrativo che — come abbiamo visto — esprimeva nel modo più eloquente la precarietà di quella « eigentümliche Ordnung » che, tra conservata autonomia dell'amministrazione e flebili tentativi di giuridicizzazione, Mayer aveva delineato nella sua opera maggiore ([220]).

E Kelsen ha buon gioco nello svelare che Mayer attribuisce al potere esecutivo « die gleiche rechtserzeugende, verpflichtende Kraft wie der Rechtsordnung » ([221]), assegna all'atto la stessa creatività ed imperatività della norma giuridica, non ha difficoltà a dimostrare l'insostenibilità teorica — ma ormai anche costituzionale e politica — di una costruzione dogmatica che assegna alla « eigene Kraft der Verwaltung » il compito di realizzare il proprio specifico giuridico ([222]).

L'impossibilità concettuale d'inserire nel processo d'imputazione una manifestazione di volontà dello Stato che si colloca per definizione al di fuori dei canali di legittimazione offerti dall'ordinamento ([223]), ribadisce l'indispensabilità del *Rechtsstaat* per la

---

([219]) Mentre per Mayer « der Wille des Staates in Justiz und Verwaltung ist Exekutive und Rechtsordnung zugleich ». (*Ibid.*, p. 237).

([220]) *Ibid.*, pp. 196 e ss.

([221]) *Ibid.*, p. 195.

([222]) Si rileggano i passi di Mayer citati *retro* note 50 e 53.

([223]) KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., p. 197: « denn wie kann ein Verwaltungsakt als Inhalt einer Rechtspflicht des

costruibilità giuridica dei fatti amministrativi e ne sancisce la necessaria reimmissione nel disegno generale ad un tempo come fondamentale presupposto logico della stessa costruzione dogmatica e come preciso modello costituzionale ([224]).

La restituzione del *Mehrwert* all'esclusiva sovranità dell'ordinamento non incide tuttavia soltanto sulla posizione costituzionale degli apparati né si limita ad immettere lo stesso potere amministrativo nei processi di legittimazione dei poteri pubblici, ma, coniugandosi con la dimostrata impossibilità logica di sostenere su questa base — il *Mehrwert* appunto — la dicotomia tra pubblico e privato, si traduce anche in una netta affermazione dell'unità dell'ordinamento giuridico ([225]).

Staates oder einer staatlichen Berechtigung erkannt werden, wenn er selbst die verpflichtende und berechtigende Norm ist? ».

([224]) *Ibid.*, p. 75: « und als juristische Konsequenz dieses politischen Prinzipes: die allseitige Personifizierung des Staates; die Rechtsstaatsidee als logische Voraussetzung des Staatsrechtes ».

([225]) *Ibid.*, p. 211: « vom Standpunkt der Theorie des rechtlichen Mehrwertes kann man konsequenterweise zu keiner Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Rechte gelangen; denn jedes Rechtsverhältnis ist für eine formale Betrachtung ausschliesslich ein Verhältnis zur Rechtsordnung, d.h. zum Staat in der Rechtsordnung, also zu einer übergeordneten Autorität; und für eine materielle Betrachtung ist jedes Rechtsverhältnis zumindest auch ein Verhältnis zur Rechtsordnung ». Si consideri comunque che con estrema chiarezza Kelsen aveva preso posizione contro la « herrschende Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Rechte » già nella *Vorrede* pubblicata nella prima edizione dei *Hauptprobleme* (Tübingen, 1911, pp. III-XIII) e poi completamente modificata nella seconda edizione del 1923. Cfr. *ibid.*, p. X: « Alles Recht ist Privatrecht, — sondern gerade umgekehrt, den Grundsatz vertrete: Alles Recht ist Staatsrecht. Jedenfalls halte ich an dem Postulate einer einzigen allgemeinen Rechtslehre und einheitlicher juristischer Grundbegriffe fest, die allen Rechtsgebieten gemeinsam sind und für alle Gebiete nach denselben methodologischen Prinzipien zu konstruieren sind ».

Verso l'affermazione del principio di unità dell'ordinamento giuridico, un precedente significativo, anche se privo della corrosiva *Ideologiekritik* che caratterizza invece gli scritti kelseniani che stiamo analizzando, era rappresentato da un articolo di Franz Weyr (*retro* nota 148) apparso pochi anni prima e nei confronti del quale è lo stesso Kelsen (*Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., p. 57 in nota) a riconoscere l'esistenza di

Demolita a monte l'idea che il rapporto amministrativo tragga la propria peculiarità dalla diseguaglianza giuridica dei soggetti parti del rapporto stesso, viene meno infatti, con il progetto pubblicizzante, anche la stessa « specialità » del diritto amministrativo.

La categoria dei negozi giuridici di diritto pubblico — cui lo scritto era dedicato — non viene rifiutata allora perché esprime una patrimonialità la cui forma giuridica appartiene al diritto privato ([226]), ma perché quell'aggettivo « pubblico » risulta alla fine inconciliabile con lo stesso Stato di diritto, si riduce ad esprimere un « politischer Machtfaktor » che rappresenta un ingiustificato residuo dello Stato di polizia nel nuovo ordinamento costituzionale ([227]).

La riaffermazione della natura generale della categoria del contratto ([228]), la sua completa applicabilità alla pubblica amministrazione diventa perciò una precisa contestazione dell'operato di quei giuristi che in quegli anni applicavano il progetto pubblicizzante di Otto Mayer all'elaborazione di una teoria generale, ma

---

un debito scientifico: *Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems*, in *Archiv für öffentliches Recht*, XXIII (1908), pp. 529 e ss. Mentre per la considerazione che « durch Kelsens Werk ist die Möglichkeit eines solchen (ein einheitliches Rechtssystem) dargetan », cfr. WEYR, *Über zwei Hauptpunkte der kelsenschen Staatsrechtslehre*, in *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, XL (1914), p. 188.

Ed infine sui problemi posti dal concetto di unità dell'ordinamento in rapporto alla « relatività » dei concetti giuridici, cfr. da ultimo F.E. SCHNAPP, *Hans Kelsen und die Einheit der Rechtsordnung. Bemerkungen zur Relativität juristischer Qualifikationen*, in *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, cit., pp. 381 e ss.

([226]) In questa direzione si svilupperà nel 1914 la critica di Kaufmann agli istituti della proprietà pubblica e della concessione amministrativa, che abbiamo già analizzato nel capitolo precedente.

([227]) KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., p. 218: « die Idee des Rechtsstaates unvereinbar ist mit der Scheidung in privates und öffentliches Recht, weil und soferne diese Scheidung — wie die historische Begriffsentwicklung dieses Gegensatzes zeigt — nichts anderes als den Gegensatz der rechtlichen Gebundenheit zur Freiheit vom Recht, den Gegensatz von Recht und Macht, Recht und politischer Gewalt im Verhältnis zum Staat zum Ausdruck bringt ».

([228]) *Ibid.*, p. 225.

ancora « speciale » delle manifestazioni di volontà amministrativa ([229]).

La raggiunta unità dell'ordinamento va cioè in direzione contraria alla valorizzazione del provvedimento, a quell'assoluta centralità che il costrutto aveva assunto nel modello di Mayer come dichiarazione di volontà nella quale si concentrassero al massimo grado l'imperatività e l'autoritarietà del potere pubblico.

La prospettiva di « un diritto amministrativo paritario » ([230]) discende allora in modo quasi naturale dalla riconduzione globale di tutti i poteri giuridici, privati o pubblici, al momento unitario della attribuzione normativa, dalla constatazione che « keine wesentliche Differenz » esiste tra lo « Zwangsakt » dello Stato e gli altri poteri imperativi previsti dall'ordinamento ([231]).

La specialità amministrativa si scioglie così con semplicità nel riconoscimento che nessuna « Wesensverschiedenheit » ([232]) separa le tre forme giuridiche del negozio, della sentenza e dell'atto amministrativo: l'ordinamento, ponendosi come fonte unitaria dei poteri e degli effetti giuridici connessi alle tre manifestazioni di volontà, sancisce anche l'uguaglianza giuridica dei soggetti pubblici e privati.

Non è difficile a questo punto immaginare che una delle prime conseguenze tangibili del reinserimento dell'amministrazione nell'unità dell'ordinamento sia rappresentata — come vedremo nelle prossime pagine ([233]) — da una chiara affermazione del principio di legalità, ormai spinto da considerazioni *rechtstheoretisch* e *rechtspolitisch* al centro dell'intero sistema amministrativo.

La rigorosa nominatività delle facoltà amministrative costituisce così il primo frutto tangibile del superamento dell'assoluta autonomia dell'amministrazione.

([229]) Rinviamo a quanto diremo nel capitolo seguente.

([230]) L'espressione è di F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, pp. 807 e ss.

([231]) KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., p. 193.

([232]) *Ibid.*, p. 217.

([233]) Lo vedremo nel secondo capitolo della seconda sezione della prima parte.

Né è difficile vedere in queste pagine di Kelsen una tappa importante verso quei recenti tentativi dogmatici di sciogliere la imperatività del potere connessa alla centralità dell'atto amministrativo in una rete di *Verwaltungsrechtsverhältnisse*, in quella raggiera di rapporti giuridici che dovrebbero proclamare il completo riassorbimento della specialità amministrativa nell'unitaria razionalità dell'ordinamento giuridico ([234]).

Più complesso è invece stabilire l'immediata coerenza delle conclusioni di questo scritto del 1913 con le evoluzioni interne della dottrina pura del diritto ed in particolare con i notevoli rivolgimenti teorici che l'introduzione della prospettiva dinamica e l'adozione della merkeliana *Stufentheorie* ebbero sulla stessa costruzione giuridica del potere amministrativo.

Non sono poche certo le linee di continuità: la riunificazione di sentenza, atto, negozio sulla base comune della « einheitliche Idee der Rechtssubjektivität » ([235]) come qualità parimenti concessa dall'ordinamento ai soggetti pubblici e privati, preannuncia quella sostanziale unitarietà di struttura logica che porterà ad inserire tutte e tre le forme di manifestazione di volontà nel processo dinamico di realizzazione dell'ordinamento ([236]).

Ora però l'approdo alla distinzione tra eteronomia ed autonomia come diverse tecniche di emanazione delle norme giuridiche individuali porterà anche, in questa direzione, ad approfondire il distacco tra atto e negozio e a ricondurre la costruzione giuridica dell'amministrazione su una prospettiva « giurisdizionale » che assimilerà sempre di più il provvedimento amministrativo alla sentenza giudiziaria: una via lungo la quale — come vedremo ([237]) —

([234]) KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., p. 235. Oltre alle indicazioni fornite *retro* nota 73, cfr. ACHTERBERG, *Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung. Grundlegung der Rechtsverhältnistheorie*, Berlin, 1982.

([235]) KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., p. 218.

([236]) MERKL, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, cit., ora anche in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., Bd. 2, pp. 1311 e ss.; KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 251 e ss.

([237]) Rinviamo alle osservazioni che svolgeremo nel terzo capitolo della seconda sezione della prima parte.

non poche saranno le linee di continuità che si tesseranno con l'originaria costruzione dogmatica dell'atto amministrativo sviluppata da Otto Mayer nel *Deutsches Verwaltungsrecht* e attraverso cui l'imperatività del potere risorgerà incontenibile a segnare ancora una volta l'irriducibile specialità amministrativa.

Nel 1913 è invece affermato a chiare lettere che gli atti amministrativi sono « etwas wesentlich anderes als zivilgerichtliche Urteile » ([238]) e che l'amministrazione svolge solo in piccola parte funzioni comparabili a quelle giurisdizionali.

La conclusione che l'atto amministrativo si assimila al negozio di diritto privato e non alla sentenza ripropone una diversità strutturale tra *Justiz* e *Verwaltung* che non solo apre spazi estremamente più ampi all'inserimento di elementi di contrattualità e di consensualità nelle strutture autoritative del potere pubblico, ma porta anche a riscoprire quella natura, coessenziale al concetto stesso di amministrazione, di attività e di prestazione, appannata dalla conquistata centralità del processo di *Justizmässigkeit* della azione amministrativa.

Giuridicizzazione e reinserimento dei poteri dello Stato nella razionale unità dell'ordinamento giuridico non significano necessariamente rinuncia all'incisività del polo statuale, non implicano anche una condanna ad una sorta di non interventismo sociale né la conquista di una normatività del « pubblico » asettica e priva di contenuti sostanziali.

La distinzione tra amministrazione diretta ed indiretta, la consapevolezza che « la giustizia » più che attraverso « il diritto giudiziario nello Stato giudiziario », si realizza ormai attraverso « il diritto amministrativo nello Stato amministrativo » ([239]), cui

---

([238]) KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., p. 216.

([239]) KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, in *Zeitschrift für soziales Recht*, I (1929), trad. ital., *Giurisdizione e amministrazione*, in *Il primato del Parlamento*, cit., p. 156; mentre per un'analisi del valore che il termine « giustizia » assume negli scritti kelseniani, cfr. in particolare KELSEN, *Was ist Gerechtigkeit?*, trad. ital. *Che cos'è la giustizia?*, in *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, cit., pp. 391 e ss. e spec. p. 433: « perché, in effetti, io non so e non sono in grado di dire che cosa sia la giustizia, la giustizia assoluta, questo bel sogno dell'umanità. Io mi debbo accontentare di una giustizia relativa e posso soltanto dire che cosa è per me la giustizia....

Kelsen approderà negli anni '20, sono già nascoste tra le pieghe dogmatiche di questo scritto giovanile.

La negozialità del provvedimento, fissata da Kelsen nel 1913, preludeva cioè ad un modello teorico in cui la centralità del diritto amministrativo diveniva ad un tempo il punto di convergenza dei processi di giuridicizzazione del potere ed il momento di coagulo della crescita delle funzioni statuali.

Quanto questo modello, fondato sul rifiuto della dicotomia tra diritto pubblico e privato, fondato cioè sul primato del diritto come momento ineliminabile di controllo e di verificabilità delle forme di espressione del potere e chiaramente consapevole dei processi di trasformazione dello *Justizstaat* in *Verwaltungsstaat*, riuscisse a tradursi in un compiuto ed alternativo sistema di istituti di diritto amministrativo, cercheremo di vedere nelle pagine seguenti.

È la giustizia della libertà, la giustizia della pace, la giustizia della democrazia, la giustizia della tolleranza ». Si veda anche KELSEN, *Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, 1960, trad. ital. a cura di M.G. Losano, *Il problema della giustizia*, Torino, 1975.

B)

LA REALIZZAZIONE DEI MODELLI TEORICI

1. Negozialità e unilateralità: la costruzione dogmatica della volontà amministrativa.
2. Nuovi equilibri costituzionali e aggiornamenti dogmatici: la legalità amministrativa.
3. I modelli giurisdizionali della pubblica amministrazione: aperture garantistiche e tradizionali linee di continuità.

1. *Negozialità e unilateralità: la costruzione dogmatica della volontà amministrativa.*

La complessità dei problemi teorici e dogmatici che circondano la nozione di atto amministrativo è già emersa quando abbiamo cercato di ricostruire la dialettica tra Otto Mayer ed Hans Kelsen su quella che potremmo definire la dimensione « costituzionale » del provvedimento, la fase cioè in cui le tensioni contrapposte tra autonomia dell'amministrazione e sovranità della legge si concentrano nel conflitto tra autoritarietà e giuridicizzazione, in un conflitto che pone in questione sia la posizione costituzionale degli apparati sia la stessa « specialità » amministrativa, sospesa nell'equivoco intreccio tra privilegio e garanzia [1].

La nozione possiede tuttavia anche una evidente e precisa dimensione amministrativa: l'atto è infatti il costrutto che sintetizza la pluralità dei compiti dell'amministrazione, la forma giuridica attraverso la quale questa si rende visibile all'esterno, il modo stesso di esplicazione della attività amministrativa.

Questa centralità conquistata dall'atto nel sistema era comunque un frutto scientifico recente negli itinerari della giuspub-

---

[1] Cfr. *retro* i capitoli primo e terzo della prima sezione.

blicistica tedesca: basta sfogliare manuali scritti ancora intorno al 1880, come quelli di Georg Meyer o di Edgar Loening, per vedere come i primi tentativi di formalizzazione dell'attività amministrativa fossero ancora dominati e assorbiti dall'elencazione *staatswissenschaftlich* dei singoli compiti pubblici, dalla minuta descrizione dei *Verwaltungszweige* (2).

Affermazione del metodo giuridico ed approdo dell'atto ad una salda centralità nel sistema amministrativo erano processi che si erano svolti in perfetto parallelismo e nella realizzazione dei quali il ruolo di Otto Mayer, sin dalla *Theorie* del 1887, era stato ancora una volta decisivo (3).

L'elaborazione dell'atto, per l'intrinseca rilevanza che l'istituto assumeva come forma giuridica sintetica dell'intera azione amministrativa e come perno sia dei processi di legittimazione dell'amministrazione sia dell'organizzazione del sistema di tutela, rappresentava il simbolo più eclatante di quella *Isolierung* degli elementi e delle forme giuridiche dall'indistinto magma amministrativo che era stata posta alla base del programma di rinnovamento metodologico.

E basta rileggere certe pagine di Erich Kaufmann (4) o riandare alla ricca letteratura dedicata al *Methodenwandel* nelle scienze del diritto pubblico (5) per discernere la pluralità e l'importanza degli effetti che la svolta metodologica determinava, dall'involuzione della scienza dell'amministrazione all'abbandono della ricerca storica come componente del discorso giuspubblicistico, sino al ruolo stesso del giurista e ai modi di conoscenza dell'amministrazione, dominati, sulla base della sistematica civilistica, dall'atten-

---

(2) G. MEYER, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 2 Bde., Leipzig, 1883-1885; E. LOENING, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Leipzig, 1884 per l'esame dei quali rinviamo a M. STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre. 1866-1914*, cit., pp. 96 e ss.

(3) MAYER, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, cit.; cfr. HUEBER, *Otto Mayer*, cit., pp. 48 e ss.; FIORAVANTI, *Otto Mayer*, cit., pp. 610 e ss.

(4) KAUFMANN, *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, cit., p. 717.

(5) Per tutti cfr. MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel*, cit., pp. 15 e ss.; STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre. 1866-1914*, cit., pp. 85 e ss.

zione esclusiva per le *Rechtsformen* e quindi poco propensi a recuperare, da questo conquistato « specialismo », l'intera complessità dei compiti amministrativi e le valenze socio-economiche delle funzioni degli apparati pubblici.

Anche in questo caso però la prospettiva metodologica non riesce ad essere esaustiva della complessità delle valenze in gioco e la stessa, decisiva polemica tra Mayer e Laband, che si muoveva entro una sostanziale unitarietà d'intenti metodologici, non risulterebbe comprensibile o perderebbe comunque gran parte del proprio significato.

L'isolamento concettuale dell'atto amministrativo non rappresenta infatti soltanto il frutto di quella « Abhebung der Rechtsinstitute und Rechtsbegriffe von der Masse der Beziehungen, welche die Verwaltung darbietet » (6) nella quale si era individuato il principale compito della scienza del diritto amministrativo, ma costituiva anche il veicolo dogmatico fondamentale del processo di pubblicizzazione.

La centralità che l'atto conquista nel sistema di Otto Mayer era in primo luogo l'espressione di un particolare equilibrio tra pubblico e privato, il simbolo stesso della specialità amministrativa, la forma giuridica peculiare delle manifestazioni di volontà degli apparati.

Se l'atto diventa l'istituto amministrativo per eccellenza, questo avviene solo dopo che sul piano dell'attività pubblica si è delineata una precisa determinazione dei confini tra autorità e consenso e quindi una chiara delimitazione degli statuti giuridici applicabili all'azione degli apparati.

Non solo infatti si arriva a descrivere l'attività amministrativa come un'attività di produzione di atti, con tutto ciò che questo comportava, dalla limitata attenzione agli aspetti materiali dell'agire amministrativo sino alla scarsa visibilità dell'attività amministrativa di prestazione (7), ma quell'« atto » esprime anche e al

---

(6) La frase è di Paul Laband, nella recensione alla *Theorie* di Mayer, pubblicata in *Archiv des öffentlichen Rechts*, II (1887), p. 151.

(7) P. BADURA, *Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 19 (1966), p. 626.

massimo grado quel plusvalore giuridico che contraddistingue la posizione costituzionale dell'amministrazione e che infatti puntualmente si traduce in una forma giuridica dotata di imperatività e assistita dall'autotutela ([8]) e per la quale si dispone persino una presunzione di legittimità ([9]) che ne limita le possibilità d'impugnazione.

Il sistema si veniva così strutturando secondo partizioni nette, secondo dicotomie rigide: da una parte il regno « pubblico » della « Hoheitlichkeit », dell'autorità e dell'interesse generale ([10]), dall'altra il mondo dell'autonomia privata, del consenso, degli interessi particolari; due dimensioni incomunicabili, formalizzate in due distinte e diversissime forme giuridiche, l'atto amministrativo, intorno al quale si sarebbero presto coagulati sia un particolare tipo di relazione con la legge — la discrezionalità — sia quel requisito della nominatività cui affidare, temperando il carattere unilaterale ed imperativo della manifestazione di volontà amministrativa, le necessarie garanzie nei confronti del potere pubblico ed il contratto, espressione principe, con la sua intrinseca bilateralità, paritarietà ed atipicità, dell'autonomia negoziale privata ([11]).

L'atto diventa quindi la forma tipica e peculiare dell'agire amministrativo all'interno di un progetto generale che identifica « pubblico » e *Mehrwert* e che su questa base fonda la specificità pubblicistica del diritto amministrativo.

Sembrerebbe quindi che la rigida logicità e l'intima coerenza del progetto « pubblicizzante » escludessero qualsiasi possibile commistione dei due universi giuridici, l'autorità ed il consenso, l'atto e il contratto, creati dall'applicazione rigorosa della dicotomia pubblico-privato e che il definitivo inserimento del provvedi-

---

([8]) GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., p. 160.

([9]) W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 247: « alle Verwaltungsakte haben die Vermutung der Rechtmässigkeit und Gültigkeit für sich... ».

([10]) H.P. BULL, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg, 1986 (2. Aufl.), p. 187; F. GALGANO, *Pubblico e privato nell'organizzazione giuridica*, in *Contratto e impresa, Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale* diretti da Francesco Galgano, II, Padova, 1985, pp. 357 e ss.

([11]) G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, pp. 205 e ss.

mento nelle pieghe della costruzione *urteilsähnlich* non fissasse soltanto quel contraddittorio rapporto tra potere e diritto che abbiamo visto nelle pagine precedenti, ma anche il naturale punto di approdo di un modello « fisiologicamente » refrattario a qualsiasi elemento negoziale.

A questo punto non sarebbe neppure difficile concludere che il diversificarsi delle forme d'azione nel diritto pubblico come nel diritto privato ([12]) sia un prodotto tutto novecentesco e ricostruire quindi l'itinerario concettuale che ci apprestiamo a ripercorrere, sino alle soglie degli anni '30, secondo una linea unidirezionale che progressivamente accerti la perdita di tenuta di un modello fondato su di una rigida distinzione tra autorità e consenso ([13]).

Nessun dubbio che questa prospettiva sia pienamente corretta sul piano dei modelli e che il progetto pubblicizzante sia costretto a registrare ed un crescere del tasso di consensualità nella stessa attività imperativa e autoritaria ed una graduale e inarrestabile conquista di spazi amministrativi da parte di un diritto comune a soggetti pubblici e privati ([14]).

Il piano della costruzione dogmatica ci offre un quadro più contraddittorio e, se la linea di graduale « scioglimento » dell'autorità può essere presa anche in questo caso come principale prospettiva evolutiva e quindi come fondamentale categoria interpretativa, è anche vero però che nel lavoro di elaborazione degli istituti il giurista è costretto, sin dall'inizio, a venire a patti tra autorità e consenso, a riconoscere forme, sia pur deboli, di negozialità nell'agire della pubblica amministrazione.

([12]) BULL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 187.

([13]) GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., pp. 124 e ss., per un'analisi dell'« aumento dei moduli convenzionali in uso per lo svolgimento di attività amministrative »; F. PIGA, *Pubblico e privato nella dinamica delle istituzioni*, Milano, 1985, pp. 133-34, per il « vasto riflusso dei principi del diritto amministrativo verso regole tradizionalmente privatistiche »; M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato*, cit., pp. 231 e ss. per l'interferenza tra l'area del provvedimento amministrativo e l'area delle attività e dei rapporti sottoposti al diritto civile.

([14]) GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Enc. del dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 866.

Certo, gli istituti amministrativi devono essere espressione della « Kraft des Staatswillens » ed il diritto amministrativo deve essere considerato come una rete in cui si intrecciano *Gewaltverhältnisse* generali e speciali e lo stesso rapporto giuridico che intercorre tra l'amministrazione e il cittadino deve essere il simbolo della diseguaglianza dei soggetti ([15]), ma questo modello così impermeabile e monolitico dell'« autorità » deve pur fare i conti con una realtà che non si esauriva nelle espressioni dell'*imperium*, nel *befehlen*, ma — proprio perché lo Stato come *Herrscher* poteva servirsi di tutte le forme giuridiche — ben comprendeva anche vistosi elementi contrattualistici e una larga applicazione di forme di diritto privato all'attività amministrativa ([16]).

Che l'amministrazione non si presentasse nei suoi rapporti con i cittadini sempre e soltanto nella veste di potere pubblico era constatazione così evidente da non poter essere posta in discussione neppure dal progetto pubblicizzante: anche la lotta ingaggiata — non senza retorica — dalla giovane scienza amministrativa contro il grande avversario del passato, l'ideologia giuridica dello Stato di polizia, per l'affermazione della propria autonomia scientifica e della propria specifica identità giuridica, non poteva fare a meno di riconoscere che il superamento della *Fiskuslehre* e l'abbandono della doppia personalità dello Stato non implicavano anche che le manifestazioni dell'amministrazione si esaurissero negli istituti amministrativi.

E se il diritto civile non rappresentava più l'unico possibile « giuridico » di fronte alla libertà del potere e all'incontrollato

---

([15]) Un simbolo che il mantenimento scrupoloso del termine « Untertan » rende inequivocabile. Cfr. *retro* la citazione riportata alla nota 49 (prima sezione).

([16]) Lo notava con lucidità lo stesso Laband, *rec. cit.*, p. 159, che apriva così quel fronte di contestazione del programma di Mayer sul quale negli anni successivi si innesterà anche la critica di Kaufmann che già conosciamo: un fronte in certo qual modo ulteriore a quello che si era aperto con Mayer e si stava chiudendo con Kelsen e che investiva il processo di giuridicizzazione del *befehlen* amministrativo; un fronte che scopriva un altro profilo della specialità amministrativa nel quale il conflitto tra autorità e libertà più che dal contrapporsi di potere e diritto era dato dal combinarsi e dal confliggere di statuti consensuali ed imperativi, di « privato » e di « pubblico » nell'azione degli apparati.

Befehl del sovrano, la capacità civilistica dei « Träger der öffentlichen Verwaltung » era in ogni modo fuori discussione ([17]).

La necessaria conservazione nel modello pubblicizzante di uno spazio riservato all'attività di « gestione » non era del resto l'unica concessione che il monolitico mondo della « autorità » doveva fare alle necessità dell'azione amministrativa che, proprio in quanto attività, richiedeva — come non a torto ricordava Laband — una ricchezza ed elasticità di forme giuridiche troppo unilateralmente « accorciata » nei rigidi schemi della « hoheitliche Macht » ([18]).

Particolarmente significativa risulta a questo proposito la polemica nata dalla critica di Laband alla *Theorie* di Mayer ed incentrata su quel concetto di « öffentlich-rechtlicher Vertrag » con cui Mayer aveva tradotto nel 1886 l'espressione francese di « contrat administratif » ([19]), un costrutto sul quale era ritornato all'indomani della recensione labandiana in un saggio di notevole impegno, che abbiamo più volte avuto occasione di citare ([20]), ma che aveva invece completamente abbandonato nel *Deutsches Verwaltungsrecht*, riassorbendolo nel pieno dispiegarsi della centralità del provvedimento e nell'affermazione — carica di effetti sul proseguio dello sviluppo teorico — dell'incompatibilità di contratto e potere amministrativo ([21]).

([17]) Si veda il capitolo, più volte citato, che Mayer dedica a « Das Verwaltungsrechtsinstitut und die Scheidung vom Civilrecht » (*Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., vol. I, pp. 134 e ss.).

([18]) LABAND, *rec. cit.*, p. 159: le considerazioni di Mayer « dass die gesamte staatliche Verwaltungstätigkeit Ausübung der hoheitlichen Macht über die Einzelnen sei » sono « einseitige und meines Erachtens unhaltbare. Sie verkümmern das Verwaltungsrecht und verkürzen den Reichtum seiner juristischen Formen, sie pressen alles in die Schablone des einseitigen Kreationsaktes... ». Risulta ora evidente il collegamento tra queste preoccupazioni labandiane e le critiche di Kaufmann al modello di Mayer che abbiamo analizzate nel secondo capitolo della prima sezione del volume.

([19]) MAYER, *Theorie*, cit., pp. 290 e ss. e sulle « traduzioni » degli istituti e delle terminologie francesi da parte di Mayer, cfr. SCHEUNER, *Der Einfluss des französischen Verwaltungsrechts auf die deutsche Rechtsentwicklung*, cit., p. 203; HUEBER, *Otto Mayer*, cit., p. 77 e ss.

([20]) MAYER, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage*, cit.

([21]) Secondo un'alternativa — come vedremo subito appresso — più terminologica che sostanziale, considerata la scarsa portata semantica — in

Il passaggio del *contrat administratif* ad *öffentlich-rechtlicher Vertrag* non rappresentava tuttavia una mera trasposizione linguistica del corrispondente istituto vigente nell'ordinamento francese e sia l'iniziale applicazione del costrutto ai rapporti di pubblico impiego sia l'evoluzione stessa della categoria culminata nel suo completo assorbimento in quella del *Verwaltungsakt auf Unterwerfung* dimostravano che, al di là della sostanziale identità terminologica, s'imboccavano binari dogmatici — e quindi ci si rivolgeva a fattispecie concrete — del tutto diversi.

Il *contrat administratif* possedeva in Francia un significato eminentemente processuale prendendo posto come categoria intermedia in quella distinzione tra atti di gestione e d'impero che da una parte sanciva la possibilità della pubblica amministrazione di servirsi di due distinti statuti giuridici, dall'altra offriva un criterio di riparto tra le competenze del giudice ordinario e del giudice amministrativo.

Con la nozione di *contrat administratif* si individuava cioè nel più ampio *genus* dei *contrats de l'administration* una categoria di accordi negoziali che nonostante il loro carattere « paritario » venivano a cadere, per la loro rilevanza pubblicistica, sotto la giurisdizione del giudice amministrativo.

Il costrutto rispondeva — e risponde — quindi ad una duplice necessità, di ordine civilistico e di ordine amministrativo: serviva cioè sia per individuare nelle forme di azione amministrativa una serie di comportamenti cui applicare le norme del diritto civile sia per separare dai contratti dell'amministrazione una categoria di atti da sottoporre al contenzioso amministrativo (di piena giurisdizione) ([22]).

---

senso « contrattualistico », s'intende — del costrutto dell'« öffentlichrechtlicher Vertrag » nel saggio del 1888 e considerata la necessità di mantenere degli spazi « consensualistici » anche nel *Deutsches Verwaltungsrecht*.

([22]) Sulla posizione occupata dal *contrat administratif* nel diritto amministrativo francese, basti qui rinviare a: C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, tm. I, *Le droit applicable à l'administration (Cours année 1952-53), Paris*, 1982, pp. 565 e ss.; A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 8ª ed., Paris, 1980, pp. 354 e ss.; A. DE LAUBADÈRE-F. MODERNE-P. DEVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, tm. I, 2ª ed., Paris, 1983, spec. pp. 18-19.

Ma basterebbe citare l'autorevole esempio di Léon Duguit per vedere che se si individuava un altro criterio dogmatico per risolvere il problema dell'attribuzione giurisdizionale e per salvare la competenza del giudice amministrativo — lo scopo, nel caso di Duguit — nessun ostacolo si frapponeva più all'affermazione della sostanziale unità (civilistica) della categoria del *contrat* (23).

Nella polemica con Laband l'*öffentlich-rechtlicher Vertrag* diventa invece un istituto sulla base del quale verificare l'esistenza di una specifica dimensione « amministrativa », l'unitarietà pubblicistica degli istituti dell'amministrazione. Per usare la terminologia di Fritz Fleiner si potrebbe dire che il contratto di diritto pubblico diveniva uno dei punti concreti nel quale realizzare la *Umbildung* degli istituti civilistici « durch das öffentliche Recht » (24).

Non a caso il terreno concreto sul quale la disputa si svolge è individuato proprio in quel settore del pubblico impiego in cui, con maggiore evidenza, il diritto amministrativo si presentava, nella costruzione labandiana, come una « Summe derjenigen Rechtssätze — ad un tempo di diritto pubblico e privato, processuale e penale —, welche die öffentliche Verwaltung betreffen » (25).

L'individuazione della natura giuridica dell'atto costitutivo del rapporto di pubblico impiego diventa quindi la concreta pietra di paragone su cui verificare l'identità della giovane scienza amministrativistica, la sua stessa autonomia e dignità giuridica, la sua capacità ad elaborare categorie specificamente amministrative.

La nozione di *öffentlich-rechtlicher Vertrag* diventa allora il provvisorio aggancio dogmatico per affermare contro Laband l'esistenza di uno specifico amministrativo non riducibile, per l'intrinseca diseguaglianza che deve caratterizzare il rapporto giuridico,

---

(23) L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3ª ed., tm. 3°, Paris, 1930, pp. 433 e ss.

(24) FLEINER, *Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht*, cit.

(25) LABAND, *rec. cit.*, p. 155. E per la costruzione dogmatica dello *Staatsdienst*, cfr. ID., *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Bd. 1, cit., pp. 429 e ss.

alla paritarietà del diritto civile, ma neppure costringibile nelle pieghe troppo rigide del *Befehl* ([26]).

Ci si cala così in una dimensione tipicamente tedesca, caratterizzata da scansioni cronologiche e da un ruolo della scienza giuridica poco confrontabili con la parallela esperienza francese: le stesse categorie dogmatiche di riferimento perdono nella trasposizione mayeriana gran parte dei loro significati originari.

Al difficile binomio tra *Vertrag* e *Gewaltverhältnis* nel quale Laband aveva costretto l'atto costitutivo del rapporto di pubblico impiego ([27]), Otto Mayer contrappone una diversa combinazione tra l'autoritarietà « connaturale » al più esclusivo rapporto di appartenenza allo Stato ed il pur necessario consenso del futuro *Beamte* all'assunzione dei compiti e dei doveri connessi al pubblico ufficio ([28]).

La preoccupazione prevalente di Mayer diventa quella di ricostruire un'unitarietà dell'istituto « spezzata » da una visione ancora « polizeistaatlich » che affida gli elementi consensuali al diritto civile ed il rapporto di sudditanza all'indistinto terreno dell'*imperium*, che cioè rinverdisce a livello dei rapporti tra amministrazione e cittadino l'antiquata contrapposizione del Fisco allo Stato.

Il « gemischte Rechtsinstitut » è appunto l'oggetto polemico principale dell'argomentare di Otto Mayer ([29]): il contratto di diritto pubblico è solo il primo, provvisorio abbozzo dogmatico di un lavoro di elaborazione e di costruzione che realizzi in concreto il progetto « pubblicizzante ».

È necessario conservare certo gli spazi di consensualità precedentemente espressi nella formula del contratto, perché questi

---

([26]) MAYER, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage*, cit., pp. 3 e ss. Si rilegga anche la citazione riportata *retro* nota 27 (prima sezione).

([27]) LABAND, *Staatsrecht*, cit., Bd. 1, p. 434.

([28]) MAYER, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage*, cit., pp. 19 e ss. *Ibid.*, p. 19: « mühsamer als anderswo hat in Deutschland das öffentliche Recht vom Civilrecht sich losgerungen. Der Punkt, an welchem alle Wandlungen und Übergänge des Werdeprozesses vielleicht am deutlichsten sich widerspiegeln, ist die Lehre vom Staatsdienstverhältnisse ».

([29]) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., pp. 145 e ss. e si rilegga la citazione riportata *retro* nota 126 (prima sezione).

sono funzionali alla stessa possibilità dell'istituto, alla sua vitalità pratica, ma devono essere inseriti, con il pieno dispiegamento della supremazia dell'amministrazione, in uno schema che richiami immediatamente, con il suo carattere « pubblico », la natura imprescindibile di autorità che deve contrassegnare l'azione amministrativa.

L'operazione di trasformazione dogmatica non risulta allora particolarmente rivoluzionaria e si riduce ad inserire l'ineliminabile elemento consensuale in una gabbia teorica che in modo più lineare, rispetto all'equilibrio consueto, salvi l'ideologica compattezza del « pubblico » e l'unitarietà delle manifestazioni autoritarie della volontà dello Stato.

Il rinnovamento dogmatico più che da un'effettiva esigenza di esprimere diverse coordinate giuridiche è orientato da una prospettiva ideologica che per la sua intima coerenza ha bisogno di riunire sul polo pubblicistico le manifestazioni di volontà dell'amministrazione.

Non è in questione né la presenza di un elemento consensuale, perché il consenso del *Beamte* è pur sempre un fattore insopprimibile della costruzione, né l'identificazione del rapporto di pubblico impiego con un rapporto di sudditanza.

Ciò che agli occhi di Mayer è divenuto insostenibile è semplicemente il fatto che si debba attribuire ad una categoria civilistica, il contratto, il compito di esprimere la presenza degli elementi consensuali e che a questa forma giuridica privatistica, anche se depauperata completamente dalla connaturata idoneità a fondare un rapporto obbligatorio, si assegni il compito di dar vita ad un rapporto di sudditanza ([30]).

« Das Öffentlichrechtliche ist es eben, was das Dienstverhältnis zu einem Gewaltverhältnis macht » ([31]): soltanto questo è in discussione. Consenso del funzionario e identificazione del rap-

---

([30]) MAYER, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage*, cit., p. 37: « danach liegt das Besondere darin, dass der gewöhnliche Dienstvertrag kontraktliche, obligatorische Pflichten begründet, der Staatsdienstvertrag dagegen ein Gewaltverhältniss ».

([31]) *Ibid.*, p. 40 e cfr. la facile critica di KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., pp. 246-7.

porto di pubblico impiego in un rapporto di sudditanza sono fuori questione ([32]). Occorre semplicemente arrivare ad affermare l'esclusiva natura pubblicistica dell'istituto, la sua unitarietà amministrativa; occorre cioè inserire l'elemento consensuale in uno schema in cui risulti completamente accessorio alla manifestazione di volontà amministrativa. L'« hoheitliche Stellung des Dienstherrn » ([33]) non deve essere spezzata da un elemento consensuale affidato al contrapposto universo giuridico del diritto dei privati.

L'*öffentlich-rechtlicher Vertrag* è allora poco più che una larva rispetto ad un originario modello privatistico di contratto, un semplice *flatus vocis* utilizzato per una migliore classificazione di un istituto pubblicistico che possiede rispetto al primitivo modello del diritto civile una certa esteriore somiglianza ([34]).

Quello che è certo è che « wahre Verträge » sul terreno del diritto amministrativo non sono assolutamente possibili ([35]) e se, provvisoriamente, si utilizza la terminologia del contratto di diritto pubblico è altrettanto chiaro che l'accento cade sull'aggettivo e che proprio all'aggettivo si affida il compito di tradurre nelle relazioni amministrative il plusvalore che l'amministrazione possiede per la sua diretta partecipazione alla sovranità.

La linearità del modello « costituzionale » non può tuttavia tradursi nelle pieghe della costruzione dogmatica senza un minimo di concessioni alla sua programmata razionalità e la « pubblicizzazione » deve confrontarsi, una volta scesa nel concreto dei rapporti giuridici, con gli intrecci tra pubblico e privato, tra autorità e consensualità offerti dall'esperienza amministrativa.

Se tutto il progetto ideologico porta a delineare un disegno il più possibile monolitico dell'amministrazione sempre e comunque all'origine dei processi di giuridicizzazione che la riguardano, sempre e comunque autorità, espressione di potere, « pubblica »

([32]) MAYER, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage*, cit., p. 27 (sulla necessità della « Einwilligung des künftigen Beamten »); p. 37 (per una definizione del *Gewaltverhältnis*).

([33]) *Ibid.*, p. 40.

([34]) *Ibid.*, p. 19.

([35]) *Ibid.*, p. 30: « darum sind wahre Verträge des Staates auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes überhaupt nicht denkbar ».

in quanto basata « auf einen rechtlichen Mehrwert der Staatsperson gegenüber den Untertanen » ([36]), la formalizzazione dell'attività amministrativa è pur costretta a riprendere elementi consensuali e negoziali dal polo opposto della dicotomia, da quel mondo della paritarietà dei soggetti giuridici di cui si proclama a chiare lettere agli antipodi.

Ne è testimonianza già l'uso della formula del contratto di diritto pubblico che, se è lontanissimo dai *contrats administratifs* di diritto francese, ben visibili porta invece, anche se nella trasfigurazione pubblicistica, quei due elementi del *Vertrag* e del *Gewaltverhältnis* ([37]) alla base della diversa, ma non antitetica costruzione labandiana ([38]), a conferma che la programmata autonomia scientifica del diritto amministrativo doveva pur fare i conti con il fatto che questo prima di essere un diritto « speciale » era storicamente l'insieme delle regole, autoritarie e consensuali, applicabili alla pubblica amministrazione.

Ma lo dimostrano anche gli approdi concettuali del *Deutsches Verwaltungsrecht* nelle cui pagine ([39]) se il contratto di diritto pubblico sparisce, perché in realtà è qualcosa di « abnorme » se riferito alle relazioni tra « nichtgleichgeordnete Personen », come sono pubblica amministrazione e cittadino ([40]), gli schemi dogmatici debbono pur aprirsi alla pluralità di forme di azione e alla necessaria elasticità richieste dall'attività degli apparati pubblici.

Si possono allora riunire nella definizione dell'atto amministrativo che già conosciamo ([41]) tutti i simboli di un modello costituzionale fondato sull'assoluta autonomia dell'amministrazione,

---

([36]) KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., p. 192.

([37]) E che esprimono da una parte la necessità di preservare uno spazio alla « Einwilligung des Beamten », dall'altra la necessità, strettamente parallela, di collegare a questo « consenso » non la fondazione di un rapporto obbligatorio, ma di un rapporto di sudditanza speciale.

([38]) LABAND, *Staatsrecht*, cit., Bd. 1, p. 434. Si vedano anche le puntuali osservazioni di F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1967, pp. 10 e ss.

([39]) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., pp. 94 e ss.

([40]) K. KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs- und prozessrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*, Berlin, 1910, Neudruck, Aalen, 1962, p. 30.

([41]) E che abbiamo riportato *retro* alla nota 49 (prima sezione).

concentrare « libertà » dal diritto e tentativi di giuridicizzazione in una forma giuridica che al massimo grado esprima l'imperatività del potere, ma poiché la definizione rischia di non essere sintetica della pluralità delle azioni amministrative che vuole formalizzare, è necessario individuare anche altre formule dogmatiche che registrino il compenetrarsi di comando e consenso sino all'interno della « sacralità » del potere.

Così se le « blosse Entscheidungen », limitandosi a stabilire un qualcosa che è già determinato o in una norma o in un precedente atto amministrativo, docilmente si piegano allo schema *urteilsähnlich* dell'atto che assimilandosi alla sentenza, dichiara il diritto nel caso concreto, si è poi costretti a riprendere una vecchia distinzione di Georg Meyer e concludere che le *Verfügungen* s'inseriscono invece nello schema negoziale e devono essere definite come « öffentlichrechtliche Rechtsgeschäfte » ([42]).

La riduzione della conoscenza dei fatti amministrativi ad istituti e forme giuridiche specificamente pubblicistici non solo è costretta a mantenere i margini di elasticità garantiti dalla conservata distinzione tra impero e gestione, ma, nel tentativo di ricondurre all'unitarietà del polo pubblico lo « Spezialprivatrecht » ([43]) e gli istituti « misti » nei quali, sino a quel momento, l'amministrazione mediava autoritarietà e negozialità, deve pur riprodurre all'interno di gabbie definitorie apparentemente rigide e impermeabili quegli spazi di consensualità richiesti dalla realtà dell'azione amministrativa.

La formalizzazione dell'attività nello schema unico ed imperativo del provvedimento incontra dei precisi limiti di operatività e il programmato modello *urteilsähnlich*, senza dubbio il più idoneo

---

([42]) MAYER, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage*, cit., p. 31; ID., *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 101. Si veda anche G. MEYER, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 3. Auflage, Leipzig, 1891, p. 530 per l'individuazione della categoria delle *Verfügungen* che « die Begründung oder Aufhebung von Rechten zum Gegenstande haben ». Mentre per una compiuta utilizzazione della distinzione tra *Entscheidungen* e *Verfügungen* cfr. E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien*, Wien, 1896, Neudruck, Aalen, 1964, spec. pp. 7 e ss.

([43]) L'espressione è di Laband, *rec. cit.*, p. 155.

ad interpretare le peculiarità costituzionali di quella « eigentümliche Ordnung » da realizzare nell'ordinamento amministrativo ([44]), deve aprirsi ad una serie di elementi « contrattuali » senza i quali istituti decisivi, dal pubblico impiego alle concessioni, non potrebbero essere costruiti.

Riemerge, anche se sapientemente filtrata da un'impostazione assai provveduta sul piano metodico e molto consapevole della « razionalità » del proprio programma, quella pluridimensionalità, coessenziale all'azione amministrativa e alla molteplicità delle sue esigenze, che sino a quel momento la giuspubblicistica tedesca aveva espresso in una concezione del diritto amministrativo come « somma » dei diversi « diritti » di volta in volta applicabili alle manifestazioni di volontà degli apparati pubblici.

Anche in questo caso però le ragioni di coerenza interna del modello « costituzionale » risultano prevalenti e il consenso del destinatario dell'atto deve essere depotenziato di ogni fattore che possa mettere in pericolo la natura autoritaria dell'azione amministrativa: il provvisorio costrutto del contratto di diritto pubblico viene abbandonato allora non solo perché lo stravolgimento dell'originario istituto civilistico è tale che la terminologia risulta alla fine inespressiva — le critiche di Laband hanno prodotto quindi qualche effetto ([45]) —, ma anche e prima di tutto perché l'espressione stessa *Vertrag* risulta « pericolosamente » incompatibile con l'esercizio del potere amministrativo ([46]).

La contorta invenzione dogmatica dell'atto amministrativo a sottomissione ([47]) — ma in relazione al modello teorico di partenza

---

([44]) Si rilegga la citazione riportata *retro* nota 39 (prima sezione).

([45]) LABAND, *rec. cit.*, p. 158: « Wozu wird der Begriff des öffentlichen Vertrages überhaupt in die Darstellung eingeführt und als Konstruktionsmittel in diesem ganzen Abschnitt fortwährend verwendet, wenn zugleich die Deduktion überall darauf gerichtet wird, dass dieser Vertrag in Wahrheit gar kein Vertrag sei, sondern ein einseitiger Kreationsakt und dass das von ihm hervorgerufene Rechtsverhältniss nicht einmal als ein quasikontraktliches gelten könne? ».

([46]) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 98 nota 5 e p. 137 nota 3.

([47]) Che si avesse a che fare « mit einem originalen Erzeugnis Otto Mayerscher Sprach- und Gedankenschöpfung », lo sottolineava già W.

sarebbe più corretto usare l'aggettivo « lineare » — si assume così l'onere di salvare la centralità pubblicistica del provvedimento come manifestazione imperativa della volontà dell'amministrazione, garantendo ad un tempo i necessari margini di operatività in quei settori in cui l'azione amministrativa si avvicinava ai moduli contrattuali.

Si ubbidisce così all'imperativo categorico che esclude qualsiasi contrattualità tra « soggetti diseguali » e s'incapsula il pur necessario elemento consensuale nelle vesti giuridiche di una condizione di validità — non però di efficacia ([48]) — accessoria alla preminente e decisiva manifestazione di volontà dello Stato concentrata nell'atto amministrativo.

In questo modo settori controversi come i rapporti di pubblico impiego o quelli concessori ([49]) vengono integralmente riconquistati al diritto pubblico attraverso costruzioni dogmatiche in grado di far ruotare intorno alla centralità del provvedimento quegli elementi consensuali e quelle situazioni di vantaggio patrimoniale sino allora necessariamente espunte dallo schema pubblicistico e affidate al diritto civile.

I risultati dogmatici raggiunti nelle pagine del *Deutsches Verwaltungsrecht* risultarono notevolmente condizionanti per il proseguio dello sviluppo teorico e la riflessione sui modi di estrinsecazione della volontà amministrativa fu orientata così quasi « monopolisticamente » dalle linee fissate da Otto Mayer.

In questo specifico settore dogmatico scarse direttrici di influenza ebbero infatti gli altri due modelli teorici alternativi al modello dominante.

Modesti effetti ebbe così il disegno di Erich Kaufmann, troppo legato in questo caso ad una visione tradizionale di rifiuto di ogni formalizzazione dell'attività amministrativa, alla fine poco difen-

---

JELLINEK, *Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung*, cit., p. 88.

([48]) Si veda sul punto con particolare chiarezza: KORMANN, *Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts*, in *Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft*, XLV (1912), p. 116.

([49]) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. 2°, cit., pp. 195 e ss.; pp. 294 e ss.

dibile di fronte alle notevoli potenzialità sistematiche e costruttive offerte dalla categoria dell'atto amministrativo.

La linea di Kaufmann, anche per gli scarni sviluppi del modello progettuale, rimase così poco più di una testimonianza — anche se senza dubbio significativa — di un progetto alternativo che da una parte recuperava una maggiore incidenza del diritto privato e quindi del contratto — come implicitamente dimostrava il rifiuto teorico di un autonomo istituto di concessione amministrativa ([50]) — e dall'altra riproponeva l'apporto decisivo della scienza dell'amministrazione per riscoprire quella centralità dei compiti pubblici appannata dall'ipostatizzazione delle forme giuridiche dell'azione amministrativa.

E lo stesso modello kelseniano, rispetto alle formidabili potenzialità connesse alla proclamata, identica sottoposizione di tutti i soggetti giuridici, privati e pubblici, all'ordinamento e al venir meno dell'ingombrante antropomorfizzazione della volontà dello Stato e della collegata posizione di *Mehrwert* della pubblica amministrazione, non riuscì — se si escludono gli effetti di ricaduta sulle forme di azione amministrativa del conquistato primato del principio di legalità ([51]) — a dar vita ad un indirizzo dogmatico alternativo a quello dominante.

Le notevoli intuizioni kelseniane del 1913 si ricollegheranno così — come vedremo fra un momento — quasi per linea esterna al travaglio dogmatico orientato dagli assunti teorici mayeriani e allo stesso principale prodotto amministrativo del lavoro scientifico della Scuola di Vienna — l'*Allgemeines Verwaltungsrecht* di Adolf Merkl — alle conclusioni, ancora una volta di grande momento, fissate da Kelsen in un saggio della fine degli anni '20 dall'emblematico titolo di *Justiz und Verwaltung* ([52]).

([50]) KAUFMANN, *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, cit., p. 711. Su questi temi per la dottrina italiana disponiamo del volume di M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981.

([51]) Quel principio di legalità che « macht das Gesetz zur Bedingung jeder einzelnen Verwaltungshandlung und damit der ganzen Verwaltung ». Così MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 167. Rinviamo comunque, per queste problematiche, al capitolo seguente.

([52]) KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, cit.

Ciò nonostante l'itinerario dogmatico percorso dalla nozione di atto amministrativo dall'indomani della pubblicazione del *Deutsches Verwaltungsrecht* non risulta privo di interesse o semplicemente ripetitivo delle conclusioni già fissate da Otto Mayer: anzi proprio questo itinerario esprime non solo l'egemonia del modello pubblicizzante e la sua capacità a tradursi in un largo spiegamento di concreto lavoro di costruzione giuridica, ma risulta anche particolarmente significativo delle contraddizioni intrinseche di quel modello e testimonia la crescente difficoltà di mantenere inalterato il disegno di un'amministrazione saldamente ancorata ai propri poteri imperativi e autoritari.

Due prospettive diverse si intrecciano a scandire i passaggi teorici delle elaborazioni dei giuristi: da una parte il problema della costruzione dogmatica dell'atto amministrativo, sospesa tra modelli giurisdizionali e modelli negoziali ([53]), alla ricerca di linee teoriche generali con le quali doppiare la più consolidata e sofisticata sistematica civilistica, dall'altra il problema d'inserire in schemi dogmatici ancorati alla monolitica unilateralità della manifestazione amministrativa quegli elementi convenzionali che l'esperienza giuridica introduceva nel sistema.

Ma, come è facile intuire, si tratta anche di due prospettive che offrono una miriade di possibili interconnessioni e che convivendo insieme all'interno di una stessa problematica teorica s'influenzano di continuo a vicenda.

In ultima analisi è forse la prima prospettiva che risulta più vincolata ad esigenze di classificazione e ad esercitazioni logico-dogmatiche: certo è che l'alternativa tra modello *urteilsähnlich* dell'atto e modello negoziale, riallacciandosi in buona sostanza a due indirizzi diversi, ma entrambi presenti nel sistema di Mayer ([54]),

---

([53]) Per una sintetica individuazione dei due modelli, cui accenniamo nel testo, GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., pp. 161-2. Nel senso che il modello della negozialità fosse dettato anche dalla ragione pratica di stabilire un sistema di invalidità degli atti amministrativi ancora GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, pp. 546-8.

([54]) Si tratta di un'alternativa che viene « risolta » affiancando alla definizione « generale » dell'atto amministrativo il costrutto del negozio

risulta alla fine poco selettiva e poco indicativa dell'esistenza di minori o maggiori propensioni ad aggiornare gli equilibri fissati tra autorità ed autonomia privata.

Ne è un esempio espressivo il caso di Karl Kormann il cui *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte* si pone in modo programmatico come contributo « zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts » ([55]) ed è senza dubbio, per complessità dogmatica e sistematicità, il frutto maturo di una giuspubblicistica ben consapevole della propria identità scientifica.

Anche in questo caso, tuttavia, la negozialità risulta fortemente indebolita da uno schema concettuale assai tributario della identificazione mayeriana tra pubblico e *Mehrwert*, per cui i suoi effetti si concentrano più nel predisporre un sistema compiuto d'invalidità degli atti amministrativi e schemi classificatorii che utilizzino i risultati della teoria generale del negozio giuridico di origine pandettistica, che non nel prospettare soluzioni alternative al problema delle forme giuridiche dell'azione amministrativa.

L'uso di terminologie proprie della teoria generale del diritto civile ed il riconoscimento dell'esistenza di « allgemeine rechtliche Kategorien » ([56]) portano certo ad addolcire alcuni unilateralismi eccessivi del progetto pubblicizzante e quindi a riconoscere l'esistenza di contratti amministrativi almeno tra pariordinate persone giuridiche pubbliche o tra privati titolari di situazioni di vantaggio e di doverosità a carattere pubblico ([57]), ma quando si tratta d'in-

---

giuridico di diritto pubblico (e dell'atto amministrativo a sottomissione), secondo la distinzione tradizionale tra *Entscheidungen* e *Verfügungen*.

([55]) KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, cit.; ID., *Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts*, cit. Qualche notizia biografica su Karl Kormann (1884-1914), allievo di Otto Mayer, caduto in combattimento, giovanissimo, nel primo anno di guerra, si può leggere nel breve necrologio di R. PILOTY, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 33 (1915), p. IX e nell'articolo di O. BÜHLER, *Karl Kormann und der 'Allgemeine Teil des öffentlichen Rechts'. Zum 20. Todestag von Karl Kormann 28. August 1914*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, XIV (1934), pp. 581 e ss.

([56]) KORMANN, *Grundzüge*, cit., pp. 116-7.

([57]) KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, cit., p. 30 e per una posizione comunque poco disponibile a riconoscere, anche in

serire elementi consensuali nei rapporti tra amministrazione e cittadino lo schema dogmatico rimane quello tradizionale dell'atto amministrativo a sottomissione ([58]).

E così, sull'altro versante, se è vero che all'interno dei modelli giurisdizionali della pubblica amministrazione emergerà — come vedremo — la notevole innovazione del procedimento amministrativo, questa non discende immediatamente da uno schema *urteilsähnlich* dell'atto, ma da un più ampio e complesso tentativo di sciogliere l'antitesi di *Justiz* e *Verwaltung* nell'unitaria funzione di *legis executio* e dalla possibilità di sfruttare specifiche e concrete eredità istituzionali ([59]).

Non è difficile concludere allora a questo punto che l'unica « vera » negozialità presente nel dibattito dogmatico emergeva dalle pagine del saggio kelseniano del 1913 dedicato all'*öffentliche Rechtsgeschäft* ([60]).

Conosciamo le incompiutezze della soluzione kelseniana ed anche la provvisorietà di un approdo destinato a notevoli modificazioni con l'introduzione della prospettiva dinamica e quindi sul piano delle realizzazioni dogmatiche non è possibile trarre conseguenze altrettanto nette rispetto a quelle deducibili a livello dei modelli teorici.

Si può però facilmente intuire che la novità dello schema negoziale poteva essere tale, arrivando a limare la specialità del diritto amministrativo ed il suo carattere d'imperatività e non limitarsi quindi a rappresentare una mera categoria classificatoria, solo all'interno di una prospettiva che aveva demolito il *Mehrwert* intimamente connesso alla pubblica amministrazione e ricondotto tutti i poteri privati o pubblici al momento unitario dell'attribuzione normativa.

---

questo caso, la presenza del contratto, MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. 2°, cit., pp. 430-31.

([58]) KORMANN, *Grundzüge*, cit., p. 116 e cfr. l'esame che di queste posizioni di Kormann fa lo stesso KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., pp. 225 e ss.

([59]) Lo vedremo nel terzo capitolo di questa sezione.

([60]) KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., spec. pp. 215 e ss.

Lo schema dogmatico della negozialità poteva cioè sortire compiutamente i suoi effetti, garantendo una maggiore attenzione al carattere di « attività » che contraddistingue i comportamenti della pubblica amministrazione e favorendo la predisposizione di strumenti consensuali per la realizzazione delle finalità pubbliche — e riproponendo quindi, sotto altre forme, quelle giurisdizionali per esempio, i problemi relativi al controllo e alla legalità amministrativa ([61]) — soltanto se alla base era venuto meno quel modello costituzionale che con l'autonomia dell'amministrazione individuava nella diseguaglianza « connaturale » al rapporto amministrativo un passaggio concettuale preliminare ad ogni costruzione dogmatica.

Tutto questo non riuscì tuttavia a concretizzarsi in un compiuto e alternativo lavoro sugli istituti giuridici e rimase quasi inespresso e non esplicitato nelle pur notevoli intuizioni di questo giovanile saggio kelseniano: la negozialità imboccò così i binari delle elaborate esercitazioni logico-dogmatiche, divenne il simbolo di un'ormai conclamata autonomia disciplinare della scienza del diritto amministrativo « finalmente » in grado di delineare, al pari delle scienze civilistiche, una propria teoria generale, ma non riuscì a coagulare un'alternativa costruttiva che offrisse qualcosa di più di una raggiera di sofisticati schemi classificatorii ([62]).

Da un altro punto di vista se la negozialità aveva rappresentato, sin dalle sistematiche di Otto Mayer, un canale attraverso il quale tener conto — senza compromettere la monoliticità del modello costituzionale del potere amministrativo — di quegli elementi consensuali pur necessari all'operatività e alla vitalità delle manifestazioni di volontà dell'autorità pubblica, alla lunga questa non riuscì più a rappresentare un filtro sufficiente a selezionare e a organizzare le « contraddittorie » commistioni tra imperatività ed autonomia privata offerte dall'esperienza giuridica: il confine tra autorità e consenso che neppure all'inizio del processo di forma-

([61]) Mentre — come vedremo nel capitolo seguente — l'affermazione del principio di legalità si svilupperà in stretta correlazione all'imperatività ed autoritarietà della manifestazione di volontà amministrativa.

([62]) Un sofisticato sistema di classificazione che proprio nel complesso lavoro dogmatico di Kormann trovava l'espressione più tangibile.

lizzazione era stato possibile delimitare con nettezza diveniva sul piano dell'azione amministrativa sempre più incerto (63).

Lo stesso itinerario dogmatico è un crescendo verso l'inserimento di fattispecie negoziali nella rigidezza programmata del mondo dell'autorità.

Già lo spazio dedicato al contratto di diritto pubblico nelle pagine di Kormann, anche se le conclusioni sono in realtà sostanzialmente negative, è significativo dell'importanza di un tema non più risolvibile con il semplice richiamo al dato « costituzionale » del *Mehrwert* dell'amministrazione: lo spostarsi del discorso verso il rapporto tra la legge e il contenuto negoziale (64) e la conseguente negazione dell'esistenza, nel diritto pubblico, di un principio paragonabile all'autonomia contrattuale del diritto privato (65), introducono nuove scansioni argomentative e aprono la strada a problematiche di tono garantista tutte più o meno riconducibili all'estrinsecazione pratica del principio di legalità.

Il problema dei rapporti tra consensualità e autorità si complica oltre il piano della costruzione delle forme giuridiche dell'attività amministrativa ed investe così non solo i modi di estrinsecazione del potere, ma anche gli strumentari giuridici predisposti per la giuridicizzazione ed il controllo del potere stesso.

L'adagio « wo kein Akt, da kein Rechtsschutz » (66) ci ricorda che l'atto era divenuto un istituto centrale del diritto amministrativo anche perché su di esso si era impiantato il sistema di giustizia amministrativa e si era delineata la tutela del cittadino nei confronti del potere pubblico.

Il problema della consensualità s'inserisce quindi in una prospettiva che coniuga insieme atto e Stato di diritto e che ci svela quell'intima contraddittorietà insita nel costrutto dell'atto ammini-

---

(63) Un fenomeno questo che corre parallelo al crescente intreccio tra Stato ed economia ed al progressivo dilatarsi dei compiti pubblici: tratteremo più direttamente questi problemi nella seconda parte del volume.

(64) KORMANN, *System*, cit., pp. 45 e ss.

(65) *Ibid.*, p. 47.

(66) Lo richiama BACHOF, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts*, cit., pp. 230 e ss., ma nel tentativo di sostituire, nel sistema amministrativo, la centralità dell'atto con la centralità del « rapporto ». Cfr. *retro* note 73 e 234 (prima sezione).

strativo che da una parte lo isola come massimo momento di concentrazione dell'autorità, dall'altra crea quella specialità in funzione di garanzia che ne fa uno strumento difficilmente rinunciabile nella tutela, nell'imparzialità, nella parità di trattamento.

Sono problemi e prospettive nuove, sconosciute alla sistematica mayeriana e che emergono nel momento in cui l'argomento dell'ineguaglianza giuridica tra *Herrscher* e *Untertan* risulta difficilmente sostenibile e la progressiva affermazione del principio di legalità ha ricondotto la stessa amministrazione a « Untertan des Gesetzes ».

A questo punto l'interrogativo « weshalb soll der Herrscher Staat an ein vertraglich gegebenes Versprechen dem Untertan gegenüber weniger gebunden sein? » ([67]) risulta in ultima analisi retorico e il vincolo contrattuale si pone legittimamente, superate le pregiudiziali « costituzionali », come forma giuridica possibile dell'azione amministrativa.

Proprio in questo momento, nelle pagine di chi come Fritz Fleiner, ancora una volta chiamato a rappresentare l'ala « moderata » del progetto pubblicizzante, era approdato a questi risultati teorici, il provvedimento rivive una nuova centralità, proponendosi in quanto « einseitiges Rechtsgeschäft » , dichiarazione unilaterale della volontà amministrativa come migliore garanzia dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, rispetto ad un contratto che, per il suo intrinseco carattere pazionato, si presenta come un pericolo per la « Rechtsgleichheit » ([68]).

E se il secondo motivo addotto da Fleiner per giustificare la presenza, necessariamente scarsa, del contratto nel diritto amministrativo — la più agevole revocabilità del provvedimento rispetto al vincolo contrattuale — rimanda a più consuete e tralatizie argomentazioni che fanno leva sulla « libertà » amministrativa, l'introduzione dell'argomento « imparzialità » fa del giurista svizzero una voce intermedia tra coloro che come Kormann consideravano il contratto di diritto pubblico ancora un'abnorme anomalia perché questa forma giuridica interveniva tra soggetti non pariordinati e

([67]) I passi riportati nel testo sono di FLEINER, *Institutionen*, cit., p. 211. Su Fleiner si rilegga *retro* la nota 2 (prima sezione).

([68]) *Ibid.*, p. 214.

chi, in tempi assai più recenti, esasperando gli elementi oggettivi del principio di legalità ha bandito l'*öffentliche Rechtsgeschäft* come costrutto incompatibile con lo Stato di diritto ([69]).

Certamente lo sbarramento concettuale a difesa dell'autorità si rafforza e se nella concretezza delle relazioni amministrative è sempre più difficile mantenere rigorosamente separati atto e contratto, autorità e consensualità, diritto pubblico e privato, si cerca anche di spingere questa crescente contraddittorietà offerta dalla esperienza giuridica verso i margini della costruzione dogmatica, in posizione sostanzialmente secondaria e non « pericolosa » per quel modello razionalistico della pubblica amministrazione come autorità che il crescere delle funzioni amministrative — particolarmente impetuoso dopo la guerra — e la crescente diversificazione delle forme di attività degli apparati pubblici stavano rapidamente incrinando.

Neppure lo scritto monografico più innovativo degli schemi tradizionali, quello di Willibald Apelt, dedicato sin dal titolo al *verwaltungsrechtliche Vertrag*, riesce a sottrarsi a questa prospettiva ([70]).

Certo l'aggiornamento dogmatico è notevole se trova difficoltà ad essere recepito da una dottrina dominante ancora ligia agli schemi concettuali e agli assiomi di Otto Mayer: comincia tuttavia

---

([69]) Ci riferiamo rispettivamente a KORMANN, *System*, cit., p. 32 e a Z. GIACOMETTI, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts (Allgemeines Verwaltungsrecht des Rechtsstaates)*, Bd. 1, Zürich, 1960, pp. 441 e ss. Sulla completa trasfigurazione, in Giacometti, della prospettiva *rechtsstaatlich* in una rigida interpretazione in senso oggettivo del principio di legalità (su cui torneremo anche nel capitolo seguente), si vedano anche le osservazioni di BACHOF, *Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen deutschen Verwaltungsrecht*, in *Staatsbürger und Staatsgewalt. Jubiläumsschrift zum 100jährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Karlsruhe, 1963, Bd. 2, pp. 3 e ss., ora anche in ID., *Wege zum Rechtsstaat*, cit., p. 253.

([70]) W. APELT, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Rechte*, Leipzig, 1920, Neudruck, Aalen, 1964. Notizie biografiche su Willibald Apelt (1877-1965), più volte ministro in Sassonia nel primo dopoguerra, in W. KOSCH, *Biographisches Staatshandbuch. Lexikon der Politik, Presse und Publizistik*, cit., p. 30 *ad vocem*.

a pesare una prassi amministrativa in cui sta crescendo il ricorso a strumenti consensuali e pattizi e resa evidente dal diffondersi di termini come « Vereinbarung », « Übereinkommen », « Verständigung » ([71]). L'« Abneigung » della giuspubblicistica nei confronti del contratto di diritto amministrativo non ha impedito quindi « seine Entwicklung im praktischen Rechtsleben » ([72]).

Il contratto di diritto pubblico, riappropriatosi dei fondamentali elementi concettuali del contratto di diritto privato e quindi ormai in senso pieno contratto obbligatorio ([73]), s'introduce così come negozio amministrativo bilaterale in una prima registrazione del diversificarsi delle forme di azione amministrativa, in uno schema che all'originario modello *urteilsähnlich* dell'atto deve affiancare non solo i negozi giuridici unilaterali — già presenti sotto la rubrica delle *Verfügungen* nel sistema di Otto Mayer —, ma anche il crescente contrattualizzarsi dell'attività amministrativa.

E le implicazioni dogmatiche non sono di poco conto e spaziano dall'individuazione di quel « dispositives Verwaltungsrecht » su cui fondare gli spazi più ampi richiesti dalla « volontà negoziale » della pubblica amministrazione al problema della « norma-base » che attribuisca valore vincolante al regolamento disposto dalle parti, tutte questioni ben note anche ai giuristi italiani approdati negli anni '60 alla categoria — in parte speculare rispetto a quella del *verwaltungsrechtliche Vertrag* — del contratto ad oggetto pubblico ([74]).

([71]) *Ibid.*, p. 4. E per una registrazione, in terra austriaca, dello sviluppo delle fattispecie consensuali cui accenniamo nel testo, cfr. M. LAYER, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrag*, Graz und Leipzig, 1916.

([72]) APELT, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., p. 11.

([73]) *Ibid.*, p. 57; e sul punto le osservazioni delo stesso APELT, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 84 (1959), pp. 259 e ss. Cfr. anche LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., p. 35.

([74]) Rinviamo ancora all'articolo di Apelt ed al volume di Ledda citati alla nota precedente. Parliamo di « specularità », nel testo, semplicemente per sottolineare il fatto che da una categoria pubblicistica di contratto — come è il costrutto tedesco dell'*öffentlichrechtliche Vertrag* — si è passati nella dottrina italiana ad un contratto privatistico ad oggetto pubblico. Per una classificazione delle varie categorie (contratto ad oggetto pubblico, contratto ad evidenza pubblica, etc.) rinviamo a GIANNINI, *Diritto*

Rimane tuttavia un'accessorietà di fondo in questo filone dogmatico, il quale non si pone in antitesi al modello dominante, ma si limita ad integrarlo con elementi consensuali e contrattuali non più eliminabili dal sistema.

Se con l'affermazione della possibilità di un contratto di diritto amministrativo vengono meno molti pregiudizi dogmatici e la monoliticità dell'universo autoritario s'incrina ulteriormente, riconoscendo all'interno dell'esercizio del potere forme consensuali non più strettamente complementari all'imperatività del comando amministrativo, ma ormai pienamente contrattuali, è anche vero però che l'innovazione amplia, ma non modifica il sistema, limitandosi ad inserire in uno schema teorico impiantato sul primato dell'autorità categorie nate dalla prassi e a quel sistema ricondotte in posizione intrinsecamente secondaria rispetto alla collocazione e alla funzione del provvedimento.

Il contratto di diritto amministrativo rappresenta cioè la valvola che il sistema od almeno i suoi giuristi più consapevoli costruiscono per arginare la pressione che sale da un'esperienza giuridica che pone in essere fattispecie consensuali e convenzionali, sia nei rapporti tra soggetti di diritto pubblico sia tra quest'ultimi ed i soggetti privati, difficilmente inseribili nello schema di Otto Mayer.

Le stesse fattispecie concrete che la categoria vuole formalizzare — contratti accessivi a concessioni di beni e pubblici servizi, accordi sulla manutenzione delle strade, accordi amichevoli in tema di espropriazione ed in tempi a noi più vicini le convenzioni urbanistiche ([75]) — denunciano l'accessorietà degli elementi con-

---

amministrativo, vol. 1, cit., pp. 677 e ss.; ID., *Il pubblico potere*, cit., pp. 117-19 (per uno scorcio sull'evoluzione dottrinale). Per un importante tentativo d'imbrigliare l'estendersi della contrattualità amministrativa nello schema dogmatico delle convenzioni pubblicistiche — in polemica diretta con la sino ad oggi « naturale » accessorietà che contraddistingue i rapporti convenzionali (privatistici) di fenomeni pubblicistici — cfr. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit. Mentre per la dottrina tedesca si veda in particolare la sintesi di H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 1983 (3. Aufl.), pp. 272 e ss.

([75]) APELT, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., pp. 111 e ss.; LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., pp. 108 e ss.

venzionali nei confronti della centralità dell'atto amministrativo: le grosse novità concettuali ed i notevoli problemi teorici posti dall'affermazione della *Gleichwertigkeit* di atto amministrativo e contratto proclamata dalla recente legge sul procedimento della Repubblica federale tedesca risultano perciò sensibilmente lontani da questi primi approdi teorici ([76]).

Nonostante questo la categoria del contratto amministrativo elaborata da Apelt venne posta prudentemente ai margini del sistema, non tanto demolita quanto depotenziata dei suoi pur deboli effetti « eversivi » e perciò utilizzata in modo prevalente per fattispecie consensuali relative a rapporti tra persone giuridiche di diritto pubblico ([77]).

L'itinerario dogmatico si snodava cioè ancora sui binari concettuali fissati nel *Deutsches Verwaltungsrecht*, costretto certo ad aggiornare quella centralità dell'*urteilsähnlicher Verwaltungsakt* ormai improbabile di fronte al crescere del tasso di consensualità, ma ancora legato a quelle costruzioni dogmatiche con le quali già Otto Mayer aveva inserito negli schemi originari l'accettazione del destinatario dell'atto.

È Walter Jellinek in particolare a lavorare in questa direzione, ad avvertire la scarsa articolazione delle forme giuridiche amministrative intorno al modello dell'atto costruito ad imitazione della sentenza civile: ma se ancora una volta ci troviamo di fronte ad un sintomo significativo dei sempre più fragili confini tra autorità e consenso, gli ingredienti dogmatici rimangono sempre quelli di Otto Mayer e ci si limita perciò a ricomporli in un modo

---

([76]) Sulla *Gleichwertigkeit* di atto amministrativo e contratto sancita — « soweit Rechtsvorschriften nicht entgegen stehen » — dal paragrafo 54 del *Verwaltungsverfahrensgesetz* tedesco (*VwVfG* del 25 maggio 1976), basti qui rinviare ad ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 392 e ss. (per una significativa classificazione dell'attività amministrativa svolta attraverso *Rechtsvereinbarungen*); BULL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 156 e ss., e per la dottrina italiana, FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., pp. 40 e ss., che proprio questa capacità del contratto pubblicistico di essere « modo di esplicazione dell'agire amministrativo » — e perciò frutto anch'esso di un procedimento amministrativo — recupera e sviluppa in sede dogmatica.

([77]) È lo stesso Apelt a rilevarlo nell'articolo del 1959 sopracitato.

più coerente al crescente diversificarsi delle forme d'azione amministrativa.

Il costrutto dello *zweiseitiger Verwaltungsakt*, inserito in posizione mediana tra atto amministrativo a sottomissione e contratto di diritto pubblico in uno scritto del 1925 ([78]) e parte integrante, nel volume del manuale di qualche anno più tardi ([79]), di una serie di atti senza dubbio più complessa di quella contenuta nel *Deutsches Verwaltungsrecht*, vede però sensibilmente ridotta la propria bilateralità in uno schema dogmatico del tutto analogo a quello del *Verwaltungsakt auf Unterwerfung*, salvo che per il consenso del destinatario dell'atto non più condizione di mera validità, ma ormai assurto a condizione di efficacia dell'atto stesso ([80]).

Gli aggiustamenti teorici possono quindi essere anche significativi, rilevanti sullo stesso piano concreto di applicazione degli istituti ([81]); la rigidezza dell'autorità si scioglie in modo progressivo e la volontà amministrativa ammorbidisce quella unilateralità all'origine così intimamente connessa all'affermazione del modello « costituzionale », ma si cerca anche di conservare inalterato l'orizzonte concettuale di partenza, di utilizzare gli stessi strumentari

---

([78]) W. JELLINEK, *Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung*, cit., un saggio apparso nel 1925, nello stesso anno dell'importante *Referat* tenuto da Walter Jellinek alla *VDStRL* sul tema: *Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte (Fortschritte, Rückschritte und Entwicklungstendenzen seit der Revolution)*, in *VVDStRL*, Heft 2, cit., pp. 8 e ss. Su Walter Jellinek si rilegga *retro* la nota 23 (prima sezione).

([79]) JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, cit., pp. 246 e ss. e per una critica al costrutto dogmatico dell'atto bilaterale, cfr. FLEINER, *Institutionen*, cit., p. 194.

([80]) E che si tratti di una posizione più ramificata di quella mayeriana lo dimostra il fatto che per Walter Jellinek « der urteilsähnliche Verwaltungsakt ist nur der höchstwertige von allen denkbaren Verwaltungsakten, ist nur eine Art von Verwaltungsakten unter vielen ». (*Ibid.*, p. 101). Al tempo stesso però il costrutto dell'« atto bilaterale » si dimostra innovazione relativa in quanto questo consiste pur sempre di « zwei ungleiche Hälften », una dichiarazione di volontà privata, analoga a quella civilistica, e di un atto amministrativo che conserva presunzione di legittimità e di validità. (*Ibid.*, p. 107).

([81]) *Ibid.*, p. 113: « die Regel ist der zweiseitige Verwaltungsakt, nicht der Verwaltungsakt auf Unterwerfung ».

giuridici originari per dare un minimo di elasticità ad un sistema da conservare nella sua immutabilità.

E non è del resto da sottovalutare il fatto che l'introduzione della distinzione tra atti amministrativi unilaterali e bilaterali serve anche per accantonare definitivamente quella distinzione tra atti negoziali e non negoziali, già presente *in nuce* nelle pagine di Otto Mayer, ma compiutamente elaborata da Karl Kormann ([82]), che poteva far imboccare alla scienza del diritto amministrativo quella strada dell'« autonomia negoziale » dell'amministrazione « pericolosa » per un principio di legalità che si veniva costruendo in rigida connessione con la specialità amministrativa e con la parallela valorizzazione del carattere « necessariamente » autoritario dell'azione degli apparati pubblici ([83]).

Comunque sia un minimo di ricaduta sul modello teorico sussiste se è proprio Walter Jellinek ad abbandonare la rigida contrapposizione tra impero e gestione, tra *öffentliche* e *fiskalische Verwaltung*, tra i due contrapposti universi giuridici dell'autorità e del consenso, per una distinzione che si arricchisce della « schlichte Hoheitsverwaltung » in cui il « pubblico » si stempera oltre i confini dell'« impero » in una funzione genericamente « sociale » intermedia tra atto e contratto ([84]).

In questo caso l'individuazione di un'attività amministrativa che si dispiega oltre i confini della *obrigkeitliche Verwaltung* ed in cui l'amministrazione conserva la sua natura pubblicistica pur

---

([82]) KORMANN, *System*, cit., pp. 15 e ss. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 259; ID., *Intervento* alla discussione sui *Berichte* di M. LAYER-E. von HIPPEL, *Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentliche Gerichte*, in *VVDStRL*, Heft 5, Berlin und Leipzig, 1929, pp. 207 e ss.

([83]) Ci sembra emblematico il volume di GIACOMETTI, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, cit., spec. pp. 110 e ss., che porta alle estreme conseguenze il processo cui accenniamo nel testo.

([84]) W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, cit., pp. 20 e ss. E sul « complicarsi » delle categorie individuative dell'amministrazione con la « Umorientierung der Staatszwecke » e l'espansione della « wohlfahrtsstaatliche Verwaltung » nel passaggio tra i due secoli, cfr. BADURA, *Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates*, cit., pp. 37 e ss.; BULL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 15; MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel*, cit., p. 62 (per l'esame di una tipologia introdotta da Walter Jellinek nella terza edizione del manuale).

rinunciando ai caratteri dell'*imperium* è già in certo qual modo oltre il problema delle forme giuridiche dell'azione amministrativa e rappresenta un significativo segnale dell'impossibilità di mantenere inalterato un disegno generale dell'amministrazione basato sulla sola attività autoritativa. Rappresenta perciò una tappa importante nel rendere giuridicamente visibili una serie di compiti amministrativi non contemplati dal sistema di Otto Mayer ([85]), ma è più in generale la dimostrazione di un vistoso disagio teorico nei confronti di un'attività amministrativa di prestazione la cui crescita porta con sé l'ampliarsi e il complicarsi delle funzioni degli apparati pubblici.

La contraddittorietà tra autorità e consenso, tra pubblico e privato non è infatti più comprimibile all'interno del modello pubblicizzante.

Il lungo, tortuoso lavorio dogmatico necessario per salvare il principio di supremazia dell'amministrazione di fronte agli spazi crescenti occupati dagli elementi consensuali e dal loro penetrare all'interno dell'imperatività del potere non riesce più, a questo punto, a salvare il modello.

E non si tratta certo di debolezza nella capacità costruttiva o di scarsa fantasia dogmatica, perché su questo piano gli « allievi » di Otto Mayer avevano invece dimostrato una notevole abilità teorica.

In effetti, è saltato il punto di discrimine tra autorità e consenso, tra pubblico e privato: l'atto amministrativo in quanto tale non riesce più ad esprimere una forma sintetica dell'attività del « pubblico » e la realtà amministrativa sfugge da ogni parte ai tentativi d'imbrigliarla e di ridurla in una produzione di una serie di atti.

Sono i mutamenti strutturali che accelerano il diversificarsi delle forme d'azione e che rendono « inattuale » il disegno progettato alla fine dell'Ottocento: il modello *urteilsähnlich* dell'atto, il provvedimento imperativo costruito ad immagine e somiglianza della sentenza civile, non vengono meno perché condannati dalla definitiva emersione di quel contraddittorio intreccio tra diritto e

---

([85]) BADURA, *Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung*, cit., p. 626.

potere che era stato alla base di quel modello, ma perché non sono più in grado di porsi come forme giuridiche centrali dello « Stato amministrativo » ([86]).

Le intuizioni di Kelsen a questo proposito risultano ancora una volta decisive e forse mai come in questo momento proiettate verso il futuro e tanto avanti rispetto alle soluzioni teoriche di chi come Adolf Merkl, all'interno della stessa Scuola di Vienna, si era venuto sempre più dedicando al diritto amministrativo ([87]).

L'approdo alla distinzione tra amministrazione diretta e indiretta, già fissata nel 1923 nelle pagine de *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*, recepita nella *Allgemeine Staatslehre*, ma definitivamente consolidata in *Justiz und Verwaltung* del 1929 ([88]), non offre infatti al lettore soltanto una nuova chiave interpretativa, non si limita ad integrare tralatizi strumenti definitorii con quella generica consapevolezza dell'aumento dei compiti

---

([86]) Lo vedremo con maggiore chiarezza nella seconda parte del lavoro alla quale rinviamo anche per i necessari riferimenti istituzionali: in questa prospettiva il diversificarsi delle *Handlungsformen* acquisterà immediati referenti strutturali, abbandonando una mera dimensione teorico-dogmatica, per calarsi nel groviglio determinato dall'aumento impetuoso dei compiti pubblici, dall'emergere delle tematiche organizzative, dall'ampliarsi dei servizi e delle prestazioni amministrative.

([87]) Anche se la distinzione tra amministrazione diretta e indiretta è puntualmente recepita nel manuale — MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 295 e ss. —, non si riesce tuttavia ad elaborare intorno al concetto di *unmittelbare Verwaltung* una dogmatica amministrativa funzionale allo sviluppo dei compiti « diretti » degli apparati pubblici. L'osservazione di Kelsen — *Justiz und Verwaltung*, cit., p. 132: « poiché la dottrina giuridica tradizionale non riconosce questa distinzione (quella tra amministrazione diretta e indiretta), 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 » — implicitamente riguardava lo stesso Merkl, ancora legato nell'*Allgemeines Verwaltungsrecht* (ma, come vedremo nel terzo capitolo di questa sezione, non senza rilevanti innovazioni) ad un contrasto « tradizionale » tra *Justiz* e *Verwaltung*.

([88]) KELSEN, *Die Lehre von den drei Gewalten*, cit., pp. 96 e ss.; ID., *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 238 e ss.; ID., *Justiz und Verwaltung*, cit., pp. 123 e ss.

dell'amministrazione, presente fra i giuristi per il solo fatto di lavorare con la *Verwaltungsgesetzgebung* del legislatore del primo dopoguerra ([89]), ma è già qualcosa di più definitivo e quasi di conclusivo di un'esperienza iniziata nelle pagine del *Deutsches Verwaltungsrecht* di Mayer.

Vedremo meglio nelle prossime pagine le implicazioni relative all'itinerario dei modelli giurisdizionali della pubblica amministrazione, di cui certo una componente importante era rappresentata già dallo schema *urteilsähnlich* dell'atto amministrativo mayeriano, ma che troverà il proprio completo spiegamento nell'*Allgemeines Verwaltungsrecht* di Adolf Merkl ([90]).

E se quell'itinerario può essere ricostruito come un progressivo scioglimento della specialità amministrativa ed insieme della originarietà del potere in una completa giuridicizzazione dell'amministrazione, Kelsen, che di quell'itinerario era stato protagonista fondamentale, scopre nel crogiolo intensissimo degli anni '20, una nuova centralità e quindi anche una nuova specialità, ormai oltre la costruzione dinamica e la riduzione dell'azione amministrativa ad attività di creazione di norme, ormai oltre la prospettiva *urteilsähnlich* ([91]).

([89]) Significative le rassegne di MERKL, *Die Verwaltungsgesetzgebung der österreichischen Republik*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, XII (1924), pp. 162 e ss.; e con lo stesso titolo, *ibid.*, XV (1927), pp. 104 e ss.; ID., *Österreichisches Recht. Verwaltungsrecht*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, hrsg. von F. Stier-Somlo und A. Elster, Bd. 4, Berlin, 1927, pp. 326 e ss.

([90]) Cfr. *infra* il terzo capitolo di questa sezione.

([91]) KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, cit., p. 156: « 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 sistematica 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 ». ID., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, 1934, p. 81: « diese unmittelbare Verwaltung ist in der Tat von der Gerichtsbarkeit wesenverschieden... ». E per una parziale anticipazione della categoria già nei *Hauptprobleme* si

L'esigenza di concettualizzare l'amministrazione attraverso l'atto, i problemi posti dalla costruzione giuridica della volontà amministrativa appartengono ad una dogmatica ormai vecchia, ottocentesca, decisiva certo se ha portato a superare, con la completa giuridicizzazione del potere amministrativo, la distinzione tradizionale tra giustizia e amministrazione e se può avere degli effetti istituzionali rilevanti, a partire dall'eliminazione dell'« assurdo dualismo e (del)la concorrenza assai pericolosa tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa » ([92]), ma ormai compiutamente realizzata in quella dinamica che, all'interno dell'ordinamento giuridico, muovendosi dalla norma generale all'atto individuale, unifica sotto « il punto di vista formale » giurisdizione e amministrazione nella funzione di *legis executio* e nella creazione delle norme giuridiche individuali ([93]).

Qui l'itinerario è già concluso, è pienamente realizzato nell'identificazione di *Justiz* e *Verwaltung*, nella piena giuridicizzazione dell'autorità pubblica, nell'unificazione dell'imperatività degli atti dello Stato, dei modi « eteronomi » di produzione normativa nei processi di legittimazione dell'ordinamento.

L'atto amministrativo costruito sulla base della sentenza è un pezzetto di questa storia, di questo itinerario, è un momento di un processo che porta a riunire concettualmente giurisdizione e amministrazione statale indiretta, ancora vincolate allo schema « accertamento della fattispecie-sanzione » e quindi ad un modello statale come ordinamento coercitivo.

---

veda (*ivi*, pp. 189 e ss.) la distinzione tra « Rechtssatz im engeren und dem Rechtssatz im weiteren Sinne » che aveva lo scopo — come rivela lo stesso Kelsen nella *Vorrede* alla seconda edizione dell'opera (*ibid.*, p. XI) — di esprimere « die unleugbare Tatsache, dass der Staat nicht nur strafen und exequieren, dass er auch für Arme sorgen, Bahnen betreiben, Briefe befördern, etc. kann ».

([92]) KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, cit., p. 156.

([93]) *Ibid.*, p. 155. Sullo *Stufenbau* oltre alle indicazioni fornite *retro* nota 161 (prima sezione), cfr. R. WALTER, *Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre*, Graz, 1964; T. ÖHLINGER, *Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte*, Wien, 1975; W. KRAWIETZ, *Die Lehre vom Stufenbau des Rechts. Eine säkularisierte politische Theologie?*, in *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, cit., pp. 255 e ss.

La definitiva sostituzione operata da Merkl della distinzione tra atti negoziali e non negoziali con quella di « bloss vollziehende » e « zugleich rechterzeugende, rechtsetzende Verwaltungsakte » [94] ha una sua compiutezza sotto « il punto di vista formale », traduce puntualmente nel campo amministrativo il modello dello *Stufenbau*, fa confluire atto e sentenza nelle stesse forme giuridiche, ma travolge anche quella negozialità cui Kelsen, già nel 1913, aveva affidato processi di giuridicizzazione del potere amministrativo che conservassero integra la natura di « attività » ineliminabile dal concetto stesso di amministrazione.

Riemerge cioè insopprimibile un « punto di vista materiale » [95] che, basandosi sui diversi modi — diretto e indiretto — con cui realizzare i fini perseguiti con l'apparato statale, ci consegna un'amministrazione che si risolve compiutamente in attività, in prestazione, in realizzazione concreta di finalità, un'amministrazione diretta appunto, non più riducibile alla dimensione autoritativa ed in piena concorrenza con i soggetti privati.

Non crediamo di forzare troppo il testo kelseniano se andiamo un attimo oltre le righe: se lo Stato amministrativo è in primo luogo uno Stato ad amministrazione diretta, l'atto amministrativo non può essere più allora la forma giuridica principale del *Verwaltungsstaat*. Il rapporto tra imperatività e consensualità, tra atto e contratto, si riapre, ma non più nell'ideologica contrapposizione tra due universi giuridici, tra i due mondi del pubblico e del privato, ma, riconquistata l'unità dell'ordinamento e la razionalità dell'attribuzione normativa, nel combinarsi di strumenti consensuali e autoritari, nella storica duplicità degli statuti dell'amministrazione.

Certo, fallita la pubblicizzazione, si riaprono anche tutti i problemi connessi al venir meno della centralità dell'atto, dal controllo alla legalità sino al sistema giurisdizionale [96].

---

[94] MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 175. E su questi modelli tipologici merkeliani di atto amministrativo, cfr. le osservazioni di FUNK, *Der verfahrensfreie Verwaltungsakt. Die 'faktische Amtshandlung' in Praxis und Lehre. Eine Integration von Ordnungsvorstellungen auf dem Gebiete des Verwaltungsaktes*, Wien und New York, 1975, pp. 30 e ss.

[95] KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, cit., p. 155.

[96] Vedremo nella seconda parte del lavoro i principali nodi teorici

Ma era proprio Kelsen il primo a rendersi conto che la « scoperta » dell'amministrazione diretta avrebbe richiesto « una nuova sistematica giuridica » ([97]).

2. *Nuovi equilibri costituzionali e aggiornamenti dogmatici: la legalità amministrativa.*

Chi ha presente il capitolo della prima edizione della *Reine Rechtslehre* dedicato alla struttura gerarchica dell'ordinamento giuridico ([98]) può forse ritenere che il principio di legalità abbia, nell'orizzonte teorico della Scuola di Vienna, un valore prevalentemente formale, rappresenti cioè un elemento pregnante, certo, della costruzione di un sistema giuridico espresso nella sua « normatività » e colto nella dinamica del suo svolgersi, ma che in fondo esprima più un dato di teoria generale e un passaggio significativo di un'analisi strutturale del diritto ([99]) che un vero e proprio principio costituzionale.

E senza dubbio il concetto stesso di legalità possiede una notevole componente razionalistica ([100]) e anche quando viene applicato all'ordinamento della pubblica amministrazione conserva un carattere indelebile di razionale e uniforme organizzazione degli « uffici » che di per sé non rappresenta uno specifico modello costituzionale o che può almeno convivere con una pluralità di modelli costituzionali.

---

che le prepotenti trasformazioni strutturali dello Stato e degli apparati pubblici immettono nella « tradizionale » sistematica amministrativa. Rinviamo pertanto, per lo sviluppo delle argomentazioni che svolgiamo nel testo, alle pp. 306 e ss. Assai vicine a questa prospettiva le osservazioni conclusive di CAPPELLINI, *Privato e pubblico (diritto intermedio)*, cit., pp. 686-87.

([97]) KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, cit., p. 156.

([98]) KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, cit., pp. 62 e ss.

([99]) BOBBIO, *Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen*, in ID., *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 206.

([100]) Basterebbe citare le classiche pagine di WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, trad. ital. a cura di P. Rossi, *Economia e società*, Milano,1961, vol. I, pp. 208 e ss.

Anche solo rimanendo sul piano delle proclamazioni normative non è privo di significato il fatto che già l'articolo 11 dello *Staatsgrundgesetz* austriaco del 1867, che pure conteneva soltanto ben delimitate deroghe alla centralità del principio monarchico ([101]), stabilisca che solo « auf Grund der Gesetze Verordnungen zu erlassen und Befehle zu erteilen (sind) », oppure che il famoso e kelseniano ([102]) articolo 18 della costituzione della repubblica austriaca del 1920 — « die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden » — possa comparire, nello stesso tenore letterale, anche nell'articolo 9 della « ständisch-autoritäre Verfassung » del 1934 ([103]).

Lo stesso ordinamento nazista non solo si basava — almeno secondo Ernst Fraenkel ([104]) — sull'interconnessione di « Stato discrezionale » e di « Stato normativo », ma, per bocca dei suoi giuristi più rappresentativi, non esitava a proclamare anche nel cuore di quello « Stato discrezionale » teorizzato senza infingimenti, nell'ordinamento amministrativo, la coesistenza di *Führerprinzip* e di *Gesetzmässigkeit*, di rotture « discrezionali » della

---

([101]) Cfr. W. BRAUNEDER-G. LACHMAYER, *Österreichische Verfassungsgeschichte*, 3. Aufl., Wien, 1983, pp. 154 e ss., per un esame di quella *Dezemberverfassung* che consisteva in realtà di un insieme di leggi costituzionali non particolarmente innovative, se la Camera dei rappresentanti è più vicina ad una « Ständische Länderkammer » che ad una moderna Camera dei deputati e se la *Regierung* continua ad essere semplicemente « Rat der Krone ».

([102]) Vi torneremo nelle pagine immediatamente seguenti. Per la « paternità » della Scuola di Vienna nella redazione dell'articolo 18, cfr. G. SCHMITZ, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung*, Wien, 1981, p. 99, per il quale « die endgültige Fassung des Legalitätsprinzips geht auf eine Anregung Kelsens zurück ». In generale sull'elaborazione della costituzione del 1920 si può vedere A. ABLEITINGER, *Grundlegung der Verfassung*, in *Österreich 1918-1938. Geschichte der ersten Republik*, hrsg. von E. Weinzerl und K. Skalnik, Graz, 1983, Bd. 1, pp. 147 e ss.

([103]) Basti rinviare a MERKL, *Die ständisch-autoritäre Verfassung Österreichs. Ein kritisch-systematischer Grundriss*, Wien, 1935, pp. 21-22.

([104]) E. FRAENKEL, *The Dual State*, New York, 1941 (1ª ed. tedesca *Der Doppelstaat*, Frankfurt am Main-Köln, 1974), trad. ital. a cura di P.P. Portinaro, *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, Torino, 1983.

legalità e della conservata indispensabilità della norma per la vita dell'amministrazione ([105]).

E si potrebbe ricordare anche la frequente descrizione in termini di « Stato di diritto » che i giuristi italiani dettero, durante il ventennio, del regime fascista ([106]).

Ma non occorre allontanarsi troppo dalle fonti ora citate per vedere anche che proprio la legalità amministrativa costituiva il principale oggetto polemico dei primi amministrativisti del nazionalsocialismo — non a caso chiamati a ricoprire cattedre di « Verwaltung » al posto di quelle tradizionali di « Verwaltungsrecht » ([107]) — subito pronti ad inneggiare alla rinnovata dignità di una burocrazia finalmente sottratta ai tentativi « nach gesetzmässiger Bindung der Verwaltungsarbeit » che nel primo dopoguerra avevano ridotto indegnamente i *Verwaltungsbeamte* a « blosse Vollzugsorgane » ([108]).

Il principio di legalità vive dunque di questa intrinseca ambivalenza: esprime da una parte un preciso modello costituzionale ed un ordinamento dei poteri dello Stato fondato sulla centralità della legge e del Parlamento, dall'altra possiede un carattere eminentemente formale potendosi limitare a fungere da momento concettuale indispensabile per una conoscenza « giuridica » dell'ordinamento, senza tuttavia tradursi in una necessaria gerarchia tra i poteri ed esprimendo così un principio costituzionalmente neutro e tanto « elastico » da essere soddisfatto anche da norme gene-

---

([105]) Si veda l'emblematica voce di Arnold Köttgen, un giurista che incontreremo più volte nella seconda parte del lavoro: *Deutsche Verwaltung*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1936, p. 36.

([106]) Cfr. G. TREVES, *Considerazioni sullo Stato di diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, IV (1959), pp. 399 e ss.; L. PALADIN, *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enc. del dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 900; L. ORNAGHI, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Milano, 1984, pp. 85 e ss.

([107]) Per il momento basti rinviare a STOLLEIS, *Die 'Wiederbelebung der Verwaltungslehre' im Nationalsozialismus*, in *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, cit., pp. 147 e ss.; MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel*, cit., pp. 99. Si veda comunque il terzo capitolo della seconda parte del volume.

([108]) KÖTTGEN, *Deutsche Verwaltung*, cit., p. 4.

riche attributive di competenza e che può convivere addirittura con la presenza di estesi poteri discrezionali ([109]).

E si tratta per di più di un'ambivalenza lucidamente teorizzata, proprio nel periodo di cui ci stiamo occupando, sia dalla dottrina francese che approda, con Carré de Malberg, alla distinzione tra « État de droit » ed « État légal » ([110]) sia dalla stessa Scuola di Vienna che con Adolf Merkl conia quel binomio di « Rechtmässigkeit » e di « Gesetzmässigkeit » che vuol tener conto appunto di quella duplicità di profili « rechtstheoretisch » e « rechtspolitisch » ([111]) celata sotto l'espressione unitaria che il termine « legalità » conserva nella lingua italiana.

La lucida, consapevole distinzione di Adolf Merkl dimostra come entrambi i profili della legalità fossero ben presenti nell'itinerario teorico-dogmatico della Scuola di Vienna, mossosi da quegli scritti dell'inizio del secondo decennio del secolo, che ben conosciamo ([112]), e nei quali con estrema chiarezza primato del Parlamento ed esecutività dell'azione amministrativa sintetizzavano sia un'evidente materialità costituzionale sia le premesse concettuali per una lettura « formal-juristisch » dei poteri dello Stato, ed approdato a quella costruzione a gradi in cui i problemi della « creazione » e della « applicazione » del diritto sfumavano in linee di teoria generale tendenzialmente valide per l'interpreta-

---

([109]) Cfr. le osservazioni che abbiamo svolto sull'approdo della scienza amministrativistica italiana, nella prima metà degli anni venti, al principio generale di legalità amministrativa, in *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., pp. 457 e ss.

([110]) CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, vol. I, Paris, 1920 (citiamo dalla riproduzione anastatica, Paris, 1962), pp. 488 e ss.; ID., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, cit., pp. 51-53. Per un inquadramento di questa distinzione di Carré de Malberg nella realtà costituzionale della Terza Repubblica francese, cfr. GALIZIA, *Il « positivisme juridique » di Raymond Carré de Malberg*, cit., pp. 465 e ss.

([111]) MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 162-3 e per una recente ripresa della distinzione: ANTONIOLLI-KOJA, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 207 e ss.

([112]) Cfr. *retro* il capitolo terzo della prima sezione.

zione di ogni ordinamento giuridico e depurate da immediati risvolti costituzionali ([113]).

Non si deve dimenticare, tuttavia, che proprio a metà di questo itinerario il decisivo contributo offerto da Hans Kelsen alla redazione della costituzione della repubblica austriaca del 1920 convogliava ancora in un'unica direzione processi normativi e indirizzi teorici nelle linee di una costituzione programmaticamente « assembleare » ([114]), scandita da una chiara affermazione del principio di *Totalvorbehalt* per l'azione amministrativa e dalla predisposizione di un compiuto sistema di costituzionalità delle leggi, di cui Kelsen fu non solo ideatore, ma anche impegnato operatore giuridico ([115]).

Le pagine della *Reine Rechtslehre* vanno cioè lette, certo, come esempio significativo di una rappresentazione teorica del diritto ancorata ad una precisa delimitazione tra giuridico e sociologico ([116]), tra normativo e fattuale, tra diritto e politica, destinata a durissime critiche nel corso degli anni '20 e la cui « purezza » rischiò più volte di essere travolta dal tumultuare delle tensioni del primo dopoguerra ([117]); ma vanno anche lette consi-

([113]) Per una prima individuazione della categoria generale della *Rechtsanwendung*, cfr. MERKL, *Das Recht im Lichte seiner Anwendung* (Sonderabdruck aus der *Deutschen Richterzeitung*, Hannover, 1917, Heft 7/8) ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., Bd. I, pp. 1167 e ss.; e, per una sistemazione definitiva, KELSEN, *Die Lehre von den drei Gewalten*, cit., pp. 87 e ss.; ID., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, cit., pp. 82-83.

([114]) C. MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, 1973, pp. 191 e ss.

([115]) METALL, *Hans Kelsen*, cit., pp. 47 e ss.; e come completamento del lavoro di Schmitz (citato alla nota 102) cfr. R. WALTER, *Die Entstehung des Bundesverfassungsgesetzes 1920 in der konstituierenden Nationalversammlung*, Wien, 1984.

([116]) Secondo una distinzione metodologica già fissata nella celebre conferenza tenuta da Kelsen nell'inverno 1911 presso la facoltà di sociologia dell'Università di Vienna: *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tübingen, 1911, trad. ital. a cura di G. Calabrò, *Tra scienza del diritto e sociologia*, Napoli, 1974.

([117]) Si vedano per tutti le critiche di H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, LV (1926), pp. 289 e ss.; ID., *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Proble-*

derando che quella teoria generale non solo era innervata da un preciso sistema costituzionale e amministrativo e da un'appassionata teoria della democrazia ([118]), ma anche da un impegno legislativo che poteva tranquillamente essere opposto ai critici delle « astrazioni » della Scuola di Vienna per dimostrare che proprio quel modello teorico aveva permesso di « portare a termine anche una concreta dose di lavoro creativo » ([119]).

Il principio di legalità non si stempera allora nelle diafane connotazioni del concetto di *Rechtsanwendung*, la cui generalizzazione costituì un presupposto fondamentale dell'intera costruzione dinamica ([120]), ma recupera una precisa pregnanza costituzionale e amministrativa che ne fa pertanto non solo un profilo definitorio e di coerenza interna del modello teorico, ma una sintesi espressiva di un lavoro concreto sugli istituti, il segno di rilevanti aggiornamenti dogmatici.

---

matik der Gegenwart, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 55 (1929), pp. 321 e ss., ora in ID., *Gesammelte Schriften*, hrsg. von M. Drath e altri, Bd. 2, *Recht, Staat, Macht*, Leiden, 1971, rispettiv. pp. 5 e ss.; pp. 251 e ss. Per l'esame delle contrapposizioni della *Staatslehre* weimariana oltre ai lavori già citati (*retro* nota 18 - prima sezione), cfr. W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatstheoretische Diskussion in der Weimarer Republik*, Baden-Baden, 1983 (1ª ed. 1968); W. BAUER, *Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie. Zur Politologie des Methodenstreits der Staatsrechtslehrer*, Berlin, 1968; J. BLAU, *Sozialdemokratische Staatslehre in der Weimarer Republik. Darstellung und Untersuchung der staatstheoretischen Konzeptionen von Hermann Heller, Ernst Fraenkel und Otto Kirchheimer*, Marburg, 1980; *Der Soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*, hrsg. von C. Müller und I. Staff, Baden-Baden, 1984.

([118]) Rinviamo al primo capitolo della terza parte del volume.

([119]) KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, cit., p. 252: un « lavoro creativo » di cui senza dubbio l'introduzione della *Staatsgerichtsbarkeit* rappresentava una tappa significativa.

([120]) Una generalizzazione comunque incomprensibile senza lo sviluppo parallelo del concetto di *Rechtserzeugung* il cui intreccio con la *Rechtsanwendung* diventa elemento ricorrente e caratterizzante dello *Stufenbau*. Cfr. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, cit., p. 82: « die meisten Rechtsakte sind zugleich Akte der Rechtserzeugung und Akte der Rechtsvollziehung. Mit jedem dieser Rechtsakte wird eine Norm höherer Stufe vollzogen und eine Norm tieferer Stufe erzeugt ».

La legalità diventa perciò nell'itinerario della Scuola di Vienna una tappa concettuale decisiva, orientata da un modello costituzionale che in un primo momento indirizza la propria *Ideologiekritik* ([121]) contro una *Staatslehre* saldamente ancorata al principio monarchico e rigidamente restia a registrare il peso crescente che l'assemblea legislativa acquisisce negli stessi equilibri istituzionali del *Reich* ([122]), e che in seguito, nelle forti contrapposizioni degli anni '20, non esiterà a difendere la centralità del Parlamento contro le spinte ricorrenti intese a spostare l'asse costituzionale verso i poteri presidenziali d'ordinanza nella pericolosa riscoperta di un *pouvoir neutre*, mistificante copertura dei tentativi di rinverdire intorno al *Reichspräsident* e ai « suoi » apparati burocratici principio monarchico e unità del popolo tedesco in una ricerca della « vera » volontà dello Stato ([123]).

E all'ombra di questo modello costituzionale, appassionato difensore della centralità del Parlamento sin dalle pagine dei *Hauptprobleme*, la legalità offre una potente leva dogmatica da utilizzare come concreto strumento di eversione dei *Machtreservate* della pubblica amministrazione, diventa il momento esponenziale di un apparato concettuale rivoluzionato nei suoi assetti abituali.

Nelle pagine dei *Hauptprobleme* la critica della teoria « tradi-

---

([121]) E. TOPITSCH, *Hans Kelsen als Ideologiekritiker*, in *Law, State and international Legal Order*, cit., pp. 329 e ss.; *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, hrsg. von W. Krawietz, E. Topitsch, P. Koller (*Rechtstheorie*, Beiheft 4), Berlin, 1982.

([122]) Una critica che Kelsen aveva iniziato a sviluppare sin dalle pagine dei *Hauptprobleme*. Sulla crescente importanza del *Reichstag* parallelamente all'acquisita centralità dello strumento legislativo in un sistema costituzionale come quello guglielmino che pur non prevedeva l'istituto della fiducia parlamentare, cfr. MUSSGNUG, *Die rechtlichen und pragmatischen Beziehungen zwischen Regierung, Parlament und Verwaltung*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 3, cit., pp. 109 e ss.

([123]) Ci riferiamo in particolare allo scritto di Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931, trad. ital., *Il custode della costituzione*, cit. Kelsen interverrà nel dibattito con il già citato *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*. Una ricostruzione del contrasto Kelsen-Schmitt, in P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il « custode della costituzione »*, in *Storia e politica*, XVI (1977), pp. 514 e ss. Si veda comunque anche il secondo capitolo della terza parte.

zionale » del procedimento legislativo aveva avuto come bersaglio privilegiato Georg Jellinek, la cui tesi della legge, che come perfetto *Staatswille* è solo « Wille des Souveräns, des Monarchen », era stata progressivamente smontata nella dimostrazione dell'irrilevanza giuridica del principio monarchico e del suo esclusivo contenuto politico ([124]).

Il principio di legalità svolge sul piano amministrativo, in perfetto parallelismo, la stessa funzione di liberazione degli istituti giuridici dalla pressante tutela del *monarchisches Prinzip* e dai vistosi residui *polizeistaatlich* che il « metodo giuridico » di Otto Mayer aveva confermato nella delineazione di quella *Ordnung* dell'amministrazione che doveva essere caratterizzata da precisi segni di « specialità ».

La critica alla « libertà » dell'amministrazione, la dissoluzione degli armamentari mitologici costruiti dai giuristi intorno alla volontà dello Stato, il recupero dell'« esecutività » dell'azione amministrativa, che avevano animato un disegno fondato sull'unità dell'ordinamento e sul rifiuto degli aspetti ideologici connessi alla dicotomia pubblico-privato, penetrano e sconvolgono gli equilibri dogmatici degli istituti, si dispiegano compiutamente nella realizzazione concreta del modello teorico.

Il superamento del principio costituzionale di autonomia dell'amministrazione, traduzione puntuale, sul piano dei rapporti tra i poteri, di un principio monarchico che confina l'assemblea ad un ruolo secondario di « collaborazione » ed assegna agli apparati burocratici una « eigene Kraft » legittimata in via preliminare da una costruzione che pone il potere amministrativo all'origine dei processi di giuridicizzazione che lo riguardano, avviene così in concreto attraverso la demolizione del nodo teorico costruito da Otto Mayer sull'intreccio di « Vorbehalt » e « Vorrang des Gesetzes » ([125]).

([124]) KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., pp. 412 e ss.; G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Freiburg, 1887, Neudruck, Aalen, 1964, p. 314: « in der auf dem monarchischen Prinzipe ruhenden constitutionellen Monarchie in Deutschland und Österreich ist das Gesetz als perfekter Staatswille nur Wille des Souveräns ».

([125]) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., pp. 72 e ss.

La negazione dell'originarietà dell'ordinamento della pubblica amministrazione ha come prima sostanziosa conseguenza il completo riassetto dei rapporti tra legge e amministrazione: il decisivo capitolo dei *Hauptprobleme* dedicato al potere esecutivo rappresenta perciò l'inizio di un processo di revisione concettuale interamente sviluppato nelle sue innumerevoli implicazioni teoriche in *Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates* del 1923/24 ed applicato alle puntuali esigenze della dogmatica amministrativa nell'*Allgemeines Verwaltungsrecht* di Adolf Merkl del 1927 ([126]).

L'oggetto polemico è ancora una volta il modello teorico consegnato alle pagine del *Deutsches Verwaltungsrecht* alla fine dell'Ottocento, ma straordinariamente resistente alle trasformazioni costituzionali ed ancora vitale nelle sintesi degli amministrativisti tedeschi anche in pieno periodo weimariano ([127]).

Cfr. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, Berlin, 1958, pp. 321 e ss.; HUEBER, *Otto Mayer*, cit., pp. 84 e ss.

([126]) KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., pp. 491 e ss.; ID., *Die Lehre von den drei Gewalten*, cit., pp. 79 e ss.; MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit.

([127]) Particolarmente emblematico delle sintesi weimariane è lo scritto di THOMA, *Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmässigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung*, in *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Bd. 2, cit., pp. 221 e ss.

Non si vuol dire naturalmente con questo che la scienza giuridica si attarda in periodo weimariano su concettuologie proprie della monarchia costituzionale ed è evidente che con l'avvento della Repubblica la dialettica costituzionale non è più scandita dal rapporto conflittuale tra *Monarchische Exekutivgewalt* e *Volksvertretung*. In giuristi come Thoma primato del Parlamento e della legge rappresentano approdi costituzionali indiscutibili e sono per di più, nello scritto sopracitato, strettamente intrecciati a preoccupate apprensioni per le sorti dello Stato di diritto e del *Parteienstaat*. Ciò nonostante le costruzioni dogmatiche amministrative rimangono inalterate e non modificate dal rinnovamento costituzionale: si vedano in particolare (cfr. spec. p. 223) le posizioni « tradizionali » sostenute in tema di potestà regolamentare, norme di organizzazione, rapporti di sudditanza speciale. Sul mancato adeguamento delle costruzioni concettuali e della sistematica amministrativa di fronte alla nuova dimensione costituzionale inaugurata

La rete tesa da Otto Mayer con l'intersecarsi dei principii di « Vorrang » e « Vorbehalt des Gesetzes » fissa infatti le novità e i limiti di un modello di Stato di diritto che ha dominato la scienza tedesca del diritto amministrativo sino all'avvento del nazismo, ripreso poi nel secondo dopoguerra e soltanto in tempi a noi assai più vicini, dalla fine degli anni '50, sostanzialmente innovato, con la definitiva diffusione dei principii costituzionali del *Grundgesetz* sullo stesso terreno amministrativo, da un rinnovamento teorico originato dagli scritti di Ernst-Wolfgang Böckenförde ed Otto Bachof ([128]).

I limiti intrinseci del processo di giuridicizzazione del potere amministrativo, di cui lo stesso *Deutsches Verwaltungsrecht* rappresentava una tappa significativa, emergono così con evidenza: il grandioso processo di *Justizmässigkeit* dell'amministrazione, che avrebbe dovuto completare il quadro dello Stato di diritto con l'estensione di un ordine giuridico anche nei travagliati confini tra diritto e potere pubblico, da realizzare attraverso il « nuovo » strumento dell'atto amministrativo elaborato sul modello della sentenza del diritto civile, si arresta improvvisamente di fronte alla ribadita, radicale diversità di funzioni di *Justiz* e *Verwaltung*, diversità che proprio nel rapporto con la legge trova il principale elemento di sintesi, la fondamentale nota espressiva.

Di fronte alla « unentbehrliche Grundlage » che la legge offre all'attività giurisdizionale, il terreno amministrativo risulta ancora fortemente conteso tra spinte contrapposte alla giuridicizzazione del potere e alla « libertà » dal diritto ([129]).

Certo, anche in questo campo la legge ha esteso la propria imperatività: il « Vorrang des Gesetzes » interpreta appunto il

---

dalla rivoluzione del novembre 1918, cfr. JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, cit., pp. 6-7; MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel*, cit., pp. 65 e ss.

([128]) Ci riferiamo al volume di Böckenförde citato alla nota 125 e agli scritti già richiamati *retro* nota 163 (prima sezione). Nettissimo il giudizio di BACHOF, *Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen deutschen Verwaltungsrecht*, cit., p. 248: « es ist auffällig, wie spät erst dieses ganze System von der deutschen Lehre in seiner dogmatischen Tragfähigkeit angezweifelt und auf seine Vereinbarkeit mit den veränderten verfassungsrechtlichen Grundlagen des demokratischen und sozialen Rechtsstaats untersucht worden ist ».

([129]) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 74.

lento consolidarsi nel corso dell'Ottocento del primato della legge tra le forme di espressione della sovranità, tra le manifestazioni della volontà dello Stato ([130]).

E la legge rappresenta la forma giuridica nella quale si esprime la *Mitwirkung* della rappresentanza popolare; ma non si creda che per questo l'amministrazione si apra a registrare il progressivo assestarsi degli equilibri tra i poteri verso un maggior peso della assemblea o che lo « Stato di diritto » si ammanti di valori costituzionali.

Basterebbe ricordare l'uso frequente, da Gerber a Laband sino a Georg Jellinek, della personalità giuridica dello Stato come passaggio concettuale essenziale per depotenziare il ruolo della assemblea nel procedimento legislativo ([131]) e per ricondurre, tramite il sovrano, la manifestazione di volontà della rappresentanza popolare a « volontà dello Stato », per mettere in guardia il lettore da una troppo affrettata « costituzionalizzazione » di questo conquistato « primato » della legge.

Ma è lo stesso Mayer ad evitare eventuali equivoci e a precisare che la possibilità di ricondurre l'attività amministrativa « unter das Gesetz » segna certo una scansione decisiva nella classificazione dei « tipi ideali » degli assetti giuridici dell'amministrazione, tanto da fissare, con la distinzione tra « gesetzgebende und vollziehende Gewalt », il passaggio dallo Stato di polizia allo Stato di diritto ([132]), ma così poco significativa sul piano costituzionale, che le relazioni tra *Staatsoberhaupt* e *Volksvertretung* risultano del tutto irrilevanti all'affermazione del primato della legge tra le manifestazioni della volontà dello Stato ed in definitiva indifferenti sul piano amministrativo ([133]).

E l'affermazione — è forse inutile sottolinearlo — conferma non solo la possibilità che il principio di legalità esprima una rag-

---

([130]) Su questo processo si veda per tutti il volume di Böckenförde citato alla nota 125.

([131]) Cfr. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, cit., pp. 272 e ss.; pp. 348 e ss.

([132]) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 67.

([133]) *Ibid.*, p. 61: è infatti « gleichgültig » sapere « welche Machtverhältnisse zwischen Staatsoberhaupt und Volksvertretung hinter dieser Gesetzesform standen ».

giera di opzioni ideologiche e di modelli costituzionali anche assai distanti dal primato, forse per noi troppo intuitivo e familiare, della *volonté générale*, ma ci ricorda anche che la legalità amministrativa reca indelebili i segni di un processo di razionalizzazione, e perciò di giuridicizzazione, dell'agire degli apparati pubblici strettamente connesso ai fenomeni di concentrazione del potere che contraddistinguono la stessa formazione dello Stato moderno.

Si tratta di una continuità con le istruzioni del principe ai propri *commissarii* ([134]) che non dovrebbe risultare troppo estranea ai giuristi italiani, abituati a maneggiare, fino a non molti anni fa, quella distinzione tra « norme di relazione » e « norme d'azione » che proprio quella continuità perpetuava in un costrutto teorico che voleva interpretare precisi equilibri tra le giurisdizioni e parallelamente determinate scansioni tra le situazioni soggettive del cittadino nei confronti del potere amministrativo ([135]).

Questo già precario primato della legge risulta per di più sostanzialmente indebolito dal suo necessario combinarsi con il parallelo principio di « Vorbehalt des Gesetzes ».

L'imperatività della legge nei confronti dell'ordinamento amministrativo viene infatti drasticamente ridotta da una gerarchia tra i poteri che si realizza in concreto soltanto « für gewisse besonders wichtige Gegenstände »: l'autonomia dell'amministrazione conferma la sua durezza di principio costituzionale e la « libertà » amministrativa accetta di essere « limitata » dalla legge soltanto nei casi più evidenti di conflitto con la libertà individuale ([136]).

L'intervento della legge nella regolamentazione del potere esecutivo si presenta perciò sempre come un'esclusione del suo « selbständiges Vorgehen », come intervento accessorio ed esterno ad

---

([134]) Sulla figura del *Commissarius* basti rinviare al celebre saggio di O. HINTZE, *Der Commissarius und seine Bedeutung in der allgemeinen Verwaltungsgeschichte*, in *Historische Aufsätze*, 1910, pp. 493 e ss., trad. ital. a cura di P. Schiera, *Il commissario e la sua importanza nella storia generale dell'amministrazione: uno studio comparato*, in HINTZE, *Stato e società*, Bologna, 1980, pp. 1 e ss.

([135]) Cfr. per tutti E. GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1943, pp. 31-32.

([136]) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 74 e si rilegga il passo riportato *retro* nota 53 (prima sezione).

una libertà degli apparati già pienamente tradotta in potere, « an sich frei » ed attiva « aus eigner Kraft » (137).

L'istituto della riserva di legge detta così i limiti intrinseci del principio di legalità delineato nel sistema di Otto Mayer, esprime con tutta evidenza l'immagine di un « costituzionalismo primitivo » (138) che riduce il rapporto tra Stato e cittadino alla protezione di una serie di situazioni soggettive rigidamente circoscritte alla libertà e alla proprietà della sfera individuale.

Evidenti appaiono le scarse potenzialità garantiste dell'istituto della riserva che si conferma, in funzione degli equilibri della monarchia costituzionale, semplice « criterio di ripartizione di competenze tra rappresentanza popolare ed esecutivo monarchico » (139).

Il successivo, completo assorbimento della riserva nelle pieghe più ampie del principio di legalità — chiarissimo in alcune pagine di Adolf Merkl (140) — discenderà così « naturalmente » dalla trasformazione degli assetti costituzionali e dall'insostenibilità teorica del modello che Otto Mayer aveva elaborato su « die selbständige, rechtschöpferische Kraft der Verwaltung » (141).

Nel sistema di Mayer la legge rimane una forma giuridica di manifestazione della volontà dello Stato « concorrente » con le altre

---

(137) *Ibid.*, p. 74.

(138) HELLER, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, cit., p. 111, secondo il quale la dottrina dominante appartiene al « Gedankenkreis eines höchst primitiven Konstitutionalismus ».

(139) FOIS, *La « riserva di legge ». Lineamenti storici e problemi attuali*, cit., p. 83. Si delinea cioè una resistenza degli apparati amministrativi alla penetrazione del dato legislativo che anche quando non si traduce — come in Erich Kaufmann (*retro*, capitolo secondo, prima sezione) nelle linee puntuali di un « Vorbehalt der Verwaltung » costruito in preciso parallelismo con il « Vorbehalt des Gesetzes », marchia la specialità del diritto amministrativo e diventa elemento determinante di istituti che spaziano dalla potestà regolamentare ai poteri di organizzazione sino ai rapporti di sudditanza speciale.

(140) MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 164 e ss.

(141) *Ibid.*, p. 101. In generale sullo scioglimento del principio di riserva di legge in quello di legalità cfr. V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, ora in ID., *Legge e attività amministrativa nella programmazione economica*, Milano, 1975, pp. 7-10; K. VOGEL, *Gesetzgeber und Verwaltung*, in *VVDStRL*, Heft 24, Berlin, 1966, pp. 156 e ss.

espressioni dello *Staatswille*, non è ancora divenuta « die oberste, alle andere Staatstätigkeit determinierende, von der Volkslegislative gesetzte Rechtsnorm » ([142]).

Ma nella direzione di questa definizione del concetto di legge nella costituzione del Reich cui Hermann Heller approdava in una celebre relazione tenuta di fronte alla *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* nel 1927, proprio Hans Kelsen si era mosso con largo anticipo e nella generale ostilità della dottrina dominante — e tale questa era rimasta anche in periodo weimariano — aveva passato al setaccio della sua critica un altro classico simbolo della precarietà dei rapporti tra legge e amministrazione, tra legislativo ed esecutivo: la distinzione tra legge in senso formale e legge in senso materiale ([143]).

È vero che sul punto le pagine dei *Hauptprobleme* risultano fortemente ancorate alla prospettiva « statica » e alla definizione della legislazione come attività non statale, per cui la critica alla teoria tradizionale si sviluppa lungo binari poi abbandonati con la « scoperta » delle norme individuali e la generalizzazione del concetto di *Rechtssetzung*, nel 1911 ancora rigidamente identificato con la legge.

Ma se la costruzione dinamica offrirà una trama concettuale più adatta a render conto della struttura normativa di un'organizzazione statuale fondata su una costituzione rigida ([144]) — ed infatti utilizzata, sia pur nella durissima polemica contro il vuoto « formalismo » kelseniano, « esecutore testamentario della Scuola di La-

---

([142]) HELLER, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, cit., p. 116. Per l'esame della figura di Hermann Heller (1891-1933. Notizie biografiche in *Neue deutsche Biographie*, Bd. 8, Berlin, 1969, pp. 477-79 nella voce redatta da P. Graf von Kielmansegg), negli ultimi anni particolarmente viva negli interessi della letteratura, rinviamo ai saggi indicati *retro* nota 117. Sul rapporto conflittuale con Kelsen si vedano le osservazioni di S. L. PAULSON, *Zu Hermann Hellers Kritik an der Reinen Rechtslehre*, in *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller*, cit., pp. 679 e ss.; C. MÜLLER, *Kritische Bemerkungen zur Auseinandersetzung Hermann Hellers mit Hans Kelsen*, *ibidem*, pp. 693 e ss.

([143]) KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., pp. 537 e ss.; ID., *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn*, cit., pp. 1533 e ss.

([144]) BOBBIO, *Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen*, cit., p. 206.

band », dallo stesso Hermann Heller ([145]) — identica rimane l'ispirazione di fondo nel 1911 come nel 1923 » ([146]).

La critica alla « libertà » dell'amministrazione si muove cioè in entrambi i casi ancora contro quel « costituzionalismo primitivo » che attraverso la distinzione tra legge formale e materiale non si era limitato a predisporre categorie che registrassero in qualche modo la crescente varietà e complessità delle forme di manifestazione della volontà dello Stato, ma aveva perpetuato — o meglio sintetizzato — anche spazi di autonomia dell'amministrazione che isolassero il potere amministrativo dai processi generali di legittimazione della dinamica istituzionale ([147]).

([145]) HELLER, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, cit., p. 133. Ma Kelsen non ha difficoltà a dimostrare nella discussione sulla relazione di Heller che senza i presupposti teorici elaborati dalla Scuola di Vienna sin dalle pagine dei *Hauptprobleme*, « sein (di Heller) ganzes heutiges Referat gar nicht möglich gewesen wäre » (*VVDStRL*, Heft 4, cit., p. 180). Si veda anche la replica di Heller, *ibid.*, pp. 201 e ss.

([146]) KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., pp. 537 e ss.; KELSEN, *Die Lehre von den drei Gewalten*, cit., pp. 94-6.

([147]) Lucida l'osservazione di CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation*, cit., pp. 10-11, secondo il quale « Kelsen, suivi de Merkl, renverse toute cette tradition », una tradizione che attraverso la distinzione tra legge formale e materiale e tra *Rechts-* e *Verwaltungsverordnungen*, aveva espresso « la conception étroite qui, en confermant la notion de droit dans la définition étroite de règle applicable aux particuliers, et cela pour des raisons d'ordre politique et non d'ordre logique, aboutissait à identifier le droit avec les lois matérielles ».

L'approdo alla costruzione dinamica e la « scoperta » che « die ganze Rechtsordnung ist nur ein Rechtserzeugungsprozess » (*Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 235), costringono però Kelsen a rispolverare la nozione di legge in senso formale per definire quell'atto di creazione di norme generali che a differenza di altri atti consimili esistenti nell'ordinamento (il regolamento su tutti), è emanato direttamente dal « legislatore in senso formale » (*Die Lehre von den drei Gewalten*, cit., pp. 91-92, lo stesso testo viene poi riportato in *Allgemeine Staatslehre*, p. 235).

Per Carré de Malberg (*Confrontation*, cit., p. 37) « Kelsen fait, en réalité, revivre la doctrine de Laband »: agli occhi del giurista transalpino la *Stufentheorie* diventa allora incompatibile con l'ordinamento costituzionale francese della Terza Repubblica che non identifica « la loi avec les règles générales », ma con un atto definito « par la qualité de son auteur et la forme de son adoption » e quindi diretta espressione di una « inéga-

Potestà regolamentare e natura giuridica delle norme di organizzazione offrono a questo proposito un significativo ed ulteriore banco di prova dell'alternatività dei modelli in gioco ed un'eloquente testimonianza delle implicazioni connesse all'estendersi del principio di legalità all'azione amministrativa nel suo complesso.

La nozione di *Gesetz im materiellen Sinn* permette infatti di conservare, anche nello Stato costituzionale, una funzione di legislazione materiale sottratta all'ordinario procedimento legislativo ed affidata direttamente al monarca ed ai suoi apparati burocratici che mantengono pertanto un potere di statuire norme e doveri giuridici parallelo al potere legislativo « formale » ([148]).

L'argomentazione di Kelsen risulta particolarmente complessa e come sempre ricca sia d'implicazioni teoriche sia costituzionali.

La preoccupazione « logico-giuridica » che la divisione del concetto di « legge » incrini l'unitarietà dello *Staatswille* è rilevante e la rigida identificazione tra legge e *Rechtssetzung* e la netta contrapposizione tra ordinamento giuridico e amministrazione — che di quell'ordinamento è esclusivamente esecuzione — discendono anche dall'aver individuato nel potere legislativo — come abbiamo visto, con precisi risvolti costituzionali — la fonte esclusiva della volontà dello Stato ([149]).

---

lité de puissance des organes » scandita da un rigido primato dell'organo parlamentare.

È però evidente che se Kelsen è costretto a mantenere la distinzione tradizionale, non è per un rigurgito di labandismo, per conservare all'esecutivo un potere di legislazione materiale concorrenziale con la legislazione formale della *Volksvertretung* (in questo caso la contraddizione con lo scritto kelseniano del 1913 sarebbe macroscopica), ma per esprimere la complessità di un ordinamento in cui si intrecciano norme generali e norme individuali, ma sempre e soltanto attraverso i canali di legittimazione offerti dalla struttura gerarchica dello *Stufenbau*.

([148]) KELSEN, *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn*, cit., pp. 1534-35.

([149]) KELSEN, *Hautprobleme*, cit., pp. 549 e ss. e p. 555: il fatto che « die Gesetzgebung als die einzige und ausschliessliche Quelle des Staatswillens betrachtet werden muss, hat seinen Grund in der Notwendigkeit eines einheitlichen Staatswillens ». Cfr. anche ID., *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn*, cit., pp. 1539-40.

Si tratta di soluzioni teoriche che spariranno con l'approdo alla costruzione dinamica ed il combinarsi di « creazione » ed « applicazione » del diritto nei vari gradi dello *Stufenbau*: la necessità logica di un « einheitilicher Staatswille » verrà allora assunta dalla norma fondamentale, dalla costituzione in senso logico-giuridico, elemento teorico unificante di un ordinamento giuridico « complicato » dall'intrecciarsi di norme generali e individuali ([150]).

Le preoccupazioni *rechtstheoretisch* sono comunque già nel 1911 immediatamente collegate alla dimensione costituzionale e gli iniziali timori verso la « Wiedererstarkung des monarchischen Prinzipes » ci reimmettono in una significativa contrapposizione tra i poteri ed in una lettura che sfrutta gli appigli normativi dello *Staatsgrundgesetz* austriaco del 1867 per affermare con chiarezza « den Primat der Legislative » ([151]).

Gli approcci « formal-juristisch » s'intrecciano agli aggiornamenti costituzionali ed il modello teorico fondato sulla dissoluzione

---

([150]) KELSEN, *Die Lehre von den drei Gewalten*, cit., p. 109: « 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 ». Sui problemi di teoria generale scaturiti dall'individuazione del concetto di *Grundnorm* basti qui rinviare a R. WALTER, *Kelsens Rechtslehre im Spiegel rechtsphilosophischer Diskussion in Österreich*, cit., spec. p. 339; ID., *Su alcuni problemi di teoria del diritto alla luce della Allgemeine Theorie der Normen di Kelsen*, in *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, cit., pp. 155-57; BEHREND, *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkls und Hans Kelsens*, cit., pp. 64 e ss.

Per gli aspetti più « costituzionalistici » della teoria si veda invece MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, pp. 31 e ss. per una critica che, pur approdando a risultati assai diversi da quelli kelseniani, si muove anch'essa « nel tentativo di individuare ' un principio primo dell'organizzazione statale ' » (COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 310). Cfr. anche GIOVANNELLI, *Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen*, cit., pp. 96-99, per una lettura che insiste sui limiti che una visione esclusivamente normativistica ed ancorata al principio di gerarchia tra i poteri dimostra sul piano di una completa ricostruzione della dinamica costituzionale e del complesso gioco tra organi e funzioni che caratterizza lo Stato moderno.

([151]) KELSEN, *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn*, cit., p. 1542.

della « realtà » dello Stato rivoluziona i tradizionali assetti dogmatici: il venir meno del modello antropomorfico ed il definitivo scioglimento dello *Staatswille* dalla consueta analogia tra la persona fisica dell'uomo e quella giuridica dello Stato, enfatizza il ruolo delle *Zurechnungsregeln* attraverso le quali determinate azioni possono essere imputate alla personalità giuridica statuale.

La sottoposizione dello Stato all'ordinamento ha così l'effetto immediato di proiettare sul piano costituzionale la centralità della funzione legislativa.

Il modello fondato sulla contrapposizione netta tra *Wollen* e *Handeln*, tra legislativo ed esecutivo (amministrazione) non si esaurisce quindi in una diversa descrizione del potere pubblico, nello spostamento dell'esigenza logico-formale dell'unità dell'ordinamento dalla « realtà » dello Stato all'unicità e all'esclusività della legislazione come « Quelle des Staatswillens » — ed in seguito, con l'approdo alla costruzione dinamica e la relativizzazione di quel contrasto, all'individuazione della norma fondamentale —, ma incide direttamente sul gioco delle titolarità e dell'esercizio dei poteri ([152]).

Oltre il rinnovamento definitorio, oltre lo smantellamento della tradizionale articolazione del discorso giuspubblicistico, demolita dalla graffiante *Ideologiekritik* kelseniana, riaffiora la materialità del conflitto tra i poteri dello Stato e ritorna in primo piano la stessa costruzione di un'amministrazione di garanzia.

La « naturalezza » con la quale si arriva all'affermazione del principio che « jede Verordnung nur eine ' Ausführungs 'verordnung ist » ([153]) non deve far dimenticare che fino a quel momento la potestà regolamentare era stata considerata una prerogativa esclusiva dell'amministrazione.

([152]) KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. 555. E per una prima individuazione, negli scritti di Kelsen, del concetto di *Grundnorm*, cfr. *Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 32 (1914), pp. 202 e ss. e spec. p. 217: « diese letzten Endes als oberste vorausgesetzte Norm ist dann gleichsam der archimedische Punkt, von dem aus die Welt der juristischen Erkenntnis in Bewegung gesetzt wird ».

([153]) KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. 556.

Il principio di legalità, anche in questo caso, non esprime soltanto il presupposto logico-formale per una trattazione « giuridica » delle funzioni dello Stato, ma orienta anche precisi e concreti processi giuridici.

La riconduzione della potestà regolamentare alla necessità di un'attribuzione normativa tronca di netto la consueta identificazione di questa potestà nel potere discrezionale, con la quale — sin da una famosa voce enciclopedica di Rudolf von Gneist ([154]) — si erano ambiguamente mescolati giuridicizzazione ed autonomia dell'amministrazione in una costruzione giuridica particolarmente espressiva di un modello costituzionale saldamente ancorato alla rigida autonomia dell'ordinamento amministrativo.

Il superamento dell'antitesi tra *Verwaltung* e *Verfassung* ([155]), l'appannarsi di un'immagine che vede l'amministrazione come potere che si legittima nella sua stessa effettività e che come tale può essere solo « limitato », ma non risolto compiutamente nel diritto, non sostituiscono ad una precedente sintesi « realistica » un ideale, ma impossibile modello di descrizione giuridica, non realizzano la definitiva trasfigurazione « formalistica » dei modelli ottocenteschi.

Il fondamento della potestà regolamentare è problema che attiene ad istituti concreti e l'alternativa tra l'individuarlo nella sola discrezionalità amministrativa o nell'attribuzione normativa è prima di tutto alternativa tra diversi modelli costituzionali, è scelta precisa nel conflitto tra i poteri.

La necessità che il regolamento si fondi su « eine gesetzliche Ermächtigung » conserva alla *Verordnung* la natura « garantistica »

([154]) GNEIST, *Verordnungsrecht*, in *Rechtslexikon*, hrsg. von F. von Holtzendorff, dritte Auflage, dritter Band, zweite Hälfte, Leipzig, 1881, pp. 1059 e ss.; cfr. anche BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, cit., p. 166.

([155]) Un'antitesi che naturalmente non esclude, anzi legittima il fatto che l'amministrazione rappresenti « una delle costituzioni dello Stato » (BERTI, *Diritto e Stato*, cit., p. 191) specialmente se quel concetto di *Verfassung* si identifica, polemicamente, negli organi chiamati ad esprimere la *volonté générale*. Emblematico a questo proposito il capitolo « Die Negation des Rechtsstaates in dem Staatswesen Frankreichs » nel volume di GNEIST, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, cit., (pp. 158 e ss. della ristampa Darmstadt, 1958).

— ancora un esempio di « specialità-garanzia » — di strumento fondamentale di successiva concretizzazione delle norme giuridiche, di ulteriore « Mediatisierung der gesetzmässigen Verwaltung » ([156]), di riduzione degli spazi discrezionali degli apparati, ma riconduce anche alla razionalità dell'autorizzazione legislativa una forma giuridica che è in primo luogo espressione del momento autoritativo, esercizio di un potere di comando in via generale e astratta, concorrente con la legislazione « formale » ([157]).

Con la negazione della *selbständige Verordnungsgewalt* del monarca ([158]) cadeva dunque un simbolo particolarmente emblematico della « monarchistische Befangenheit der deutschen Staatsrechtslehre » ([159]).

Così, parallelamente, la riconosciuta insostenibilità teorica della distinzione tradizionale tra *Rechts-* e *Verwaltungsverordnungen* ([160]) — altro luogo concreto di sviluppo della critica alla « libertà » dell'amministrazione — non rappresenta una « formalistica » estensione del giuridico ai processi di espressione del potere, ma costituisce una precisa sottrazione delle potestà organizzative alla rigida autonomia degli apparati pubblici ([161]).

([156]) MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., rispett. p. 181 e p. 179.

([157]) Su questi problemi si veda E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967.

([158]) KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. 558.

([159]) MERKL, *Die monarchistische Befangenheit der deutschen Staatsrechtslehre*, in *Schweizerische Juristenzeitung*, XVI (1919-20), pp. 378 e ss., per il quale la giuspubblicistica tedesca, non solo nel caso di Laband, ma anche di Georg Jellinek e di Otto Mayer, era stata per lungo tempo « eine Gefangene der monarchischen Idee » (p. 379).

([160]) KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. 558 e ss.; KELSEN, *Die Lehre von den drei Gewalten*, cit., p. 96: « 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 dello *stato*, sicché essendo *solo* stato, non sono diritto! (come se l'apparato *statale* fosse cosa diversa da un sistema di norme giuridiche) ». Ed infine MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 121 e ss.

([161]) Per un approdo simile nella giuspubblicistica italiana, cfr. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo. Legge e ordinanza (decreti e regolamenti)*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* diretto da V.E. Orlando, vol. 3°,

Non si tratta quindi soltanto di riconquistare alla costruzione « formal-juristisch », ad una razionale, coerente logicità definitoria un altro settore di confine tra potere e diritto, ma prima di tutto di far giustizia di una concezione che limita la legge ed il giuridico alle norme che vincolano il suddito e considera invece come « Nichtrechtssätze » ([162]) le disposizioni relative allo « Stato » ed ai suoi organi.

Anche in questo caso la dissoluzione della « realtà » dello Stato trascina con sé l'armamentario concettuale che nasconde dietro la finzione antropomorfica precise soluzioni del problema della titolarità dei poteri: il riconoscimento della necessaria natura giuridica dei regolamenti amministrativi non si esaurisce in un'inversione delle definizioni tradizionali, ma rompe l'esclusiva attribuzione al monarca della *Organisationsgewalt*, apre la problematica dell'organizzazione e dei rapporti interorganici al diritto ([163]) e quindi reimmette una gelosa potestà amministrativa nell'ordinamento e nelle necessarie autorizzazioni legislative.

Il principio di legalità si conferma così strumento concettuale necessario per una completa lettura giuridica dei rapporti tra i poteri dello Stato, ma anche elemento irrinunciabile di un'amministrazione di garanzia, mezzo fondamentale di eversione dei *Machtreservate* dell'amministrazione e di liberazione degli istituti amministrativi dalla imbarazzante commistione col principio monarchico.

Milano, 1901, pp. 132 e ss., mentre ancora nel 1912 Oreste Ranelletti - *Principii di diritto amministrativo*, vol. I, *Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912, pp. 276-77, ribadisce la natura « amministrativa » delle norme di organizzazione e l'esistenza di una potestà regolamentare scissa dall'attribuzione normativa (*ibid.*, p. 309). Cfr. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., pp. 384 e ss.; pp. 445 e ss.; A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, vol. I, *Stato-persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, 1986, pp. 221-22.

([162]) HELLER, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, cit., p. 111.

([163]) In generale sul problema della trasformazione della funzione di organizzazione in Austria e Germania si veda M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, pp. 15 e ss.

E proprio perché indirizzato contro quel modello teorico mayeriano che sulla « specialità » dei rapporti tra legge e amministrazione aveva costruito anche una netta contrapposizione tra *Justiz* e *Verwaltung*, il principio di legalità risulta decisivo per la ridefinizione dello stesso concetto di discrezionalità ed in ultima analisi essenziale allo scioglimento di quella contrapposizione in un'unitaria funzione di *legis executio*.

Vedremo meglio nelle prossime pagine le novità e le continuità che caratterizzarono il compiersi del processo di *Justizmässigkeit* dell'amministrazione, il ridelinearsi dell'imperatività dell'azione amministrativa in una ricostruzione unitaria dell'ordinamento in cui la completa giuridicizzazione del potere amministrativo si dispone non più secondo la classica dicotomia pubblico-privato, ma secondo quella tra eteronomia ed autonomia come modi diversi di creazione delle norme individuali ([164]).

Il modello giurisdizionale dell'amministrazione diventerà così un capitolo del rinnovamento teorico collegato con l'approdo alla costruzione dinamica e la legalità amministrativa un punto particolare di un combinarsi tra creazione ed esecuzione del diritto che si ripete, con diversi equilibri, nei vari « gradi » di realizzazione dell'ordinamento.

Anche in questo sfumare verso immagini che si allontanano dalle peculiarità del potere amministrativo per processi descrittivi che abbracciano la globalità del giuridico, la legalità conserva tuttavia un'importante funzione di antidoto alla « specialità » amministrativa — almeno nel senso di riduzione delle sacche di « privilegio » conservate, nel sistema di Otto Mayer, da un'amministrazione che esprime « autonomamente », come potere, una porzione della « realtà » dello Stato —, rimane elemento sintetico di una amministrazione di garanzia.

La definitiva collocazione della « Verwaltung im Stufenbau der Rechtsordnung », cui è dedicato un capitolo centrale dell'*Allgemeines Verwaltungsrecht* di Merkl ([165]), sanziona il congiungersi delle considerazioni *rechtstheoretisch* e *rechtspolitisch*, condensa i frutti concettuali di una critica nata — come sappiamo —

([164]) Rinviamo pertanto a quanto diremo nel prossimo capitolo.

([165]) MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 157 e ss.

nelle pagine dei *Hauptprobleme* e gli esiti di una *Verfassungspolitik* ([166]) che fra gli altri risultati proprio la costituzionalizzazione del principio di legalità aveva al suo attivo.

« In seiner radikalsten Fassung bedeutet der Grundsatz der gesetzmässigen Verwaltung, dass die gesamte Verwaltung nur auf Grund von Gesetzen ausgeübt werden kann » ([167]): e l'articolo 18 della costituzione del 1° ottobre 1920 aveva codificato appunto questa declinazione « radicalissima » del principio di legalità, trasfigurando i più prudenti principii della *Dezemberverfassung* nelle linee di un *Totalvorbehalt* dalla quasi illimitata capacità estensiva ed in base al quale la legge era ormai divenuta la condizione « jeder einzelnen Verwaltungshandlung und damit der ganzen Verwaltung » ([168]).

Giurista e *Verfassungspolitiker* avevano riunificato le proprie due anime nel principio dell'articolo 18; aggiornamenti dogmatici e nuovi equilibri politici si sintetizzavano in una gerar-

---

([166]) MERKL, *Hans Kelsen als Verfassungspolitiker*, in *Juristische Blätter*, LX (1931), pp. 385-88. Si veda anche ÖHLINGER, *Der Stufenbau der Rechtsordnung*, cit., spec. pp. 29-32, per un'analisi della *Stufentheorie* come « Gegenmodell » rispetto all'interpretazione classica della divisione dei poteri: un modello fondato su quella « Hierarchie » che ha come postulato fondamentale « die totale begriffliche Unterordnung der Verwaltung unter das Gesetz ».

([167]) MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 167.

([168]) *Ibid.*, p. 167. R. H. HERRNRITT, *Österreichisches Verwaltungsrecht. Ein Grundriss der Rechtstheorie und Gesetzgebung der inneren Verwaltung*, Tübingen, 1925, secondo il quale la disposizione dell'articolo 18 stabiliva un « Zusammenhang der Verwaltung mit der Verfassung » in base al quale l'ordinamento della pubblica amministrazione diveniva « verfassungsmässiges Verwaltungsrecht ». E dello stesso Herrnritt si veda il capitolo « Verwaltung als Vollziehung des Gesetzes » in *Grundlehren des Verwaltungsrechtes*, Tübingen, 1921, pp. 1 e ss. ed il positivo apprezzamento di Merkl nella recensione al volume in *Zeitschrift für Verwaltung*, LIV (1921), pp. 124 e ss.

Problema diverso è invece quello di stabilire la reale rispondenza alla prassi del principio di *Totalvorbehalt* sancito dall'articolo 18. Basti qui rinviare a NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 27 che riferisce di una frattura rilevante — specialmente in tema di legislazione sul pubblico impiego — tra l'affermazione costituzionale ed una legislazione della Repubblica, « appesantita » dalla continuità con l'ordinamento asburgico.

chia di funzioni dal pregnante valore costituzionale: « die wichtigste Voraussetzung einer demokratischen Verwaltung ist eben die Herrschaft des demokratisch erzeugten Gesetzes über die Verwaltung » ([169]).

La legalità si distende così progressivamente su tutto l'ordinamento amministrativo, agisce come motore di dissoluzione dei larghi spazi conservati nel sistema di Otto Mayer alla supremazia dell'amministrazione.

Vengono così spazzate via costruzioni ambigue come quella della presunzione di legittimità degli atti amministrativi, rozza difesa dogmatica contro le illegittimità dell'amministrazione, residuo di una « metarechtliche Verwaltung » ormai superata dai processi di giuridicizzazione del potere pubblico ([170]).

Vengono meno « specialità » fortemente resistenti, dalla *Polizei* al *besonderes Gewaltverhältnis*, cementate in costrutti teorici che traducono peculiarità di singoli rami del diritto — come nel caso dell'attività di polizia —, o determinate relazioni del cittadino con l'amministrazione — come nell'ipotesi del rapporto di sudditanza speciale —, in concrete esenzioni dall'imperatività della legge, in perpetuazione di spazi anche estesi di « libertà » amministrativa ([171]).

([169]) MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 170.

([170]) *Ibid.*, pp. 197 e ss. e p. 201.

([171]) *Ibid.*, pp. 241 e ss., in cui Merkl sviluppa critiche serrate alla « metajuristisch-mystische Polizeigewalt », vero « Staat im Staat » nelle descrizioni tradizionali (si veda in particolare la sintesi di MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., pp. 245 e ss.). Sul rapporto di sudditanza speciale cfr. invece le pp. 132 e ss. Su questi profili del disegno merkeliano si veda anche FUNK, *Der Einfluss der « Wiener Schule des Rechtspositivismus » auf die österreichische Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., pp. 122 e ss., che ne sottolinea le forti potenzialità contro i tentativi di strumentalizzare il « Polizeibegriff für Zwecke der Expansion der Staatsmacht », ma che — anche in altra sede: ADAMOVICH-FUNK, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 152-53 — svela anche qualche conseguenza negativa, specialmente sul prosieguo dello sviluppo dogmatico della scienza amministrativistica austriaca, della riduzione del concetto di polizia ad « Unbegriff », « responsabile » di un'insufficiente trattazione scientifica delle « specialità » del diritto di polizia e quindi di un « Defizit an theoretischer Durchdringung ».

Secondo questa prospettiva e secondo queste linee dogmatiche si è mossa alla fine anche la dottrina tedesca ([172]): anche questo può forse essere — a posteriori — una conferma che anche la « legalità », così imbevuta di elementi *rechtstheoretisch*, così diafana talvolta come concetto costituzionale poteva essere ascritta al « lavoro creativo » della Scuola di Vienna.

Il tipo ideale della *gesetzmässige Verwaltung* doveva tuttavia andare incontro, nella realtà costituzionale, ad ostacoli non indifferenti, se nel momento in cui il principio di legalità si diffondeva nelle sue innumerevoli implicazioni e diveniva il fulcro di una revisione generale degli istituti in cui giungevano a compimento sia i disegni logico-teorici sia gli aggiornamenti *staats- und verwaltungsrechtlich*, il rapporto tra legge e amministrazione non era più circoscrivibile all'interno del sistema amministrativo mentre il problema della completa realizzazione dello Stato di diritto e il rinnovamento di un apparato concettuale sensibilmente venato da residui *polizeistaatlich* acquistavano un improvviso sapore ottocentesco.

Le trasformazioni strutturali, nelle prodigiose accelerazioni degli anni '20, corrono indubbiamente più veloci dei processi di evoluzione teorica.

Il principio di legalità ha fatto appena in tempo a delinearsi — e soltanto sul versante austriaco della scienza del diritto amministrativo di lingua tedesca — in una compiuta dogmatica amministrativa, rappresenta ancora una discussa « conquista », che già si potrebbe parlare di « crisi » della legalità o forse meglio di una sua immediata riemersione come problematica costituzionale, come cardine controverso di un modello teorico ancora impreparato di fronte al prepotente imporsi del *Parteienstaat*.

La legalità, come modello logico-giuridico e come modello costituzionale fondato sulla centralità del Parlamento, si apre alle tensioni degli anni '20 e la problematica si sposta dagli istituti amministrativi al piano politico-costituzionale.

E si dischiude così il grande panorama delle contrapposizioni della *Staatslehre*, il *Methodenstreit* e le divergenti interpretazioni dei testi costituzionali, le polemiche sul concetto di parlamentari-

---

([172]) Rinviamo alle indicazioni fornite *retro*, nota 128.

smo e la crisi dello « Stato legislativo », sullo sfondo dell'impetuosa svolta verso lo « Stato totale » ([173]).

La legalità diventa il momento esponenziale di una sovranità del Parlamento contestata nei conflitti costituzionali e bersaglio principale di un « antidemokratisches Denken » tutto proteso a ricostruire un'organica unità dello Stato il più possibile lontana dal teatro della divisione pluralistica della società e dall'incontro-scontro dei partiti politici: il rapporto tra legge e amministrazione abbandona a questo punto il disegno teorico dell'ordinamento giuridico e diviene, in concreto, momento di contrapposizione tra *Parteienstaat* e *Staatsidee*, tra Parlamento e burocrazia.

L'estensione del principio di legalità come espressione dello Stato democratico richiede immediati correttivi costituzionali: alla politicità della legge e al suo estendersi ai *Machtreservate* della pubblica amministrazione si contrappongono nuove missioni politiche. Assoluta neutralità dell'esecuzione e ruolo costituzionale della burocrazia si muovono alla ricerca di una sintesi precaria e contraddittoria.

La legalità evoca così complesse problematiche organizzative, rinnova il problema della funzione politica della burocrazia: imboccata la direttrice dei difficili e controversi rapporti tra democrazia della legislazione e democrazia dell'esecuzione, la ricerca di mediazioni tra politica e amministrazione che non si esaurissero nelle linee precostituite del testo legislativo risulterà ancor più problematica.

Non sono però soltanto le trasformazioni della vita politica ad incidere su una legalità che segue i destini dell'istituto parlamentare, di un « Primat der Legislative » affermato con grande vigore da un Kelsen che vi convoglia teoria della democrazia e modelli costituzionali, ma continuamente vilipeso nei conflitti weimariani in cui la forbice tra politica e diritto tende paurosamente a dilatarsi ([174]) e forse ormai troppo « semplice » di fronte al com-

---

([173]) SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 125. Evitiamo di fornire qui indicazioni puntuali su questioni e vicende che ricorreranno più volte nella seconda e nella terza parte del lavoro, cui rinviamo anche per lo sviluppo delle argomentazioni che svolgiamo nel testo.

([174]) Emblematico il *Referat* di Heinrich Triepel, *Wesen und Ent-*

plicarsi del politico e al suo ricostituirsi anche al di fuori dello statuale ([175]).

Il progressivo indebolirsi del principio di legalità discende infatti anche dalle trasformazioni interne alla stessa dimensione amministrativa ([176]): nel momento in cui si arriva a teorizzare quel concetto di amministrazione diretta che puntualmente registra i mutamenti strutturali di un potere che trasforma la propria immagine, che abbandona l'« unicità » degli strumenti imperativi e recupera — magari utilizzando gli statuti privatistici — una « eigene Initiative » ([177]) che sembrava appartenere a modelli costituzionali ormai superati, la legalità appare irrimediabilmente congiunta al disegno di un'amministrazione di garanzia, fondamentale ed insostituibile certo, ma non più in grado di restituirci nella sua interezza il volto della *Verwaltung*.

Certi risultati, quasi paradossali, che esasperando i connotati « oggettivi » che la legalità possiede nella sistematica della Scuola di Vienna sono approdati, per rimanere fedeli alla prospettiva *rechtsstaatlich*, ad una rigorosa interdipendenza degli elementi di imperatività-legalità-garanzia e che proprio in funzione di garanzia hanno riscoperto una specialità amministrativa strettamente connessa alla irrinunciabilità dei caratteri autoritativi dell'azione degli apparati pubblici, hanno forse definitivamente svelato la larga matrice ottocentesca del principio di *Gesetzmässigkeit* ([178]).

---

wicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in *VVDStRL*, Heft 5, Berlin und Leipzig, 1929, p. 8: « Verfassungsstreitigkeiten sind immer politische Streitigkeiten ».

([175]) Sul significato della « rottura dell'equivalenza tra politico e statuale » cfr. ORNAGHI, *Stato e corporazione*, cit., pp. 79 e ss.

([176]) NIGRO, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, CVIII (1983), p. 254: « la funzione dell'amministrazione non è più (prevalentemente) funzione (giuridica) di mantenimento e restaurazione della legalità in esecuzione e sviluppo della legge, ma è (prevalentemente) funzione di assistenza ed integrazione sociale, certo in esecuzione della legge, ma anche in adempimento diretto di esigenze di giustizia che danno il senso ultimo alla legge e ne colmano le lacune ».

([177]) E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1. Bd., *Allgemeiner Teil*, 10. Aufl., (1ª ed. 1950), München, 1973, p. 15.

([178]) Ci riferiamo al già citato lavoro di GIACOMETTI, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, pp. 110 e ss.

Sarebbe però ingiusto far carico a quei giuristi, che avevano contribuito in modo determinante all'elaborazione del tipo ideale della *gesetzmässige Verwaltung*, di questi che sono i problemi di oggi, più che quelli degli anni '20: i problemi di un oggi conteso tra *Gesetzesflut* e i conati di una nuova « scienza della legislazione », tra legalità e amministrazione di diritto privato, tra mutamenti della funzione legislativa ed il suo complicarsi tra *Konditional-* e *Finalprogramme*, tra la mancanza di vere, concrete alternative al primato della legge e la necessità d'individuare nuovi fondamenti alla legalità amministrativa, stretta tra esasperazioni oggettivistiche e progressiva perdita di « contenuto » di questa suprema « manifestazione di volontà » dello Stato ([179]).

([179]) Non è possibile fornire nell'ambito di una nota un panorama esauriente della letteratura sul principio di legalità. Indichiamo pertanto, senza nessuna pretesa di completezza, alcuni contributi che ci sono sembrati più interessanti.

Sulla *Gesetzesflut* e lo sviluppo di una nuova « scienza della legislazione », cfr. *Gesetzgebung. Kritische Überlegungen zur Gesetzgebungslehre und zur Gesetzgebungstechnik*, hrsg. von G. Winkler und W. Antoniolli, Wien und New York, 1981; K. EICHENBERGER-R. NOVAK, *Gesetzgebung im Rechtsstaat*, in *VVDStRL*, Heft 40, Berlin-New York, 1982, p. 7 e pp. 40 e ss.; H. MAURER-F.E. SCHNAPP, *Der Verwaltungsvorbehalt*, cit. (cfr. *retro* nota 139 - prima sezione) ed infine il volume *Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle*, hrsg. von V. Götz u.a., München, 1985 (in particolare le relazioni di F. Ossenbühl, H.J. Papier, D.P. Currie, *Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen*).

Sui problemi della legalità nell'amministrazione di diritto privato (che in Austria sono anche problemi di diritto positivo coinvolgendo l'applicabilità dell'articolo 18 della Costituzione alla *Privatwirtschaftsverwaltung*) cfr. ADAMOVICH-KOJA, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 19 e ss.; e per la dottrina italiana C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982. Mentre, in generale, sui rapporti tra legge e attività amministrativa nel momento in cui questa si fa sempre più « gestaltende, planende, bewegende », si veda U. SCHEUNER, *Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 1969, ora in ID., *Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften*, hrsg. von J. Listl und W. Rüfner, Berlin, 1978, pp. 545 e ss.

La distinzione tra *Konditional-* e *Finalprogramme* risale a N. LUHMANN, *Verwaltungswissenschaft. Geschichte und Probleme*, in *Staatslexikon. Recht. Wirtschaft. Gesellschaft.* hrsg. von der Görres Gesellschaft, 6. Aufl., 11. Bd., 3. Ergänzungsband, Freiburg, 1970, pp. 618-19. E per una critica

La realtà degli anni '20 aveva già iniziato a porre i giuristi di fronte a questi interrogativi, drammatizzati per di più da quella pluralità di fattori che determineranno la tragica fine della Repubblica.

Il divario enorme tra dogmatica amministrativa ed improvvisa trasformazione della vita politica nelle forme di una moderna democrazia parlamentare, aveva concentrato gli sforzi delle « avanguardie » intellettuali nella dissoluzione della gravosa eredità *polizeistaatlich* che il diritto amministrativo, chiuso nella sua immutabile tecnicità, nella sua rigorosa continuità, aveva conservato con l'approdo alle costituzioni del primo dopoguerra.

La novità, decisiva, dell'amministrazione diretta non riuscirà così a svilupparsi in una compiuta dimensione garantistica: le modernizzazioni dogmatiche verranno ad intrecciarsi — come vedremo — con una pericolosa inversione dei modelli costituzionali ([180]).

---

di questa distinzione cfr. BADURA, *Die Verwaltung als soziales System. Bemerkungen zu einer Theorie der Verwaltungswissenschaft von Niklas Luhmann*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 23 (1970), pp. 18 e ss., mentre per un suo sviluppo T. ÖHLINGER-M. MATZKA, *Demokratie und Verwaltung als verfassungsrechtliches Problem*, in *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft*, IV (1975), pp. 450 e ss., ed infine per una valutazione complessiva, L.K. ADAMOVICH, *Hoheitsverwaltung und Gesetz*, in *Allgemeines Verwaltungsrecht*, hrsg. von F. Ermacora u.a., Wien, 1979, pp. 77 e ss.

Per un tentativo di costruire il principio di legalità partendo dalle esigenze della tutela e quindi dall'intensità della protezione giurisdizionale richiesta nel caso concreto dal « rapporto amministrativo », cfr. ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 258 e ss.

Sulla perdita di « contenuto » dell'atto legislativo si veda invece BÖCKENFÖRDE, *Gesetzesbegriff und Gesetzesvorbehalt. Bemerkungen zur Entwicklung und zum heutigen Stand der Diskussion, Nachwort* alla seconda edizione di *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, cit., Berlin, 1981, pp. 375 e ss.

Infine per un bilancio di tipo « storico » sui dibattiti che, sul problema « legalità », hanno solcato la scienza amministrativistica tedesca nel secondo dopoguerra, si può vedere ora F. OSSENBÜHL, *Die Weiterentwiklung der Verwaltungswissenschaft*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 5, *Die Bundesrepublik Deutschland*, cit., pp. 1148-49.

([180]) Rinviamo in particolare al terzo capitolo della seconda parte del volume.

3. *I modelli giurisdizionali della pubblica amministrazione: aperture garantistiche e tradizionali linee di continuità.*

Nelle pagine introduttive de *Il custode della costituzione* Carl Schmitt aveva sprezzantemente bollato i progetti e i tentativi di estendere la competenza dello *Staatsgerichtshof* al giudizio di costituzionalità delle leggi e alle controversie costituzionali all'interno del *Reich*, come il frutto della « tendenza dei ' giuristi della giurisdizione ' di rimettere la soluzione di ogni problema semplicemente ad un processo giurisdizionale... » (181).

Certo, in questo caso la polemica, che si arricchirà nello stesso 1931 della risposta kelseniana (182), si snodava lungo itinerari « costituzionali », lungo interpretazioni normative della *Reichsverfassung* dalla sin troppo evidente connotazione politica, rinnovando in una prospettiva di drammatica attualità quelle problematiche sui rapporti tra costituzione e giurisdizione, tra politicità delle controversie costituzionali e possibilità di una loro trattazione giurisdizionale, che già avevano animato una famosa seduta viennese della *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* ed il ben noto contrasto tra Triepel e Kelsen (183).

Ma se la giustizia costituzionale, coniugando « Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers » (184), costituzione rigida e primato del diritto, rappresentava il simbolo più eclatante del « lavoro creativo » della Scuola di Vienna (185) e ad un tempo la sua con-

---

(181) SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 13. È infatti noto che in base all'articolo 19 della *Reichsverfassung* (« Die Verfassung des Deutschen Reiches » - 11 agosto 1919) — e prescindendo dai giudizi d'accusa ex art. 59 — lo *Staatsgerichtshof* tedesco era sostanzialmente competente soltanto su conflitti tra *Reich* e *Länder* e tra i diversi *Länder*. Basti qui rinviare a MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, cit., p. 207.

(182) KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, cit.

(183) H. TRIEPEL-H. KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in *VVDStRL*, Heft 5, cit., pp. 2 e ss. e pp. 31 e ss.

(184) A. VERDROSS, *Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers*, in *Juristische Blätter*, 45 (1916), pp. 471 e ss., ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., Bd. 2, pp. 1545 e ss., un saggio particolarmente importante per l'evoluzione della Scuola di Vienna dalla concezione statica a quella dinamica.

(185) KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, cit., p. 252.

quista più discussa in un momento di particolare contrapposizione tra diritto e politica, stavano all'attivo degli ideatori della « soluzione austriaca » ([186]) e — si potrebbe dire — dei « giuristi della giurisdizione » per antonomasia, non meno importanti itinerari amministrativi, le cui origini affondavano nel pieno della monarchia asburgica.

La giustizia costituzionale rappresentava una notevole estensione delle forme processuali e della sentenza a territori impervi e resistenti alla diffusione del giuridico, a controversie in cui la legge da parametro diveniva invece oggetto del giudizio, sulla base di un'interpretazione del principio di divisione dei poteri ormai chiaramente in funzione del loro reciproco controllo ([187]).

Rappresentava cioè il coronamento dell'intero edificio normativo, la garanzia dell'effettività della stessa costituzione, una decisiva innovazione istituzionale, particolarmente importante in uno Stato federale, ed un simbolo tangibile del processo di rinnovamento teorico cui era stata sottoposta la funzione legislativa con il passaggio dalla costruzione statica a quella dinamica.

La giurisdizione diveniva così anche nelle più riposte pieghe del « politico » un decisivo veicolo di giuridicizzazione, « la garanzia principale e più efficace della costituzione » e del principio di « regolarità dell'esecuzione » anche nell'esercizio del potere legislativo ([188]).

Anche nell'amministrazione i modelli giurisdizionali avevano rappresentato ed ancora rappresentavano strumenti teorici ed istituzionali decisivi per i processi di giuridicizzazione e non solo per il ruolo fondamentale che in questa direzione svolgeva la giu-

---

([186]) SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 15.

([187]) KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (utilizziamo la traduzione italiana a cura di C. Geraci effettuata sull'edizione francese del saggio kelseniano) in ID., *La giustizia costituzionale*, cit., spec. pp. 173-74. Sull'introduzione della Corte costituzionale nell'ordinamento austriaco e sul ruolo svolto da Kelsen nella vicenda, disponiamo ora del volume di B. CARAVITA, *Corte « giudice a quo » e introduzione del giudizio sulle leggi. La Corte Costituzionale austriaca*, Padova, 1985.

([188]) KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, cit., p. 170; p. 146; e, sull'importanza della giurisdizione costituzionale in uno Stato federale, pp. 203 e ss.

stizia amministrativa — già sufficientemente consolidata in Austria con la riforma del 1875 e l'istituzione del *Verwaltungsgerichtshof* ([189]) — garante della legittimità dell'esecuzione amministrativa ed, in perfetto parallelismo con la giustizia costituzionale, organo di controllo degli « atti individuali » ([190]).

La *Justizmässigkeit* dell'amministrazione aveva costituito sin dalla seconda metà dell'Ottocento una parola d'ordine, un termine sintetico certo di significati e di progetti spesso diversi, talvolta antitetici, ma espressivi di una concezione diffusa che guarda alla *Justiz* come ad un territorio già completamente conquistato al diritto e che appunto in termini di giurisdizionalizzazione vede e concepisce i tentativi di estendere il dominio del giuridico all'amministrazione.

Ed *Justizmässigkeit* è termine espressivo di processi non necessariamente collegati alla giustizia amministrativa, al conflitto tra Stato e cittadino e alla lesione delle situazioni soggettive individuali, a controversie giuridiche la cui giuridicità è già stabilita dalla loro previsione in clausole — generali od enumerate — attributive della competenza dei giudici amministrativi.

Justizmässigkeit è da una parte espressione di passaggi teorici più generali che pescano direttamente nella definizione di *Verwaltung* e nelle sue relazioni con la *Justiz*, dall'altra di modelli costruttivi che toccano il rapporto dell'amministrazione con la legge, la legalità e — con notevoli risvolti sull'ampiezza e i limiti del sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa — il concetto stesso di discrezionalità, che investono però anche i processi decisionali dell'amministrazione e le forme in cui si manifesta la sua « volontà ».

Perciò la riconduzione del potere giurisdizionale e di quello amministrativo alla funzione unitaria di *legis executio* che — come abbiamo visto — consacra le soluzioni teoriche e le conquiste

---

([189]) Cfr. F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. del dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, pp. 596-99. E per un'« apologetica » rivendicazione dell'originalità e delle peculiarità del modello austriaco di giustizia amministrativa rispetto al contemporaneo modello prussiano, cfr. K. von LEMAYER, *Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Wien, 1885.

([190]) KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, cit., p. 179 e p. 182.

costituzionali della Scuola di Vienna, non rappresenta soltanto il punto di approdo di un progressivo aggiornamento costituzionale, scandito prima dalla polemica contro il principio monarchico e poi addirittura da un progetto costituzionale positivo, ma anche il momento conclusivo di un processo di giuridicizzazione che non si esaurisce nel primato del principio di legalità e nella riconduzione delle potestà amministrative alla razionalità dell'attribuzione normativa e riguarda gli stessi modi di esternazione della funzione.

In questo senso la proclamazione dell'unità strutturale di giurisdizione e amministrazione nella funzione « eteronoma » di creazione delle norme individuali non è soltanto l'immediata traduzione sul piano dei rapporti tra i poteri dello Stato del modello teorico dello *Stufenbau* ([191]), di un disegno generale dell'ordinamento colto nel suo sviluppo dinamico, ma anche il definitivo coronamento nella teoria generale di un itinerario con radici assai ramificate nella letteratura precedente ed ancora una volta dalle forti, incisive venature *staats- und verwaltungsrechtlich*.

L'ampia generalizzazione del concetto di *Prozess* e di *Verfahren* che si celebra nelle pagine di Adolf Merkl — « denn der Prozess ist seinem Wesen nach im Bereich aller Staatsfunktionen möglich » ([192]) sembra a prima vista strettamente ed unicamente dipendente da quel modello teorico offerto dalla costruzione a gradi dell'ordinamento.

Processo è infatti il modo con cui da una proposizione di grado più alto si crea una proposizione di grado più basso, non è altro che la strada (« Weg ») attraverso la quale scorre il complesso dosaggio tra « creazione » ed « applicazione » del diritto. E non stupisce che proprio in funzione di quella costruzione dinamica si arrivi a proclamare l'esistenza di « eine ganze Stufenfolge von Prozesswegen » ([193]).

Si potrebbe così senza eccessive forzature ascrivere questa generalizzazione del processo a momento significativo dello *Stufen-*

([191]) KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, cit., pp. 123 e ss.; MERKL, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, cit., pp. 1311 e ss.

([192]) MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 213.

([193]) *Ibid.*, p. 215.

bau e recuperare negli indici anche ideologici che quel modello teorico ci offre — tra Stato di diritto e democrazia ([194]) — le valenze offerte dal venir meno della contrapposizione tra giurisdizione e amministrazione.

Ma la vicenda dei modelli giurisdizionali dell'amministrazione non nasce nelle pagine di teoria generale né si esaurisce in questa prospettiva.

Risulta anzi strettamente legata all'elaborazione globale di un'amministrazione di garanzia e la stessa diffusione del processo è prima di tutto un tassello di questo modello amministrativo, il momento conclusivo della costruzione giuridica di un potere visto nella sua dimensione autoritativa.

La vicenda può rappresentare allora un'applicazione significativa di una concezione diffusa, comune al patrimonio liberale di tradizione europea, che individua nelle forme processuali-procedimentali « formule magiche » in grado di combinare un'alta misura di sicurezza e di libertà e che più o meno consapevolmente si fonda sulla supposizione che un procedimento ordinato giuridicamente possa contribuire alla legittimazione di « rechtliche verbindliche Entscheidungen » ([195]).

I modelli giurisdizionali dell'amministrazione posseggono però anche una forte specificità amministrativa ed una imprescindibile dimensione storica: sono infatti il frutto corale di un'esperienza, in gran parte austriaca, su cui convergono gli sforzi di giurisprudenza e legislazione, di giudici e giuristi in un intreccio tra innovazioni istituzionali ed elaborazioni teoriche.

La Scuola di Vienna dà spazio ai modelli, ne coglie le novità e l'essenzialità per i processi di giuridicizzazione e per gli stessi equilibri teorici, ne sanziona la dignità in linee di teoria generale.

Il procedimento amministrativo, che di quei modelli giurisdizionali rappresenta il frutto più corposo, diventa una « Stufe » di quei « Prozesswege » che corrono lungo la piramide dell'ordinamento, ma conservando peculiari dosaggi tra garanzie individuali e specialità amministrativa e disegnando processi di collaborazione

([194]) Rinviamo al già citato saggio di Öhlinger, *Der Stufenbau der Rechtsordnung.*

([195]) Si veda in particolare LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren,* Darmstadt und Neuwied, 1978 (3. Aufl. - 1. Aufl. 1969), pp. 9 e ss.

e di *Mitwirkung* che si iscrivono nell'orbita del potere amministrativo e che da questo risultano inevitabilmente « attratti » ([196]).

Quello dei modelli giurisdizionali dell'amministrazione è un itinerario faticoso, talvolta contraddittorio — il modello *urteilsähnlich* dell'atto che abbiamo visto nelle pagine di Otto Mayer ne è scansione rilevante —, ma che corre lungo un filo sostanzialmente unitario, anche se con varianti progettuali spesso marcate.

La *Justizmässigkeit* è una tappa importante della crescita delle garanzie nei confronti del potere, è vicenda di descrizione teorica dei fenomeni amministrativi e di creazione di nuovi strumenti giuridici in cui l'avvicinamento di *Verwaltung* e *Justiz* significa prima di tutto una crescita del tasso « giuridico » dell'attività amministrativa.

È quindi vicenda ulteriore rispetto all'affermazione, nei principali paesi continentali tra gli anni '70 e '80 dell'Ottocento, del principio di generale azionabilità delle pretese individuali nei confronti del potere amministrativo, rispetto al conflitto tra situazioni soggettive ed atti lesivi dell'amministrazione ([197]).

Il procedimento, che è il culmine dello sviluppo dei modelli giurisdizionali, s'incunea all'interno stesso del potere, diventa forma della decisionalità amministrativa, modo di farsi dell'atto e di estrinsecazione della funzione, interviene in una fase antecedente a quella dello scontro tra il provvedimento ed il diritto individuale ([198]).

([196]) BERTI, *Diritto e Stato*, cit., p. 336, per quella *Mitwirkung* che subendo « l'attrazione dello ' impérialisme administratif ' non ha la forza di trapassare da momento-mezzo nei confronti del potere pubblico tradizionale a momento finale della partecipazione privata ».

([197]) Non è possibile qui recuperare tutta la letteratura esistente in tema di giustizia amministrativa. Si vedano almeno, oltre le voci enciclopediche già citate di GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione ordinaria e giustizia amministrativa nei confronti della pubblica amministrazione*; e di BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*; NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XX (1970), pp. 715 e ss.; ID., *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 17 e ss. ed infine il nostro lavoro *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., cui rinviamo per più complete indicazioni bibliografiche.

([198]) Fondamentale ancora BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, V (1950), pp. 1 e ss.;

Ma s'inserisce anche all'interno di quello stesso orizzonte teorico di cui la giustizia amministrativa — ed in particolare una sua declinazione, la giurisdizione a tipo oggettivo — costituisce parte integrante ([199]).

La grande novità istituzionale del procedimento non si presenta, in questa fase di gestazione e di prima evoluzione, come eversiva del modello « tradizionale » di un'amministrazione secondo la legge, ma costituisce un'ulteriore garanzia di quella legittimità a cui si indirizza in primo luogo il sindacato del giudice amministrativo.

L'itinerario, che trova una significativa consacrazione negli approdi di teoria generale della costruzione dinamica, si snoda lungo i binari dell'amministrazione imperativa: la *Mitwirkung* del cittadino si sviluppa in funzione della legittimità, non è ancora divenuta *Partizipation* ([200]), veicolo di partecipazione alla funzione e di conseguenza momento di scioglimento dei suoi caratteri autoritativi ed il filtro della legalità rimane il presupposto fondamentale dell'intero disegno amministrativo.

La natura « formale » ed elastica dell'istituto procedimentale permette — ed ha effettivamente permesso negli ultimi anni ([201])

ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, II (1952), pp. 118 e ss. Sul fatto che il procedimento utilizza una prospettiva « ex ante », da ultimo R. WAHL, *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, in *VVDStRL*, Heft 41, Berlin-New York, 1983, pp. 151 e ss.

([199]) Sul rapporto tra giustizia amministrativa ed istituto procedimentale cfr. E. MELICHAR, *Das Verwaltungsverfahren*, in *VVDStRL*, Heft 17, Berlin, 1959, pp. 183 e ss.; e sempre sul collegamento tra procedimento e *Rechtsanwendung* e quindi tra procedimento ed *hoheitliche Verwaltung*, il parallelo *Referat* di K.A. Bettermann (*ibid.*, pp. 118 e ss.). Su questi temi si veda ora NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione. (Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, in *Problemi di amministrazione pubblica, Commenti della rivista*, I (1981), pp. 21 e ss.

([200]) R. WALTER-W. SCHMITT GLAESER, *Partizipation an Verwaltungsentscheidungen*, in *VVDStRL*, pp. 147 e ss. e pp. 179 e ss.; W. MANTL, *Die Partizipation in der Verwaltung*, in *Allgemeines Verwaltungsrecht*, hrsg. von F. Ermacora, cit., pp. 77 e ss.

([201]) Si vedano in particolare le pagine di BERTI, *Diritto e Stato*, cit.,

— sviluppi diversi ed in prospettiva può rappresentare una base per modificare anche in modo rilevante la struttura del potere amministrativo ed i modi della sua descrizione teorica.

La *Mitwirkung* può senza dubbio divenire *Partizipation* ed il procedimento può essere lo strumento per la crescita di forme di contrattualizzazione dell'attività amministrativa che aprano nuovi confronti tra gli interessi e modalità per la loro composizione che non necessariamente riproducano la « tradizionale » relazione tra la legge ed il soggetto agente.

Ma questa relativa « neutralità » dell'istituto procedimentale o meglio l'ovvia constatazione che esistono diversi modelli procedimentali e trasposizioni in forme processuali di diversi contenuti sostanziali non devono offuscare le specificità storiche connesse allo sviluppo teorico e istituzionale del procedimento amministrativo.

Sono ormai sufficientemente note anche in Italia le vicende che condussero l'ordinamento austriaco a sviluppare l'istituto del procedimento ed è nota la sua iniziale, stretta dipendenza dalle riforme della giustizia amministrativa ([202]).

Si è quindi conosciuta l'importanza del paragrafo 6 comma 2 della legge 22 ottobre 1875 che, attribuendo al *Verwaltungsgerichtshof* una competenza a sindacare l'illegittimità degli atti amministrativi anche « wegen mangelhaften Verfahrens » ([203]), introduceva non solo un nuovo vizio dell'atto, ma, pur nell'inevitabile lacunosità ed episodicità di una costruzione tipicamente giu-

pp. 325 e ss. e la sintesi di BADURA, *L'attuale discussione sul procedimento amministrativo nella Repubblica federale tedesca*, in *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, cit., pp. 125 e ss.

([202]) Cfr. in particolare nel volume *La procedura amministrativa*, a cura di Giorgio Pastori, Milano, 1964, pp. 95 e ss., l'analitica sezione dedicata al modello procedimentale austriaco.

([203]) Riportiamo il testo del secondo comma del paragrafo 6 della legge austriaca 22 ottobre 1875: « Findet jedoch der Verwaltungsgerichtshof, dass der Tatbestand aktenwidrig angenommen wurde oder dass derselbe in wesentlichen Punkten einer Ergänzung bedarf, oder dass wesentliche Formen des Administrativverfahrens ausser acht gelassen worden sind, so hat er die angefochtene Entscheidung oder Verfügung wegen mangelhaften Verfahrens aufzuheben und die Sache an die Verwaltungsbehörde zurückzuleiten, welche die Mängel zu beheben und hierauf eine neue Entscheidung oder Verfügung zu treffen hat ».

risprudenziale, anche una prima disciplina di diritto sostanziale con diretta incidenza sulla stessa attività amministrativa.

Nell'inesistenza di un testo legislativo — che arriverà solo con le leggi « zur Vereinfachung der Verwaltung » del 21 luglio 1925, anche se già nel 1884 il settimo *Österreichischer Advocatentag* aveva dato alle stampe una serie di pareri sulla riforma del procedimento e se significativi tentativi di codificazione c'erano stati anche prima della guerra ([204]) — e nella scarsa considerazione della scienza giuridica, l'*Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens* pubblicato da Friedrich Tezner nel 1896 rappresentava « zum erstenmale » una notevole teorizzazione dell'istituto ([205]).

Juristenrecht e giurisprudenza del *Verwaltungsgerichtshof* si alleano in una sintesi tutt'altro che esegetica o dettata da necessità ricostruttive di esclusivo ordine pratico e che sfrutta abilmente le strutture concettuali della scienza processualcivilistica per un disegno dalle linee molto ampie e nella piena consapevolezza di muoversi in una dimensione di teoria generale.

Valenze e funzionalità dell'istituto procedimentale sono già chiarissime all'inizio dell'itinerario teorico e queste si delineano infatti nell'opera di un autore che aveva già al suo attivo un importante lavoro monografico sul concetto di discrezionalità ([206]).

([204]) Sugli itinerari legislativi che hanno condotto alla legge generale austriaca sul procedimento cfr. MERKL, *Die Verwaltungsgesetzgebung der österreichischen Republik*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, XV (1927), pp. 104 e ss.; F. BECKER, *Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Stuttgart, 1960, pp. 63-68; R. WALTER-H. MAYER, *Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts*, Wien, 1980, pp. 6 e ss.; ANTONIOLLI-KOJA, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 553 e ss.

([205]) F. TEZNER, *Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens*, Wien, 1896, p. IX. Notizie biografiche su Friedrich Tezner (1856-1925), dal 1892 docente all'Università di Vienna, si possono leggere in J. SCHENK, *Der österreichische Richter und Gelehrte Friedrich Tezner*, in *Österreichisches Verwaltungsblatt*, VI (1935), pp. 185 e ss. ed ora in N. SCHWÄRZLER, *Friedrich Tezner*, in *Juristen in Österreich 1200-1980*, hrsg. von W. Brauneder, Wien, 1987, pp. 242 e ss.

([206]) TEZNER, *Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte*, Wien, 1888.

Nell'uno come nell'altro caso a far da catalizzatore istituzionale e normativo delle prospettive teoriche è sempre l'ordinamento di giustizia amministrativa: se lo spunto per lo sviluppo dogmatico del procedimento va individuato nella citata disposizione dell'articolo 6, il punto di partenza del lavoro del 1888 è costituito da quell'articolo 3 lett. *e*) della stessa legge del 1875 istitutiva del *Verwaltungsgerichtshof* che ancorando strettamente il sistema austriaco di giustizia amministrativa alla *laesio iuris* escludeva dalla competenza giurisdizionale « gli affari nei quali l'amministrazione è investita di un potere discrezionale nella misura in cui questo potere le è conferito » ([207]).

Non è tuttavia soltanto la necessità di offrire un quadro ricostruttivo dell'ordinamento positivo austriaco ed in particolare delle coordinate sottese a quel sistema di giustizia amministrativa l'elemento che avvicina i due lavori: alla base c'è una opzione comune per il modello giurisdizionale della pubblica amministrazione, un aggancio teorico-dogmatico forse discutibile ([208]), ma certo consapevolmente usato in funzione di giuridicizzazione ed in diretta polemica con i modelli incentrati sulla « libertà » amministrativa.

La grande riflessione concettuale svolta sulla discrezionalità si muove nel tentativo di delimitare quella clausola di esclusione della competenza giurisdizionale che nella sua formulazione così generale poteva costituire una valvola di esenzione particolarmente ampia per l'amministrazione.

Ed è noto che l'opera venne scritta in polemica diretta con Edmund Bernatzik e contro una soluzione teorica che, ancorando la discrezionalità all'imperativo generale « Tue was du glaubst, dass es durch das öffentliche Wohl bedingt ist » ([209]), in realtà conser-

---

([207]) Sulla portata di questa disposizione cfr. J. ULBRICH, *Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, Wien, 1904, p. 363 e, per la contemporanea letteratura italiana, l'analisi di A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, p. 221.

([208]) Almeno secondo A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. del dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, pp. 69-70.

([209]) E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien*, cit., p. 46. Qualche notizia biografica su Edmund Bernatzik (1854-1919) nel necrologio redazionale in *Zeitschrift für*

vava all'amministrazione il potere assoluto di valutazione del pubblico interesse e sottraeva, per l'indeterminatezza della norma, la controversia al giudice amministrativo.

La riconduzione della « Frage des öffentlichen Interesses » a « Rechtsfrage » operata da Tezner reintroduce una centralità del giudice amministrativo anche nell'ambito degli *unbestimmte, vage Gesetzesbegriffe* e sottrae la discrezionalità a vessillo della libertà amministrativa e dell'indipendenza degli apparati, risolvendo il problema degli spazi conservati dall'ordinamento alla decisionalità amministrativa, in un lavoro giuridico, in una « Rechtsfindung » da assegnare nel caso concreto al sindacato giurisdizionale ([210]).

È inutile in questa sede ripercorrere questi itinerari concettuali della discrezionalità, che sono in primo luogo itinerari dello stesso sistema di giustizia amministrativa ([211]): c'è tuttavia da sottolineare un profilo particolarmente significativo dell'esperienza austriaca e che rappresenta un lascito concreto e preciso per le stesse elaborazioni kelseniane e la vigorosa critica che dalle pagine dei *Hauptprobleme* il maestro praghese aveva indirizzato contro il sistema di Otto Mayer.

Nella polemica tra Bernatzik e Tezner e nella diversità degli approdi interpretativi che la contraddistingue sussiste un'importante e comune conclusione di ordine teorico: « gewiss ist also das Eine: im freien Ermessen kann das Kriterium nicht liegen, durch

---

öffentliches Recht, I (1919-20), pp. VII-IX ed ora in W. BRAUNEDER, *Formen und Tragweite des deutschen Einflusses auf die österreichische Verwaltungsrechtswissenschaft 1850-1914*, in *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, cit., p. 274.

([210]) Si veda la sintesi offerta dallo stesso Friedrich Tezner qualche anno più tardi: *Das detournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, V (1911), pp. 67 e ss. Sui concetti giuridici indeterminati nell'ordinamento austriaco, L. ADAMOVICH, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, 5. Aufl., Wien, 1954, pp. 15 e ss. e per approdi più recenti, ANTONIOLLI-KOJA, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 215 e ss.

([211]) PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., pp. 67-68 e si veda anche il capitolo che abbiamo dedicato al rapporto tra potere discrezionale e « Stato giuridico », in *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., pp. 281 e ss.

welches sich die Begriffe ' Rechtsprechung ' und ' Verwaltung ' unterschieden » ([212]).

La necessità di distinguere libertà da discrezionalità e quindi di individuare gli elementi normativi che delimitassero gli spazi decisionali degli apparati, chiaramente avvertibile in questi scritti della fine degli anni '80, già prefigura il lungo itinerario austriaco verso la piena affermazione del principio di legalità.

Certo, nei primi interventi kelseniani la prospettiva sarà di ben più ampio respiro e la necessaria esecutività della funzione amministrativa discenderà da una demolizione dell'armamentario « mitologico » eretto dai giuristi intorno alla realtà dello Stato: ma non si deve sottovalutare che uno degli ingredienti costitutivi di quella critica era rappresentato proprio dalla posizione assunta sul problema del potere discrezionale e sul rapporto tra norma e amministrazione.

La definitiva identificazione di giurisdizione e amministrazione nell'unitaria funzione di *legis executio*, che si realizzerà con l'approdo alla costruzione dinamica e nello scioglimento dei margini di « creazione » del diritto, che caratterizzano anche i gradi di attuazione dell'ordinamento legislativo, nella categoria delle norme individuali, vive comunque già nel 1911, nel pieno della costruzione statica, un capitolo decisivo: l'affermazione che la discrezionalità degli organi dello Stato non è niente altro che « die notwendige Differenz zwischen dem Inhalte des abstrakten Staatswillens in der Rechtsordnung und der konkreten Staatshandlung in der Verwaltung, der Exekutive » ([213]) è anche il frutto tangibile di quei modelli giurisdizionali che i giuristi austriaci avevano iniziato ad elaborare in margine all'ordinamento della giustizia amministrativa.

Esiste — a prescindere dalla minore o maggiore consapevolezza dell'intreccio tra valori costituzionali e logico-teorici dell'itinerario del principio di legalità — un filo unitario che collega i successivi interventi e che si snoda sempre nella prospettiva della

---

([212]) BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, cit., p. 47 e la chiarissima voce di Tezner contro la labandiana « Freiheit der Verwaltung » in *Das detournement de pouvoir*, cit., p. 84.

([213]) KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. 506.

Justizmässigkeit, ora in funzione dell'affievolirsi della contrapposizione tra giustizia e amministrazione, ora della delimitazione delle ipotesi di discrezionalità, ora appunto del procedimento.

Con il procedimento amministrativo la prospettiva è già oltre la giurisdizione e s'insinua ormai all'interno della decisionalità amministrativa, ma anche in questo caso *Justizmässigkeit* è modello teorico da utilizzare in diretta polemica contro la « libertà » dell'amministrazione.

Il nodo concettuale è quindi lo stesso della discrezionalità: là il giuridico si estende alle clausole generali che guidano l'agire amministrativo — il pubblico interesse, l'urgenza, la pericolosità, l'insalubrità e così via — attraverso una verifica assegnata al giudice di riscontro del contenuto normativo e dell'imperatività della regola fissata dal legislatore all'agire degli apparati, attraverso un sindacato indirizzato verso la delimitazione in concreto tra rilevante e irrilevante giuridico, tra i poteri dell'amministrazione e l'integrità della sfera individuale. Nel procedimento invece la giuridicità si afferma contro la mancanza di forme propria dell'agire amministrativo, nella delineazione di un « processo » decisionale da restituire al rilevante giuridico e da sottrarre alla libertà degli apparati.

Il modello giurisdizionale è anche in questo caso orientato alla realizzazione *gesetzmässig* dell'interesse pubblico, è proiettato alla trasposizione degli strumenti processuali, e quindi della pubblicità, anche all'interno dei modi di esternazione della « volontà » amministrativa.

C'è una certezza giuridica da garantire e questa non può essere limitata in partenza al solo diritto amministrativo materiale. Si costruisce così il procedimento come istituto di garanzia, come momento logico prima che istituzionale necessariamente preliminare alla giustizia amministrativa: il cerchio della legittimità si chiude soltanto se alla « Rechtsfrage » si collega la « Vorfrage » ([214]), soltanto se la pronuncia del diritto nel caso concreto, che contraddistingue il compito del giudice amministrativo, non si limita ad una verifica della legittimità dell'atto, del prodotto finale dell'azione degli apparati pubblici, ma la estende all'itinerario percorso dalla « volontà » amministrativa nel suo formarsi.

([214]) TEZNER, *Handbuch*, cit., p. 27.

È necessario quindi che la pubblica amministrazione sia approdata alla propria decisione « auf rechtmässigem Weg », attraverso una scansione che non prevede soltanto « sachliche und örtliche Zuständigkeit » dell'autorità emanante, ma anche una fase « dibattimentale » in cui si svolge il confronto tra autorità e « parti » e quindi tra interessi pubblici e diritti privati ([215]).

Non sono pochi, certo, gli elementi di « specialità » amministrativa: non soltanto il processo è un modo di svolgimento di una funzione pubblica, la cui destinazione è in primo luogo « l'attuazione della legge, cioè del diritto in senso obbiettivo » ([216]), ma nel momento in cui si applica ad una funzione che è prima di tutto « attività », realizzazione attiva del pubblico interesse, si è costretti anche a mutare in modo sostanziale gli elementi introduttivi del « giudizio » e la centralità dell'« azione » nel processo civile lascia spazio ad una *Offizialmaxime* che affida direttamente all'autorità amministrativa « den führenden Weg », indipendentemente dalle istanze delle parti private ([217]).

Il procedimento si dispiega così secondo un modello « inquisitorio » in cui il « pubblico » conserva i privilegi della sovranità ed il ruolo della *Mitwirkung* del cittadino si conforma alle esigenze dell'autorità.

L'accoglienza drasticamente negativa che il volume di Tezner ebbe nella giuspubblicistica tedesca ci offre però anche un preciso elemento di valutazione dell'aperta novità del contributo del giurista austriaco e delle capacità eversive che il modello — sia pur non partecipativo — del procedimento possedeva in un sistema dogmatico incentrato sulla « libertà » dell'amministrazione.

È Georg Meyer ([218]) a contestare da una parte la precarietà delle basi normative e giurisprudenziali sottese al tentativo di sistemazione dogmatica di Tezner, dall'altra — inaugurando un atteggiamento « antiprocedimentale » della scienza amministrativistica tedesca fortemente resistente anche in periodo weimaria-

([215]) *Ibid.*, p. 27 e pp. 33 e ss.; 87 e ss.; 131 e ss.

([216]) La definizione è di G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, 1928 (4ª ed.), p. 65.

([217]) TEZNER, *Handbuch*, cit., p. 180.

([218]) Nella recensione al volume di Tezner redatta per l'*Archiv des öffentlichen Rechts*, XII (1897), pp. 282 e ss.

no ([219]) — a negarne persino la possibilità teorica e l'utilità pratica, ribadendo l'insuperabilità del confine tradizionale tra giustizia e amministrazione saldamente fissato sul discrimine invalicabile del potere discrezionale.

Il confronto si sposta sulla definizione stessa di amministrazione ed il procedimento si rivela chiaramente come frutto fondamentale, ma specifico di un modello più ampio in cui *Justizmässigkeit* diventa termine sintetico di un processo di giuridicizzazione del potere amministrativo di cui procedimento, atto, legalità sono, sui diversi livelli, i principali momenti di attuazione.

Ne è tuttavia anche uno dei prodotti più sofisticati e certo uno dei simboli dell'amministrazione di garanzia: nel momento in cui l'amministrazione si lascia penetrare dagli istituti processuali, non solo come forma del proprio contenzioso e neppure soltanto come scansione concettuale in grado di dar conto del farsi dell'atto come fattispecie a formazione progressiva ([220]), ma diret-

([219]) Si veda il capitolo « Verwaltungsrecht und Prozessrecht » nel volume di SPIEGEL, *Die Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., pp. 79 e ss., forse non contrario in via pregiudiziale all'istituto procedimentale, ma tutto teso, comunque, ad affermare la *Verchiedenartigkeit* delle forme processuali amministrative rispetto a quelle civilistiche. Sull'« inaccessibilità » di una sintesi delle disposizioni, disperse nel diritto positivo, relative al procedimento amministrativo si veda P. SCHOEN, *Deutsches Verwaltungsrecht. Allgemeine Lehren und Organisation*, in *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, (HOLTZENDORFF-KOHLER), Bd. 4, 7. Aufl., München und Berlin, 1914, pp. 218-19. Ed infine sul fatto che nel diritto amministrativo esista in realtà soltanto « ein formloses ' Instruktionsverfahren ' », cfr. KORMANN, *System*, cit., p. 173. Non ci risultano in periodo weimariano contributi particolarmente rilevanti offerti dalla giuspubblicistica tedesca in tema di procedimento amministrativo. Si veda però A. KÖTTGEN, *Die thüringische Landesverwaltungsordnung unter besonderer Berücksichtigung der Verwaltungsreform des Sommers 1930*, in *Verwaltungsarchiv*, 36 (1931), pp. 178 e ss., per un'analisi delle novità dell'ordinamento amministrativo della Turingia nell'ambito della « justizförmige Verwaltung ». Sui vari tentativi (ma sempre a livello di *Länder*) di approdare ad una codificazione delle norme sul procedimento, nel corso degli anni trenta, cfr. STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre in der Weimarer Republik*, cit., p. 89; C.H. ULE, *Die Kodifizierung des Verwaltungsverfahrensrechts*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 5, *Die Bundesrepublik Deutschland*, cit., pp. 1164-65.

([220]) Per un approdo di questo tipo nella coeva letteratura italiana,

tamente come modulo di realizzazione dell'attività e quindi della funzione, gli stessi strumenti giuridici già ampiamente sperimentati nel processo civile e penale non possono non scalfire anche in questo caso segretezza ed *arcana imperii* dell'amministrazione e garantire quindi una maggiore trasparenza ed una più agevole controllabilità dell'azione amministrativa.

« Dibattimento », « motivazione » e « cosa giudicata » rendono così possibile rispettivamente una maggiore completezza della istruzione integrata dall'audizione delle parti interessate e dalla valutazione dei mezzi probatori e quindi da un diretto confronto con le situazioni soggettive dei cittadini che ne rende più facile la salvaguardia e la considerazione, una puntuale pubblicità e giustificazione della decisione amministrativa ed infine una particolare stabilità del provvedimento emanato ([221]).

Che questi principi siano stati poi puntualmente recepiti e sviluppati a quasi trent'anni dal volume di Tezner dallo stesso legislatore austriaco ([222]) può forse dimostrare che la lacunosità delle fonti di cui l'*Handbuch* era stato accusato aveva comunque offerto alla futura codificazione un insieme di linee sufficientemente organiche e in grado d'interpretare e d'indirizzare una giurisprudenza nata dal controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa.

Se la dottrina tedesca aveva dimostrato sin dalla citata recensione di Georg Meyer forti resistenze a tradurre sul terreno amministrativo le strutture processuali, abbiamo visto però che proprio sul più classico istituto giurisdizionale, la sentenza, Otto Mayer aveva costruito l'atto amministrativo.

S'innesta a questo punto una circolarità significativa che relativizza la radicale opposizione tra gli sviluppi austriaci e quelli tedeschi e che ci pone di fronte alla notevole fortuna dei modelli giurisdizionali ed al loro rifluire verso costruzioni giuridiche elaborate intorno al polo unitario dell'amministrazione imperativa.

Abbiamo cercato di mostrare nelle pagine precedenti l'importanza e la centralità che la costruzione *urteilsähnlich* dell'atto am-

---

CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1911, pp. 557-58 della ristampa a cura di Giovanni Miele, Padova, 1960.

([221]) TEZNER, *Handbuch*, cit., rispett. pp. 131, 202, 295.

([222]) Nel *Verwaltungsverfahrensgesetz* del 21 luglio 1925 tuttora vigente nella *Fassung* del 23 maggio 1950.

ministrativo assumeva nel sistema di Otto Mayer. Ne abbiamo visto la stretta funzionalità ai processi di giuridicizzazione della amministrazione, ma anche la contraddittoria combinazione tra diritto e potere ed i limiti intrinseci di un processo di *Justizmässigkeit* legato in modo strettissimo all'autonomia costituzionale degli apparati e quindi fortemente resistente a percorrere fino in fondo gli itinerari del principio di legalità.

Abbiamo anche ripercorso le difficoltà dogmatiche di una manifestazione di volontà amministrativa rigidamente ancorata alla imperatività e all'autoritarietà, e del tutto refrattaria — almeno a livello definitorio — agli elementi negoziali, anche se poi subito costretta a predisporre strumenti che in qualche modo tenessero conto degli elementi di consensualità non eliminabili dall'azione amministrativa.

Ed abbiamo registrato anche il venir meno di quella centralità, con i mutamenti strutturali dei compiti pubblici ed il crescere degli strumenti pattizi adoperati dall'amministrazione, e l'affievolirsi del valore paradigmatico del provvedimento come forma per eccellenza dell'azione degli apparati pubblici e simbolo stesso dello Stato amministrativo.

I percorsi che conducono da una parte all'affermazione del procedimento come modo di concretizzazione della funzione amministrativa e dall'altra le vie lungo le quali corrono la vicenda dell'atto, i suoi approfondimenti dogmatici ed emerge la natura « ottocentesca » dell'istituto, sono quindi diversi, si riferiscono a scansioni concettuali spesso anche alternative e a vicende istituzionali, quella austriaca e quella tedesca, non sempre comunicabili e caratterizzate, pur nell'adozione di comuni linguaggi scientifici e linguistici, da vistose « nazionalità ».

Ma è anche vero che nelle pagine di Adolf Merkl in cui, con preciso parallelismo al compiersi degli itinerari istituzionali, iniziati con la giurisprudenza del *Verwaltungsgerichtshof*, nella codificazione del 1925, il procedimento riunifica queste sue origini « storiche » ad una più ampia prospettiva di teoria generale, scandita dal diffondersi del processo nelle diverse funzioni dello Stato, proprio quel modello teorico fissato da Otto Mayer con la definizione dell'atto amministrativo come dichiarazione autoritativa del

diritto nel caso concreto rivive una centralità forse insospettabile nella radicale alternatività dei disegni progettuali ([223]).

L'esperienza teorica ed istituzionale austriaca ci offre, con la definitiva diffusione dei modelli giurisdizionali dell'amministrazione, forse il momento più sofisticato dell'elaborazione di una amministrazione di garanzia, costruita con la penetrazione completa dei dati normativi nelle pieghe del potere pubblico e con l'estendersi del principio di legalità nelle linee di un *Totalvorbehalt*.

Viene meno la dicotomia tra giurisdizione e amministrazione ridotta ad una differenza di tipo organizzativo tra l'indipendenza del giudice ed il vincolo gerarchico dell'amministratore ([224]); l'amministrazione si dota addirittura di un proprio « processo » come modo di attuazione della funzione e come forma della decisionalità amministrativa, utilizzando uno dei *Prozesswege* mediante i quali si svolge la dinamica dell'ordinamento.

Viene meno — ne abbiamo visto i risvolti costituzionali nell'itinerario del principio di legalità — l'autonomia dell'amministrazione, e le iniziali, vistose contraddizioni tra diritto e potere che avviluppavano i tentativi di giuridicizzazione di Otto Mayer si « risolvono » in una sofisticata costruzione teorica che salva — con il compenetrarsi di « creazione » ed « esecuzione » del diritto — i margini di autonomia delle diverse funzioni dello Stato e mantiene gli spazi necessari alla *interpositio auctoritatis* ([225]), ma

---

([223]) MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. pp. 213 e ss. Si vedano comunque anche L. ADAMOVICH, *Grundriss des österreichischen Staatsrechtes (Verfassungs- und Verwaltungsrecht)*, Wien, 1927, pp. 278 e ss.; HERRNRITT, *Österreichisches Verwaltungsrecht. Ein Grundriss der Rechtstheorie und Gesetzgebung der inneren Verwaltung*, cit., pp. 107 e ss. Sulla continuità cui accenniamo nel testo, tra le costruzioni di Otto Mayer e gli approdi della scuola di Vienna, già le osservazioni di RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, cit., pp. 11-13; BADURA, *Das Verwaltungsverfahren*, in *Allgemeines Verwaltungsrecht*, hrsg. von H.U. Erichsen und W. Martens, Berlin und New York, 1978 (3. Aufl.), pp. 270 e ss.

([224]) MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 21 e ss.

([225]) HELLER, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, cit., p. 117, per il superamento del modello « razionalistico » dell'esecuzione di legge, sulla base della considerazione che « jede Konkretisierung des Gesetzes durch den Richter und Verwaltungsbeamten eine folgenreiche in-

che sfrutta anche i momenti legittimanti che provengono dai processi generali dell'ordinamento, in cui si intersecano i diversi piani della costituzione in senso logico-giuridico ed in senso positivo ([226]).

Si chiude così il cerchio procedimento-atto-legalità con un ultimo tassello di garanzia che s'innesta direttamente nel farsi dell'azione amministrativa.

Ed è un cerchio perfetto, un modello « ideale » in cui la specialità come privilegio sembra aver lasciato definitivamente il posto alla specialità come garanzia.

Ma questa garanzia è costruita anche in modo indissolubilmente congiunto all'imperatività, all'intrinseca autoritarietà del potere. Ed in questo senso, sia pur filtrato dal rinnovamento del modello costituzionale, lo schema mayeriano dell'atto, che dichiara nel caso concreto « was für ihn — un suddito ormai probabilmente cittadino — Rechtens sein soll » ([227]), rivive, sotto le mutate vesti dogmatiche del provvedimento che crea una norma individuale, la centralità conquistata a suo tempo nel *Deutsches Verwaltungsrecht*.

Sarebbe scorretto sottovalutare la portata innovativa che il modello costruito sul rifiuto della dicotomia pubblico-privato aveva dimostrato sul piano delle realizzazioni dogmatiche e proprio questo abbiamo cercato di mostrare nelle pagine precedenti.

Certo però, c'è un punto in cui l'inversione concettuale del rapporto tra sovranità e diritto ([228]) deve arrestarsi di fronte alla realtà del potere e l'imperatività della norma individuale che l'amministrazione « crea » con il provvedimento rimane il simbolo persistente di un'amministrazione costruita intorno al polo « autorità », anche se ormai reinserita nell'unità dell'ordinamento.

---

terpositio auctoritatis bedeutet ». Risulta così evidente, al di là delle contrapposizioni metodologiche, il convergere di Heller, a questo proposito, su posizioni proprie della Scuola di Vienna. Si vedano anche, *retro*, le note 117, 142, 145.

([226]) Cfr. *retro* nota 150.

([227]) Secondo la più volte richiamata definizione di MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 95.

([228]) BOBBIO, *Kelsen e il problema del potere*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LVIII (1981), spec. pp. 561 e ss.

E questa unità dell'ordinamento una dicotomia fondamentale è pur costretta a conservare: il discrimine tra eteronomia ed autonomia diventa a questo punto il criterio « giuridico » secondo il quale si distinguono diritto amministrativo e diritto privato e l'unitarietà logica che caratterizza negozio, atto e sentenza si risolve in una suddivisione tra due diverse tecniche di emanazione delle norme individuali.

Di contro alla radicale alternatività dei modelli teorici, nella loro realizzazione dogmatica le distanze si accorciano ed il diritto amministrativo ci riflette chiaramente l'immagine di un'amministrazione indissolubilmente autorità, potere, ci dischiude il regno, ormai più vasto anche di quello della *Justiz*, delle norme individuali autoritarie ([229]).

Ed appunto di questo modo eteronomo di creazione del diritto, il procedimento — come abbiamo visto — diveniva la forma processuale peculiare, funzionale ad un'amministrazione autocratico-burocratica e modo di esternazione di una funzione in cui l'autorità riemerge nell'imperatività della norma individuale.

Il modello amministrativo finisce così per ancorarsi esclusivamente al momento legittimamente offerto dall'esecuzione di legge e rifiuta, anche in nome del primato della democrazia della legislazione, ogni diverso rapporto tra politica e amministrazione ([230]).

Le potenzialità — pur notevoli nel panorama dell'epoca — offerte dalla *Mitwirkung* del cittadino vengono confinate nella realizzazione della legittimità amministrativa ([231]), escludendo più dirette possibilità partecipative perché in ultima analisi « pericolose »

([229]) MERKL, *Prolegomena*, cit., pp. 1311 e ss.; KELSEN, *Staatsform als Rechtsform*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, V (1925-26), ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., Bd. 2, pp. 1689 e ss., per la distinzione tra autonomia ed eteronomia come modi di produzione normativa « democratico » ed « autocratico »; ID., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 209-10, il paragrafo già ricordato dal titolo « Autonomia ed eteronomia. (Diritto privato e diritto amministrativo) ».

([230]) Lo vedremo nel primo capitolo della terza parte del volume.

([231]) MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 213 e ss.: una *Mitwirkung* che pur non esprimendo un modello partecipativo di procedimento, permette una valutazione comparativa degli interessi in gioco e quindi, tempera il carattere unilaterale ed imperativo della manifestazione amministrativa.

per la centralità indiscutibile del principio di legalità e per l'idea secondo la quale « der demokratische Staat ist wesentlich ein Gesetzesstaat » ([232]).

L'imperatività che l'azione amministrativa conserva anche con la sua definitiva giuridicizzazione possiede del resto anche decisivi risvolti polemici contro il modello dello *Justizstaat*: la critica kelseniana all'« idea ipertrofica dell'indipendenza giudiziaria » rappresenta anche il frutto logico del programmato e compiuto processo di riconduzione al diritto della « libertà » amministrativa ([233]).

Ricostruito il potere amministrativo come potere giuridico, la cui stessa attuazione avviene attraverso una procedura giuridica ([234]), non si frappongono più ostacoli a stabilire un preciso vincolo del giudice ordinario all'atto amministrativo, certo non più sulla base della divisione dei poteri, ma appunto in nome dell'avvenuta parificazione giuridica tra giustizia e amministrazione ([235]).

E non stupisce allora che proprio come componente fondamentale della conquistata, integrale giuridicità dell'amministrazione, la *Rechtskraft* dell'atto amministrativo, già chiaramente emersa nella letteratura austriaca intorno ai modelli giurisdizionali della amministrazione ed approdata al riconoscimento normativo della peculiare stabilità del provvedimento con la legge del 1925 sul procedimento amministrativo, trovi specialmente in Adolf Merkl un convinto assertore ed un assiduo propugnatore ([236]).

([232]) KELSEN, *Geschworenengericht und Demokratie. Das Prinzip der Legalität*, in *Neue Freie Presse*, 3 febbraio 1929, ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., p. 1777. Su quest'articolo che svela una scarsa simpatia di Kelsen per l'istituto della giuria torneremo nel primo capitolo della terza parte.

([233]) KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, cit., p. 140.

([234]) *Ibid.*, pp. 139-40.

([235]) *Ibid.*, p. 139 e per un'inquadramento sistematico dell'articolo 68 della legge austriaca sul procedimento amministrativo — cui Kelsen fa riferimento — relativo alla revoca dei *Verwaltungsakte*, cfr. ANTONIOLLI-KOJA, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 534 e ss.

([236]) MERKL, *Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1919, ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., Bd. 2, pp. 1203 e ss.; ID., *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung*, Leipzig, 1923, ed infine, le pagine dedicate a questo tema in *Allgemeines*

Il progetto della « pubblicizzazione » è così battuto nei suoi risvolti ideologici, con il superamento ormai radicale di un modello costituzionale fondato sull'autonomia dell'amministrazione e sulla netta contrapposizione tra *Justiz* e *Verwaltung*.

La specialità amministrativa così grevemente costruita sulla pesante eredità *polizeistaatlich* rimane consegnata alla letteratura della monarchia costituzionale ed il manto della legalità copre tutte le manifestazioni amministrative che ormai prendono forma attraverso un processo giuridicamente regolato.

La completa giuridicizzazione del potere amministrativo riconferma però anche la tipica equiparazione mayeriana tra atto e sentenza ed inserendo l'atto nel processo di creazione normativa ne perpetua anche l'intrinseca ed originaria imperatività.

La rilegittimazione normativa che l'amministrazione consegue con il dispiegarsi del principio di legalità rinnova così l'immagine tradizionale dell'amministrazione come potere disegnata nelle pagine di Otto Mayer.

La negozialità si conferma attributo incompatibile con il potere amministrativo ed un canale attraverso il quale non si può svolgere il processo di giuridicizzazione della *Verwaltung*. Se le vistose tracce di autonomia dell'amministrazione ancora ben salde nel sistema di Mayer si dissolvono nei processi generali di legittimazione dell'ordinamento, rimane tuttavia quell'originaria commistione tra autorità e garanzia di cui l'atto, fondendo insieme *imperium* e giuridicità aveva rappresentato l'espressione più evidente.

L'eteronomia intrinsecamente connessa alla funzione amministrativa resta la radice ineliminabile della sovranità, di una « realtà » dello Stato distrutto negli artifici delle sue immagini, ma persistente e non rimuovibile come potere e perciò fonte continua di specialità: una specialità che nell'oggettività della tutela, offerta

---

Verwaltungsrecht, cit., pp. 201 e ss. Sull'estensione della regiudicata al provvedimento amministrativo, GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., p. 187, mentre per le forti « specialità » che l'istituto civilistico della *Rechtskraft* deve registrare nell'applicazione alla stessa giustizia amministrativa, cfr. MAYER, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen*, in *Archiv für öffentliches Recht*, XXI (1907), pp. 1 e ss., ora in ID., *Kleine Schriften zum öffentlichen Recht*, Bd. 1, cit., pp. 78 e ss.

da un sistema di giustizia amministrativa ancorato alla funzione cassatoria e ai rigidi binari della legittimità, e quindi nel restringersi degli spazi per una completa tutela giurisdizionale trova una non ultima conferma ([237]).

Il modello basato sul rifiuto della dicotomia pubblico-privato non « riesce » quindi a sostituire completamente diritto a potere e l'immagine del « pubblico » deve scontare nel suo fissarsi a livello dogmatico sostanziosi momenti di continuità con le costruzioni tradizionali e conservare evidenti margini di specialità.

Non per questo ci sembra però che se ne possano sottovalutare le « conquiste » o la grande opera di svecchiamento del diritto amministrativo dai pesanti residui della monarchia costituzionale: quel « formalismo », di cui oggi appaiono evidenti le ristrettezze metodologiche, rimane pur sempre un esempio di grande portata di un uso consapevole del giuridico come strumento di limitazione del potere, una testimonianza ancora vitale di un tentativo d'imbrigliare gli elementi decisionistici del diritto in una coerente catena di legittimazione normativa ([238]).

Non è comunque un punto di arrivo, se questa amministrazione di garanzia, appena teorizzata compiutamente, è già insufficiente di fronte alle trasformazioni e la sua dogmatica — come lo stesso Kelsen aveva rivelato ([239]) — acquista un improvviso sapore « ottocentesco ».

Nel momento in cui il quadro si completa secondo tutte le sue componenti, il quadro stesso non riesce più a raffigurare, sinteticamente, compiti, funzioni, forme dell'attività degli apparati pubblici.

([237]) MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 375, per una definizione della giustizia amministrativa come « Überprüfung von Verwaltungsakten ». Si tratta di una linea « oggettivista » compiutamente percorsa per esempio nell'opera di Giacometti (*retro* note 83 e 178), ma ormai superata in chi, come Norbert Achterberg, pur ispirandosi alla Scuola di Vienna, è approdato al costrutto del « rapporto amministrativo » (*retro* note 73 e 234 — prima sezione — ed infine nota 179).

([238]) Cfr. A. CATANIA, *Decisione e norma*, Napoli, 1979, per una revisione dell'interpretazione tradizionale del normativismo kelseniano ed in particolare p. 61 per una analisi degli elementi decisionistici presenti nella costruzione dinamica del diritto propria della Scuola di Vienna.

([239]) KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, cit., p. 156.

L'unità amministrativa si spezza, l'atto amministrativo non rappresenta più la forma principale del *Verwaltungsstaat*, i rapporti tra pubblico e privato, tra autorità e consenso si disegnano secondo nuovi equilibri. L'amministrazione diretta reclama nuove strutture concettuali, mentre di fronte alle trasformazioni strutturali i problemi di garanzia, che quel modello ottocentesco sembrava aver definitivamente risolto, si riaprono in una nuova, difficile complessità.

PARTE SECONDA

STATO SOCIALE E AMMINISTRAZIONE PER SERVIZI: I NODI TEORICI DI UNA TRASFORMAZIONE STRUTTURALE

Premessa.
1. Una sintesi difficile: il problema dell'unità amministrativa.
2. *Die öffentliche Anstalt*: un istituto giuridico per la crescita delle funzioni amministrative.
3. Modernizzazioni dogmatiche ed inversione dei modelli costituzionali: i primi passi del diritto amministrativo nazionalsocialista.

Premessa.

La salda delineazione del modello dell'amministrazione di garanzia che, a conclusione dei complessi rivolgimenti teorici che abbiamo cercato di ricostruire nelle pagine precedenti, si fissa nella sintesi elaborata dalla Scuola di Vienna, rappresenta sotto molti aspetti la definitiva conclusione di un processo di progressiva depurazione del potere amministrativo dai retaggi *polizeistaatlich* in corso ormai sin dalla fine dell'Ottocento.

La sofisticata giuridicizzazione « totale » dell'amministrazione imperativa che si celebra con l'estensione delle forme processuali ai modi di formazione e di esternazione della decisionalità degli apparati stabilisce un rilevante punto di arrivo di un itinerario « costituzionale » che, pur tra grandi contrasti e vistose resistenze anche in periodo weimariano, ha tuttavia sottratto il potere amministrativo alla pressante tutela del principio monarchico, « liberandolo » verso processi di legittimazione e di controllo più consoni ad i nuovi equilibri che il pubblico potere conosce nelle costituzioni del primo dopoguerra.

Il provvido dispiegarsi del principio di legalità nei meandri più riposti delle consolidate autonomie amministrative e la concretezza istituzionale che i modelli giurisdizionali di descrizione del potere pubblico conoscono con l'introduzione del procedimento non esauriscono però ancora la complessità delle trasformazioni che tra la prima guerra mondiale e gli anni venti investono le strutture amministrative.

Si apre cioè, in certo qual modo, un fronte ulteriore che incrina la monoliticità del disegno dogmatico ordito intorno ad un'immagine di amministrazione come autorità e saldamente ancorata alla centralità dei propri atti imperativi.

Non si tratta questa volta di registrare i pazienti interventi di aggiornamento costituzionale e di ripulitura teorica di istituti bloccati intorno a definizioni formulate nelle sintesi di fine Ottocento o di seguire le importanti innovazioni connesse allo sviluppo dell'istituto procedimentale.

Quello che ora preme mettere in evidenza è l'impatto che su questi sistemi e su questa dogmatica hanno l'estendersi ed il complicarsi dei compiti dello Stato con lo sviluppo di « prestazioni » e « servizi », con il diffondersi di nuove tipologie di attività e di nuovi moduli organizzativi, con il dissolversi della rassicurante unità statuale in una miriade di amministrazioni disaggregate costrette ad inseguire il proliferare degli interessi e a soddisfare complesse esigenze di mediazione sociale.

Se lo Stato di diritto ottocentesco sembra lasciar spazio a modelli statuali in cui si allentano le distinzioni con il sociale [1],

[1] Abbiamo usato nell'intitolazione di questa parte del lavoro il termine di « Stato sociale » per fini meramente descrittivi, consapevoli tuttavia delle difficoltà di una categoria spesso complicata dalla sovrapposizione di pesanti elementi prescrittivi. Cfr. in particolare GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. I, *Diritto costituzionale generale. Storia costituzionale e politica costituzionale*, Milano, 1977, pp. 141-165. Cfr. anche la raccolta di scritti di Ernst Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, 1964, trad. ital. a cura di C. Amirante, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, che comprende anche la traduzione della relazione *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates* (pp. 31 e ss.), originariamente in *VVDStRL*, Heft 12, Berlin, 1954, pp. 8 e ss. ed ivi, pp. 37 e ss. la relazione parallela di Otto Bachof. Dello stesso Forsthoff si può vedere anche *La Repubblica federale tedesca come Stato di diritto e Stato sociale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, VI (1956), pp. 547 e ss. In questi ultimi scritti i problemi terminologici di definizione dei processi di trasformazione dello Stato si mescolano tuttavia a problemi di più schietta natura normativa coinvolgendo l'interpretazione di quell'articolo 20 del *Grundgesetz* che, definendo la Repubblica federale come « ein demokratischer und sozialer Bundesstaat », sembrava escludere che il termine di « Stato di diritto » potesse essere ancora espressivo dell'organizzazione costituzionale e amministrativa della *Bundesrepublik*. Non a caso proprio in questo periodo le

l'amministrazione inizia a sovrapporre alla dimensione tradizionale dell'*imperium* una dimensione composita e contraddittoria nella quale gli intrecci tra pubblico e privato abbandonano gli equilibri ottocenteschi tra impero e gestione o tra autorità e consenso per una realtà prestazionale che sfuma quegli intrecci e quei confini nella novità dei compiti assunti dagli apparati.

Il venir meno della separazione tra statuale ed economico, tra amministrazione ed economia immette nei tradizionali strumentari amministrativi nuove forme di azione e nuovi modi di organizzazione lacerando l'unitarietà delle strutture burocratiche ed aprendo per il giurista difficili problemi di sintesi e complesse necessità di aggiornamento delle categorie tradizionali.

L'affiancarsi di « neue Organisationsformen » ([2]) e più in generale di quell'universo amministrativo che verrà poi definito come *Leistungsverwaltung* ([3]) accanto all'amministrazione imperativa, all'*Eingriffsverwaltung*, modifica così le immagini consolidate della amministrazione, impone l'elaborazione di nuovi istituti o il radicale rinnovamento di quelli esistenti.

Di fronte all'intenso convergere delle trasformazioni si dischiude così un ulteriore itinerario concettuale scandito dalla capacità e dalla difficoltà dei giuristi di dar conto dei processi innovativi attraverso coerenti costruzioni dogmatiche.

---

formule combinatorie del tipo « Stato sociale di diritto » hanno registrato nuove fortune. Su queste categorie, in generale, si può vedere *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays*, hrsg. von E. Forsthoff, Darmstadt, 1968; BADURA, *Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat*, cit.; BÖCKENFÖRDE, *Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart*, ora in *Staat und Gesellschaft*, a cura dello stesso Böckenförde, Darmstadt, 1976, pp. 395 e ss.

Del « moderne soziale Rechtsstaat » parla comunque già Franz Weyr all'inizio del secolo nel già citato *Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems*, p. 577. Per la diffusione del termine nella letteratura degli anni '30, emblematico E.R. HUBER, *Das deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, Tübingen, 1931, ora in ID., *Bewahrung und Wandlung. Studien zur deutschen Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Berlin, 1975, p. 43.

([2]) FLEINER, *Institutionen*, cit., pp. 120-28, per un importante paragrafo aggiunto nell'ottava edizione del manuale e che esamineremo nel primo capitolo di questa parte del lavoro.

([3]) Rinviamo a quanto diremo nel terzo capitolo.

E si tratta per di più di un itinerario non concluso se ancora oggi un'« amministrazione di garanzia » — se il termine può essere usato anche a questo proposito — non è stata costruita in modo altrettanto convincente sul terreno della *Leistungsverwaltung* e se i problemi del controllo, della tutela, dei limiti di poteri non più autoritativi, ma gestionali, di prestazione, di spesa, *lato sensu* economici, anche se pubblici, risultano ancora in gran parte aperti e non risolti in modo soddisfacente dai tentativi, pur meritori, di non disperdere il patrimonio garantista elaborato intorno all'amministrazione imperativa.

L'impasse che registra un tema centrale come quello della legalità dell'amministrazione di diritto privato ci sembra particolarmente emblematico di un problema *Leistungsverwaltung* ancora aperto e non riducibile ad una esclusiva visione aziendalistica della « efficienza » del servizio reso dagli apparati pubblici (4).

Un itinerario non concluso quindi, ma non per questo meno storicizzabile, perché emerso nella sua complessità proprio nel periodo che stiamo studiando intorno a quell'amministrazione diretta che andava caratterizzando uno Stato amministrativo che vive negli anni immediatamente successivi alla conclusione del primo conflitto mondiale vistosi momenti di accelerazione (5), ma che si

---

(4) Degna di nota può essere in questo campo la giurisprudenza più recente del *Bundesgerichtshof* tedesco che sta introducendo rilevanti precisazioni ed innovazioni nella categoria del *Verwaltungsprivatrecht*. Per una sintesi cfr. BULL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 122 e ss. in un paragrafo dal titolo significativo di *Privatrechtliche Handlungsformen als Ausweg aus verwaltungsrechtlichen Bindungen?* Si vedano comunque anche le osservazioni che svolgiamo *infra* pp. 306 e ss.

(5) Per una prima letteratura di carattere generale cfr. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., pp. 69 e ss.; G. GOZZI, *Stato contemporaneo*, in *Dizionario di politica*, diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino, 1983, (2ª ediz.), pp. 1126-34; G. MELIS, *Amministrazione e mediazione degli interessi: le origini delle amministrazioni parallele*, in *Archivio ISAP*, n. 3, *L'amministrazione nella storia moderna*, Milano, 1985, vol. 2°, pp. 1429 e ss.; R. MAYNTZ, *Soziologie der öffentlichen Verwaltung*, Heidelberg, 1978, trad. ital. a cura di S. Cassese, *Sociologia dell'amministrazione pubblica*, Bologna, 1982, pp. 64 e ss. ed infine i saggi di H. Lubasz, T. Schieder, P. Schiera, nella già citata antologia a cura di Roberto Ruffilli, *Crisi dello Stato e storiografia contemporanea.*

sta costruendo secondo moduli spesso antitetici a quelli inizialmente programmati sul finire dell'Ottocento come cardini teorici dell'autonomia scientifica del diritto amministrativo.

Emerge così una vicenda compiutamente weimariana tutta tesa tra affermazione dei modelli tradizionali e loro crisi improvvisa, tra individuazione di nuove categorie interpretative dei processi di trasformazione in corso e primi approdi dogmatici, in un accavallarsi ed intersecarsi di disegni progettuali del tutto peculiare ad una realtà che vive nel volgere di pochi anni nascita e crisi della Repubblica, sino al drammatico avvento del regime nazionalsocialista.

La cesura più appariscente è a prima vista di tipo metodologico, scandita dal recupero dei *Wohlfahrtszwecke* (6) e dalla « rinascita » della scienza dell'amministrazione (7): una ventata di « realismo » contro una giuspubblicistica asfittica e sorda ai mutamenti della realtà amministrativa, una cesura del resto lucidamente teorizzata da chi, come Ernst Forsthoff, con la fondazione dello Stato nazionalsocialista, immediatamente coniugava approcci « modernizzanti » e scoperta dei mutamenti strutturali con una pesante critica antinormativistica.

Questa riscoperta della « soziale Bedeutung der modernen Verwaltung » (8) non può però secondo noi considerarsi il vero punto di discrimine tra « vecchi » e « nuovi » amministrativisti.

Non solo in questo modo si finirebbe per dare un eccessivo peso interpretativo alle affermazioni programmatiche, fortemente

---

(6) MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel*, cit., pp. 78 e ss.

(7) STOLLEIS, *Die 'Wiederbelebung der Verwaltungslehre' im Nationalsozialismus*, cit.

(8) FORSTHOFF, *Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft*, in *Deutsches Recht*, V (1935), pp. 398-400. Ernst Forsthoff (1902-1974) si abilita nel 1931 con lo scritto *Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat. Eine Untersuchung über die Bedeutung der institutionellen Garantie in den Artikeln 127 und 137 der Weimarer Verfassung*, Tübingen, 1931. Allievo di Carl Schmitt, identificatosi in un primo momento senza veli con il regime nazista (cfr. lo scritto *Der totale Staat*, Hamburg, 1933), rifiutò in seguito collaborazioni più organiche. Professore ad Heidelberg dal 1943 vi è rimasto sino alla *Emeritierung* nel 1967. Per queste notizie biografiche, MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel*, cit., p. 82. Per l'indicazione della letteratura esistente sulla sua figura intellettuale rinviamo in particolare al terzo capitolo di questa parte.

imbevute di proclami ideologici, di un Forsthoff, di un Köttgen ([9]) o di un Koellreutter ([10]), ma, continuando ad attribuire a questa « Faszination durch die Fakten » ([11]) il pomposo e « positivo » termine di « realismo », si rischia anche di perpetuare un approccio ai problemi dell'amministrazione di prestazione che in nome del richiamo ai fatti ricacci indietro i « formalistici » problemi della legalità, del controllo, della garanzia, di perpetuare cioè un'immagine di amministrazione costruita senza e contro il filtro costituzionale e proprio perché istituzione insostituibile per il *Dasein* ([12]), volano centrale del processo di legittimazione dell'intero ordinamento.

([9]) Arnold Köttgen (1902-1967) abilitatosi con Otto Koellreutter nel 1928, professore a Greifswald dal 1931 sino alla chiusura di questa università nel 1939, fu impiegato durante il secondo conflitto mondiale nell'amministrazione civile della Slesia. Arrestato dalle truppe sovietiche nel 1945, rimase in un campo di concentramento per tre anni. Ha ripreso la carriera accademica nel 1949 per giungere, nel 1952, ordinario a Gottinga come successore di Rudolf Smend. Per queste notizie biografiche cfr. STOLLEIS, *ad vocem*, in *Neue deutsche Biographie*, Bd. 12, Berlin, 1980, pp. 412-13.

([10]) Otto Koellreutter (1883-1972) abilitatosi nel 1920 a Friburgo con Richard Schmidt, ordinario prima ad Halle e poi ad Jena, rappresenta una figura significativa di quella « bürgerliche nationalkonservative Gegnerschaft » alla Repubblica di Weimar che credette di poter vedere nel nazismo un'alternativa politica praticabile. Curatore del *Verwaltungsarchiv* dal 1933 al 1942 si allontanò progressivamente dal regime. Collocato a riposo nel 1949, emerito nel 1952. Per queste notizie biografiche cfr. STOLLEIS, *ad vocem*, in *Neue deutsche Biographie*, Bd. 12, cit., pp. 324-25.

([11]) W. HENNIS, *Politik und praktische Philosophie. Eine Studie zur Rekonstruktion der politischen Wissenschaft*, Neuwied am Rhein und Berlin, 1963, p. 69, per una critica a Forsthoff che analizzeremo nel terzo capitolo di questa parte.

([12]) Si tratta di un termine che ampiamente circolante nell'esistenzialismo tedesco (Karl Jaspers e Martin Heidegger — cfr. anche *infra* nota 266), acquista nelle pagine dei giuristi un ulteriore valore semantico, in stretta correlazione con i processi di trasformazione dell'amministrazione e dei compiti propri di uno Stato ormai diversissimo da quello ottocentesco: « ein Staat, der in seiner Verwaltung das Lebensschicksal von Millionen in der Hand hält, über Möglichkeiten der Formung und Umgestaltung des Daseins verfügt, die dem Staat des 19. Jahrhunderts nicht zu Gebote standen ». (FORSTHOFF, *Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., p. 399).

È la dimensione costituzionale ancora una volta il punto di discrimine, come lo era stata nell'elaborazione dell'amministrazione di garanzia, nella critica di Kelsen a Mayer.

È il modello globale, ideologico che orienta i processi di rinnovamento dogmatico ed è intorno al trasformarsi del concetto di « pubblico », di unità amministrativa, intorno al diverso dislocarsi del polo pubblicistico del potere che si orientano le « modernizzazioni » teoriche o la crescente capacità dei giuristi di dare un volto sintetico alle « modernizzazioni » istituzionali.

Il problema del crescere impetuoso dei compiti pubblici, lo sviluppo di uno Stato compiutamente amministrativo non possono essere letti, sul lato dei giuristi, soltanto alla luce del grado di consapevolezza che questi dimostrarono dei processi di trasformazione in corso — ché in questo senso la precoce scoperta kelseniana della categoria dell'amministrazione diretta ([13]) troncherebbe la questione alla radice —, ma ricostruendo la complessità del discorso giuspubblicistico, ripercorrendo prima i disagi dogmatici della scienza giuridica di fronte alla nuova realtà amministrativa e poi la crescente sicurezza interpretativa, pilotata, dopo la parentesi della « Demokratie ohne Volk », dello « Staat ohne Substanz » ([14]), dal drammatico ritorno organicistico di una « Herrschaftsordnung » ([15]), cercando cioè di riscoprire l'intreccio delle trame costituzionali e

amministrative, il nesso strettissimo tra *Verfassung* e *Verwaltung*.

1. *Una sintesi difficile: il problema dell'unità amministrativa.*

« Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht »: la frase, famosissima, tante volte citata, spesso fraintesa, compariva nel 1924 nella prefazione che Otto Mayer aveva inserito nella terza ed ultima edizione del suo *Deutsches Verwaltungsrecht* ([16]).

([13]) KELSEN, *Die Lehre von den drei Gewalten*, cit., pp. 97 e ss.

([14]) FORSTHOFF, *Der totale Staat*, cit., p. 20.

([15]) *Ibid.*, pp. 30 e ss.

([16]) Cfr. il *Vorwort* alla terza edizione del *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1924. Sui fraintendimenti della formula mayeriana cfr. F. WERNER, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 74 (1959), pp. 527 e ss., il cui titolo è divenuto a sua volta un adagio che nella letteratura tedesca viene assai di frequente —

A cinque anni di distanza dalla « Verfassung des Deutschen Reiches » Mayer riproponeva i tempi lunghi del diritto amministrativo, la continuità delle strutture e delle norme, degli apparati e delle costruzioni dogmatiche dell'amministrazione, di fronte alle ultime, drammatiche vicende della storia tedesca: la guerra, la cesura rivoluzionaria, il difficile avvio tra riparazioni e disoccupazione, tra crisi economica e conflitti sociali della vita politica della Repubblica ([17]).

E certo, anche in questo caso la lunga durata dei movimenti amministrativi dimostrava ancora una volta di essere la vera scansione cronologica dei processi di trasformazione di un'amministrazione scarsamente permeabile dalle novità costituzionali di una Repubblica nata « ohne republikanische Beamte » ([18]) e precariamente eretta ([19]) sulla rigida continuità di un ceto burocratico rimasto fedele alla monarchia e non rinnovato né ristrutturato con il radicale mutamento della forma di governo ([20]).

Ma proprio di fronte ai tempi lunghi delle trasformazioni amministrative il programmato e dichiarato disinteresse di Mayer

---

e con eccessivi schematismi — contrapposto proprio a questa famosa frase di Otto Mayer.

([17]) Fra le opere generali di cui ci siamo serviti ricordiamo, oltre ai già citati WEHLER, *L'impero guglielmino 1871-1918* e CRAIG, *Storia della Germania 1866-1945*; A. ROSENBERG, *Geschichte der deutschen Republik*, Karlsbad, 1935 (ristampato con il titolo *Geschichte der Weimarer Republik* a Francoforte nel 1961), trad. ital. a cura di L. Paggi, *Storia della Repubblica di Weimar*, Firenze 1972; K.D. BRACHER, *Die Auflösung der Weimarer Republik. Eine Studie zum Problem des Machtverfalls in der Demokratie*, Düsseldorf, 1984 (I ed., 1955); H. SCHULZE, *Weimar. Deutschland 1917-1933*, Berlin, 1982; G.E. RUSCONI, *La crisi di Weimar. Crisi di sistema e sconfitta operaia*, Torino, 1977; E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. VII, *Ausbau, Schutz und Untergang der Weimarer Republik*, Stuttgart, 1984.

([18]) R. MORSEY, *Zur Beamtenpolitik des Reiches von Bismarck bis Brüning*, in *Demokratie und Verwaltung. 25 Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, Berlin, 1972, p. 111.

([19]) H. SCHULZE, *Das Scheitern der Weimarer Republik als Problem der Forschung*, in *Weimar. Selbstpreisgabe einer Demokratie. Eine Bilanz heute*, hrsg. von K. Erdmann und H. Schulze, Düsseldorf, 1980, pp. 23 e ss.

([20]) MORSEY, *Beamtenschaft und Verwaltung zwischen Republik und Neuem Staat*, in *Weimar. Selbstpreisgabe einer Demokratie*, cit., pp. 151 e ss.

per le modifiche intervenute durante la guerra — « für die rechtswissenschaftliche Erkenntnis geht damit kaum etwas verloren » ([21]) — doveva rappresentare, anche per un maestro quasi indiscutibile della classicità amministrativa, un atteggiamento di eccessiva sufficienza.

E proprio questo si faceva notare in una recensione redazionale del *Verwaltungsarchiv* a firma di uno dei curatori della rivista, Alfred von Keil, pronto certo a riconoscere il valore paradigmatico del *Deutsches Verwaltungsrecht*, ma anche a sottolineare la crescente improbabilità della descrizione di fronte ad una realtà amministrativa che stava ormai imboccando strade assai diverse da quelle formalizzate sul finire dell'Ottocento nelle pagine del fortunato manuale di Otto Mayer: « freilich die unmittelbare Gegenwart zeigt ein wesentlich anderes Bild » ([22]).

La morte di Mayer, nell'agosto dello stesso 1924, offriva del resto « occasioni » per una prima valutazione dell'opera del grande maestro. È ancora il *Verwaltungsarchiv*, a poche pagine di distanza dalla recensione di Keil, ad ospitare, per la firma dell'altro curatore della rivista, Erich Kaufmann, un necrologio che, lungi dal rimaner prigioniero della retorica di occasione o di intenti meramente laudativi, rinverdiva una contrapposizione dialettica che sappiamo ben viva sin da prima della guerra ([23]).

A dieci anni di distanza dalla voce enciclopedica nello « Stengel-Fleischmann », la critica di Kaufmann si arricchisce e la polemica contro la « francesizzazione » forzata del diritto amministrativo tedesco, sino ad allora fondata su di un argomento di tipo storico, si snoda ormai anche secondo valutazioni relative al presente: ed è proprio di fronte all'inaspettato sviluppo dei compiti amministrativi, realizzato in gran parte sfruttando « die elastischen Formen des

---

([21]) Così Otto Mayer nel citato *Vorwort* alla terza edizione del *Deutsches Verwaltungsrecht*.

([22]) KEIL, *rec. cit.*, p. 358. Si veda anche la recensione di Heinrich Triepel alla terza edizione del manuale di Mayer, anch'essa citata *retro* nota 15 (prima parte - prima sezione). Richiama opportunamente l'attenzione su queste recensioni STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre in der Weimarer Republik*, cit., p. 81.

([23]) KAUFMANN, *Otto Mayer*, cit. Si veda anche *retro* il secondo capitolo della prima parte (prima sezione).

Privatrechts » ([24]), che il progetto « pubblicizzante » dimostra definitivamente i suoi connotati ottocenteschi, svela una ormai irreversibile mancanza di attualità.

La polemica contro le « abstrakte allgemeine Rechtsformen » ([25]) e l'approccio antiformalistico hanno così un impatto preciso sulla comprensione della realtà amministrativa e reintroducono nelle problematiche dell'amministrazione un rapporto tra Stato ed economia scandito dalla materialità degli interventi pubblici nel gioco delle variabili economiche — dalla libertà d'iniziativa ai prezzi, al credito — e da un mondo di servizi e prestazioni giuridicamente « invisibile » in una teoria dell'amministrazione come potere, saldamente ancorata all'identificazione del « pubblico » con i caratteri del *Befehl* e dello *Zwang* ([26]).

I tempi lunghi delle trasformazioni amministrative si stavano in realtà muovendo ormai sin dalla fine dell'Ottocento, da quegli anni '80 in cui le prime ventate « neomercantiliste » — ma quanto diverse da quelle originarie — avevano spazzato via gli ultimi residui del *laissez faire* sostituendovi uno Stato pienamente inserito nel processo economico ([27]), ormai compiutamente *Interventionsstaat* ([28]).

([24]) *Ibid.*, p. 395: « es charakterisiert das Kriegsverwaltungsrecht, dass die öffentliche Verwaltung sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben der Formen des privaten Gesellschaftsrechts bedient hat und mit der Verwendung öffentlichrechtlicher Kategorien so sparsam wie möglich gewesen ist, sie nämlich nur da zur Anwendung gebracht hat, wo obrigkeitliche Eingriffe nicht zu vermeiden waren ». E per la frase citata nel testo cfr. il già citato *Intervento* di Erich Kaufmann in *VVDStRL*, Heft 2, p. 115.

([25]) KAUFMANN, *Otto Mayer*, cit., p. 398.

([26]) BADURA, *Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung*, cit., pp. 624 e ss.; BULL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 15; NIGRO, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, cit., pp. 249 e ss.

([27]) Cfr. per tutti L. FEBVRE, *De l'Etat historique à l'Etat vivant*, in *Encyclopédie Française*, Paris, 1935, tome X, pp. 1 e ss., trad. ital., *Dallo Stato storico allo Stato vivente*, in *Crisi dello Stato e storiografia contemporanea*, cit., pp. 80-81.

([28]) In generale su questa categoria cfr. L. GALL, *Zu Ausbildung und Charakter des Interventionsstaats*, in *Historische Zeitschrift*, 227 (1978), pp. 552-570.

In Germania, già prima della guerra, protezioni all'industria pesante da una parte, socialismo municipale e legislazione sociale dall'altra ([29]), avevano svelato anche ai giuristi le nuove linee di tendenza, il crescente complicarsi ed articolarsi del diritto pubblico e la problematica conservazione della dicotomia stessa tra pubblico e privato col venir meno della contrapposizione tra le due sfere e l'estendersi dei processi di socializzazione ([30]).

Con l'aumento vertiginoso delle spese pubbliche durante il primo conflitto mondiale si segna però un punto di non ritorno nella partecipazione dello Stato al prodotto nazionale ed uno spostamento degli equilibri tra economia pubblica e privata irreversibile nello stesso dopoguerra, pur nella drastica riduzione delle spese militari e nell'andamento altalenante del volume globale delle uscite determinato dalla necessità delle politiche deflazionistiche ([31]).

Il quadro che la Repubblica di Weimar ci offre è quindi quello di un « qualitativ neuen staatlichen Wohlfahrtsinterventionismus » ([32]) che incide certo solo limitatamente sulla proprietà dei mezzi di produzione e sul sistema economico nel suo complesso, scandito da crescenti concentrazioni monopolistiche e da assai limitate socializzazioni di settori produttivi ([33]), ma che innesca comunque notevoli trasformazioni delle strutture organizzative e delle forme d'azione degli apparati amministrativi.

([29]) D. PETZINA, *Das Reich als Republik 1918-1932. Soziale und wirtschaftliche Entwicklung*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 4, cit., pp. 41-45 e p. 52.

([30]) Cfr. per tutti WEYR, *Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems*, cit.

([31]) Per questi profili rinviamo a P.C. WITT, *Finanzpolitik und sozialer Wandel. Wachstum und Funktionswandel der Staatsausgaben in Deutschland 1871-1933*, in *Sozialgeschichte heute. Festschrift für Hans Rosenberg zum 70. Geburtstag*, hrsg. von H.U. Wehler, Göttingen, 1974, pp. 565 e ss.; ID., *Finanzpolitik als Verfassungs- und Gesellschaftspolitik. Überlegungen zur Finanzpolitik des Deutschen Reiches in den Jahren 1930 bis 1932*, in *Geschichte und Gesellschaft*, 8 (1982), pp. 386 e ss.

([32]) PETZINA, *Das Reich als Republik 1918-1932. Soziale und wirtschaftliche Entwicklung*, cit., p. 60.

([33]) Cfr. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., pp. 87 e ss.; M. NUSSBAUM, *Wirtschaft und Staat in Deutschland während der Weimarer Republik*, Berlin, 1978, pp. 48 e ss.

Lo sviluppo di un'attività imprenditoriale di carattere pubblico, che contraddistingue l'amministrazione specialmente a livello comunale ([34]), non rappresenta soltanto un terreno di scontro ed un fattore economico sul quale si scaricano conflitti rilevanti e si realizzano rotture che svelano la precarietà dei compromessi alla base del sistema repubblicano ([35]), non è solo quella che verrà sprezzantemente definita come « kalte Sozialisierung » ([36]), ma costituisce anche un capitolo decisivo di un « complicarsi » dell'amministrazione che ormai dalla fine del diciannovesimo secolo ne ha progressivamente modificato il volto ed i caratteri.

La crescita dell'attività sociale — per usare una terminologia cara a Vittorio Emanuele Orlando — o dell'amministrazione diretta — per usare invece la terminologia kelseniana — ([37]) ha immediate ricadute sui fino ad allora sufficientemente consolidati elementi individuativi dell'amministrazione.

Salta la semplicità dell'organizzazione ([38]) in un progressivo scioglimento dell'amministrazione compatta riunita intorno allo Stato persona in un sistema di amministrazioni disaggregate ([39]) con un caotico e apparentemente contraddittorio sovrapporsi di forme organizzative pubblicistiche e forme invece di schietto diritto privato — fenomeno che in Germania si riscontra in modo prevalente a livello comunale — ([40]).

([34]) BERG, *Aufgaben der Länder und Gemeinden. Wirtschaftsverwaltung einschliesslich Bauwesen*, cit., pp. 421 e ss.

([35]) RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., pp. 22 e ss.; PETZINA, *Das Reich als Republik 1918-1932. Soziale und wirtschaftliche Entwicklung*, cit., pp. 55 e ss.

([36]) RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., pp. 87 e ss.

([37]) V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891, pp. 237 e ss.; KELSEN, *Zur Lehre von den drei Gewalten*, cit., pp. 97 e ss.; e su queste categorie da ultimo NIGRO, *Carl Schmitt e lo stato amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, XL (1986), p. 771.

([38]) NIGRO, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, cit., p. 250.

([39]) GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., pp. 78 e ss. Per un profilo politologico, ORNAGHI, « *Crisi* » *del centro statale e* « *disseminazione* » *di centri politici. Note su un indice di trasformazione dello Stato moderno*, in *Quaderni sardi di storia*, 4 (1984), pp. 43 e ss.; e per una raffigurazione dell'amministrazione come « macrosistema organizzativo » cfr. R. MAYNTZ, *Sociologia dell'amministrazione pubblica*, cit., pp. 103 e ss.

([40]) Sul fatto che in Germania il problema dell'intervento pubblico

Il ricorso frequente ad organi esecutivi straordinari — i *Reichskommissare* ([41]) — più o meno dipendenti dagli organi costituzionali o dalle amministrazioni ministeriali risponde in parte all'esigenza politico-costituzionale di disporre di strumenti per la normalizzazione di particolari situazioni di crisi e di conflitto, ma serve anche per soddisfare la crescente specificità, tecnicità, complessità dei compiti amministrativi e specialmente di quelli di direzione economica e finanziaria, secondo una scelta organizzativa confermata anche dal nazismo per pilotare la propria politica economica e di riarmo ([42]).

Certo che « caduta o ridotta l'autorità ecco apparire l'organizzazione e le sue tematiche » ([43]): la disarticolazione e la disaggregazione delle strutture amministrative insieme al venir meno della separatezza tra apparati e società mettono definitivamente in crisi un modello amministrativo disegnato e riunificato intorno al polo « autorità » e quindi intorno agli strumenti imperativi — e tendenzialmente neutrali — di espressione del potere stesso.

---

venga in gran parte a coincidere con quello delle amministrazioni locali, RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., pp. 88 e ss.; e sulla tendenza ad una « Verselbständigung in privatrechtliche Organisationsformen » da parte delle amministrazioni comunali, BERG, *Aufgaben der Länder und Gemeinden. Wirtschaftsverwaltung einschliesslich Bauwesen*, cit., p. 429. Mentre per un quadro ravvicinato degli intrecci tra pubblico e privato che caratterizzava negli anni venti-trenta il « System des Wirtschaftswerwaltungsrechts », cfr. E.R. HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht. Institutionen des öffentlichen Arbeits- und Unternehmensrechts*, Tübingen, 1932, pp. 5 e ss.

([41]) E. MÄDING, *Die Reichskommissare der Weimarer Republik*, in *Die Verwaltung*, 18 (1985), pp. 51 e ss.

([42]) PETZINA, *Die Zeit des Nationalsozialismus 1933-1945. Soziale und wirtschaftliche Entwicklung*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 4, cit., pp. 664 e ss.; W.A. BOELCKE, *Die Zeit des Nationalsozialismus 1933-1945. Wirtschaftsverwaltung, ibid.*, pp. 774 e ss. Cfr. anche G. SCHULZ, *Die Anfänge des totalitären Massnahmenstaates*, in *Die nationalsozialistische Machtergreifung. Studien zur Errichtung des totalitären Herrschaftssystems in Deutschland 1933-34*, Köln, 1962 (2. Aufl.), pp. 460 e ss., il capitolo « Kommissare und Beamte ».

([43]) La frase riportata nel testo è di M. CAMMELLI, *L'amministrazione per collegi. Organizzazione amministrativa e interessi pubblici*, Bologna, 1980, p. 116 e pur non riferita in modo specifico alla Germania, ci pare assai espressiva delle stesse vicende tedesche.

In questo senso la crisi del provvedimento non è soltanto riscontrabile sul piano dei rapporti tra autorità e consenso ([44]), ma anche sul piano del soggetto ([45]), di quella personalità giuridica dello Stato all'origine della dichiarazione imperativa di volontà, incapace però ormai di porre un freno allo sfaldarsi del soggetto giuridico giuspubblicistico, al suo implicarsi di sempre più complessi e contraddittori interessi sociali ([46]).

La critica di Kaufmann a Mayer circa l'insostenibilità di una trattazione delle « attività » che prescindesse dalle tematiche organizzative può suonare allora, nel 1925, non più soltanto come nostalgico richiamo all'unità del metodo *staatswissenschaftlich* contro l'astrattezza dei processi di formalizzazione giuridica avviati con la formazione di una teoria generale del diritto amministrativo, ma anche come riscoperta di una problematica particolarmente evocativa di quella multiformità dell'amministrazione ormai non più riducibile all'alternativa secca di dieci anni prima tra strumenti pubblicistici e privatistici dell'azione degli apparati ([47]).

Si fa avanti una realtà amministrativa che sfugge da ogni parte agli schemi teorici elaborati alla fine dell'Ottocento e riproposti sostanzialmente inalterati nel dopoguerra con quell'« absolutistische Zug » ([48]) inconfondibilmente legato alle vicende del principio monarchico — ma destinato, con la crisi della Repubblica, a nuove e

---

([44]) Cfr. *retro* il primo capitolo della seconda sezione (prima parte).

([45]) BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, pp. 147 e ss.

([46]) Cfr. O. HINTZE, *Wesen und Wandlung des modernen Staats*, in *Sitzungsberichte der preussischen Akademie der Wissenschaften*, 1931, trad. ital. a cura di P. Schiera, *Essenza e trasformazione dello Stato moderno*, in ID., *Stato e società*, cit., pp. 140-41; ORNAGHI, *Introduzione* a *Il concetto di « interesse »*, *Antologia* a cura dello stesso Ornaghi, Milano, 1984, pp. 45 e ss.

([47]) KAUFMANN, *Otto Mayer*, cit., pp. 397 e ss.

([48]) L'espressione è di Heinrich Triepel (*Staatsrecht und Politik. Rede beim Antritte des Recktorats der Friedrich Wilhelms Universität zu Berlin am 15. Oktober 1926*, Berlin und Leipzig, 1927, pp. 34-35) ed è ripresa da W. RÜFNER, *Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft. Untersuchungen zum Problem der leistenden Verwaltung*, Berlin, 1967, p. 117.

diverse utilizzazioni ([49]) — e con quel confluire sul polo unitario dell'« autorità », ormai troppo poco espressivo della crescente complessità e contraddittorietà dell'universo amministrativo.

È al livello operativo delle strutture amministrative comunali e dei *Länder* che lo sviluppo dei compiti pubblici si fa più evidente: la polemica che dalla fine degli anni '20 sino all'avvento del nazismo infurierà intorno alla così detta « Krise der Gemeindeverwaltung » ([50]), al di là delle notevoli strumentalità politiche di cui era imbevuta, svelava un effettivo modificarsi dei compiti e dei significati della stessa autonomia comunale.

Il grido di allarme lanciato nel 1931 da Arnold Köttgen contro la minaccia che i comuni si trasformassero da unità politiche in unità economiche ([51]) possiede tutta una sua carica ideologica specialmente se confrontato con l'acquietato riconoscimento di qualche anno più tardi della ritrovata unità politica dell'amministrazione grazie alla « Umstellung der Verwaltungsorganisation auf das Führerprinzip » ([52]): senza dubbio però, in settori decisivi come quello dell'energia o dell'edilizia residenziale, l'intervento pubblico occupa spazi crescenti e l'economia privata indietreggia vistosamente rispetto ai livelli dell'anteguerra ([53]).

Per far fronte ad una *Sozialstaatlichkeit* fatta di servizi pubblici, di interventi assistenziali e previdenziali, ingigantiti dalle necessità di un dopoguerra che vive i drammatici problemi del reinseri-

---

([49]) Lo vedremo nel secondo capitolo della terza parte.

([50]) Cfr. in particolare FORSTHOFF, *Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat*, cit.; ID., *Um die kommunale Selbstverwaltung. Grundsätzliche Bemerkungen*, in *Zeitschrift für Politik*, 21 (1932), pp. 248 e ss.; ID., *Die Krise der Gemeindeverwaltung im heutigen Staat*, Berlin, 1932; KÖTTGEN, *Die Krise der kommunalen Selbstverwaltung*, Tübingen, 1931.

([51]) KÖTTGEN, *Die Krise der kommunalen Selbstverwaltung*, cit., p. 30.

([52]) KÖTTGEN, *Deutsche Verwaltung*, cit., p. 79.

([53]) Significative le percentuali dell'intervento pubblico nel settore energetico, specialmente elettricità, (riportate da BERG, *Aufgaben der Länder und Gemeinden. Wirtschaftsverwaltung einschliesslich Bauwesen*, cit., p. 425) e nell'edilizia residenziale nella quale la quota pubblica cresce dal 10 % dell'anteguerra all'80 % del 1932. Per quest'ultimi dati cfr. PETZINA, *Das Reich als Republik 1918-1932. Soziale und wirtschaftliche Entwicklung*, cit., p. 58.

mento dei combattenti nei settori produttivi (54) e di lì a poco le gravi conseguenze dell'inflazione prima e delle politiche recessive dopo (55), emergono così nuovi intrecci organizzativi tra pubblico e privato, nuovi, sempre più decisivi settori di azione amministrativa (56).

---

(54) Sui problemi del diritto del lavoro basti qui rinviare all'antologia: *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, a cura di G. Arrigo e G. Vardaro, Roma, 1982.

(55) Sulla drammatica inflazione del 1923 e sulla successiva ripresa economica con la soluzione del problema delle riparazioni e l'avvio del « Piano Dawes » prima e del « Piano Young » dopo, cfr. ROSENBERG, *Storia della repubblica di Weimar*, cit., pp. 133 e ss. Mentre sull'attuale ed intenso dibattito storiografico sulla politica economica nella Repubblica di Weimar che si estende di necessità alla crisi del 1929 e alla politica deflazionistica del governo Brüning — in stretta connessione con la crisi della Repubblica ed i problemi delle origini del nazismo — cfr. il fascicolo monografico di *Geschichte und Gesellschaft*, 11 (1985), Heft 3, pp. 273 e ss., a cura di H.A. Winkler, *Kontroversen über die Wirtschaftspolitik in der Weimarer Republik*. Il fascicolo è dedicato in particolare ad una valutazione della così detta « Borchardt These » (K. BORCHARDT, *Zwangslagen und Handlungsspielräume in der grossen Weltwirtschaftskrise der frühen dreissiger Jahre. Zur Revision des überlieferten Geschichtsbildes*, in ID., *Wachstum, Krisen, Handlungsspielräume der Wirtschaftspolitik. Studien zur Wirtschaftsgeschichte des 19. und 20. Jahrhunderts*, Göttingen, 1982, pp. 165 e ss.) che in un certo qual modo « riabilita » le scelte economiche di Brüning considerando la mancanza di alternative realistiche alla politica deflazionistica perseguita dal Gabinetto ed individuando una situazione economica contraddistinta in Germania, già nel periodo 1925-29, da una « unnormale, ja ' kranke ' Wirtschaft » (*ibid.*, p. 179).

(56) MÄDING, *Das Reich als Republik 1919-1932. Entwicklung der öffentlichen Aufgaben*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 4, cit., pp. 92 e ss.; PETZINA, *Das Reich als Republik 1918-1932. Soziale und wirtschaftliche Entwicklung*, cit., spec. pp. 55 e ss., il paragrafo: « Die Entfaltung des sozialen Interventionsstaates »; BERG, *Aufgaben der Länder und Gemeinden. Wirtschaftsverwaltung einschliesslich Bauwesen*, cit., pp. 421 e ss. ed in genere i vari saggi dedicati nel quarto volume della *Deutsche Verwaltungsgeschichte* al ministero dell'economia (W. Berg, pp. 168 e ss.), alla « Arbeits- und Sozialverwaltung » (ancora Berg, pp. 218 e ss.), alle ferrovie (H. St. Seidenfus, pp. 273 e ss.), alla *Reichspost* (E. Schilly, pp. 297 e ss.), ai compiti di *Länder* e comuni (istruzione, cultura, polizia, agricoltura e foreste - pp. 349 e ss.).

Di fronte a queste rilevanti modifiche strutturali l'atteggiamento dei giuristi può essere letto prima di tutto in funzione della loro capacità d'inserire nei tradizionali schemi ottocenteschi la nuova realtà amministrativa.

Il tentativo di Mayer di riproporre immodificato un sapere costruito nell'ultimo decennio dell'Ottocento non poteva riuscire ad imbrigliare l'affollarsi delle trasformazioni.

L'intensità delle voci discordanti non più limitate ad una serie più o meno significativa di questioni controverse, la legalità, la proprietà pubblica, la personalità giuridica dello Stato — come ancora poteva essere il caso dell'importante recensione di Bühler alla seconda edizione del *Deutsches Verwaltungsrecht* ([57]) —, ma ormai direttamente coinvolgenti la stessa globale trasposizione dogmatica dei fatti amministrativi, ha così effetti degni di nota anche sull'opera di due giuristi che più degli altri avevano lavorato intorno al materiale concettuale formalizzato da Otto Mayer: Fritz Fleiner e Walter Jellinek.

Con la consueta moderazione ed oggettività di lettura il giurista svizzero ci offre un programma assai diverso dal dichiarato « continuismo » di Otto Mayer e la riconosciuta influenza della « Neugestaltung des Verfassungsrechts » ([58]) sul diritto amministrativo si concretizza in una nuova edizione del fortunato manuale del 1911 in cui le smussature degli aspetti più autoritari del sistema di Mayer, che già abbiamo imparato a conoscere nelle pagine precedenti, si risolvono in una sintesi che alle abituali doti di chiarezza e leggibilità associa un graduale svecchiamento ed una ripulitura « costituzionale » delle tradizionali categorie dogmatiche.

La novità più evidente è comunque costituita dall'aggiunta di un intero paragrafo dal titolo particolarmente evocativo di « Neue Organisationsformen », non presente nelle precedenti edizioni e

---

([57]) BÜHLER, *Otto Mayer's Deutsches Verwaltungsrecht (2. Auflage). Seine Bedeutung für die Praxis und die kommende Zeit der Verwaltungsreform*, cit., pp. 283 e ss.

([58]) FLEINER, *Institutionen*, cit., p .V. nella breve premessa all'ottava edizione del manuale: « die Neugestaltung des Verfassungsrechtes hat in Deutschland einen starken Einfluss auch auf das Verwaltungsrecht ausgeübt ».

sulla cui importanza già Herrnritt, in una prima recensione apparsa nel 1929, aveva richiamato l'attenzione ([59]).

In questo caso le modifiche normative — in particolare il titolo quinto della seconda parte della *Reichsverfassung* dedicato a « Das Wirtschaftsleben » ([60]) — si calano in più complesse e già ramificate trasformazioni strutturali dell'amministrazione, in una suddivisione tra *Hoheits-* e *Betriebsverwaltung* ([61]) che ribalta gli equilibri tradizionali tra pubblico e privato: il programma della *Umbildung*, della « pubblicizzazione » degli istituti civilistici, di poco più di un ventennio prima, appare a questo punto una ormai tramontata illusione accademica ([62]).

([59]) *Ibid.*, pp. 120 e ss. HERRNRITT, *Besprechung* di FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 8. Aufl., cit., in *Verwaltungsarchiv*, 34 (1929), pp. 265-67; ed ora MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel*, cit., p. 59.

([60]) Quel titolo quinto della seconda parte della *Reichsverfassung* che conteneva alcuni degli articoli più controversi della costituzione del 1919: primo fra tutti l'articolo 153 sulla proprietà ed i suoi limiti — e quindi sulla disciplina dell'espropriazione — che poteva essere elevato nelle pagine di Carl Schmitt a « garanzia istituzionale » (*Verfassungslehre*, Berlin, 1928, trad. ital. a cura di A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, p. 230: « nell'art. 153 la proprietà è garantita accanto al concreto diritto di proprietà come un'istituzione di diritto privato ») o che poteva trovare invece nelle pagine di Otto Kirchheimer una lettura tutta incentrata sui limiti sociali dell'istituto (O. KIRCHHEIMER, *Eigentumsgarantie in der Reichsverfassung und Rechtsprechung*, 1930, trad. ital. a cura di A. Bolaffi, *Garanzia di proprietà nella Costituzione del Reich e giurisprudenza*, in ID., *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Bari, 1982, pp. 100 e ss. e p. 107: « nessuno potrà contestare il fatto che questa Costituzione non contenga alcuna funzione di garanzia per il sistema economico capitalistico... »). Si veda anche l'introduzione al volume dello stesso Bolaffi, *Il dibattito sulla Costituzione e il problema della sovranità: saggio su Otto Kirchheimer*, spec. pp. XVLIII e ss.

Un'altra disposizione chiave, anche in funzione di quelle nuove forme organizzative di cui diciamo nel testo, era rappresentata dall'articolo 156 che stabiliva la possibilità per il *Reich* di trasferire in « Gemeineigentum » determinate imprese produttive, di partecipare (una possibilità estesa anche a *Länder* e comuni) alla gestione d'imprese economiche, di fissare « zum Zwecke der Gemeinwirtschaft » sindacati obbligatori per specifici settori produttivi.

([61]) FLEINER, *Institutionen*, cit., p. 121.

([62]) Cfr. *retro*, pp. 29 e ss.

La vicenda della *Reichsbahngesellschaft*, l'autonomizzazione della *Reichspost*, la crescita dell'intervento economico statale, dalle aziende comunali sino ai cartelli industriali di proprietà pubblica come la *Vereinigte Industrieunternehmungen Aktiengesellschaft* (*Viag*) ed ai sindacati per il carbone ed il potassio (63), non solo aprono nuovi problemi di classificazione delle strutture organizzative della pubblica amministrazione — ne vedremo alcuni nel capitolo seguente — e pongono il giurista di fronte a nuovi meccanismi di selezione degli interessi, ma svelano anche uno « sterminato » sviluppo del *Machtbereich* amministrativo realizzato per una « curiosa » nemesi storica proprio attraverso il diritto privato (64).

L'aver rivelato i problemi connessi a questa ritrovata « libertà » degli apparati ed in particolare l'insufficienza di un sistema di garanzia incentrato sulla sola responsabilità politica del ministro competente costituiscono certo più l'individuazione di un campo di problematiche che l'avvio verso una loro soluzione.

Tuttavia, in un panorama generale poco disponibile a considerare le questioni giuridiche dei vincoli da porre ai nuovi margini di libertà degli apparati, il « garantismo » di Fleiner dimostrava comunque di essere almeno un acuto grido di allarme nei confronti di queste nuove e sempre più incisive manifestazioni del potere pubblico.

La posizione di Walter Jellinek rimase invece assai più legata agli schemi tralatizi: anche l'inserimento nella dicotomia tradizionale tra *hoheitliche* e *fiskalische Verwaltung* della categoria intermedia della *schlichte Hoheitsverwaltung* discende più da un travaglio dogmatico che ruota intorno ai rapporti tra autorità e consenso

---

(63) Oltre alle indicazioni fornite *retro* nota 56, cfr. M. NUSSBAUM, *Wirtschaft und Staat in Deutschland während der Weimarer Republik*, cit., pp. 53 e ss. e pp. 181 e ss. La *Viag* in particolare venne fondata nel marzo 1923 come « Holdinggesellschaft der Reichsunternehmungen und -beteiligten ». (*Ibid.*, p. 187).

(64) FLEINER, cit., p. 126: « das Privatrecht hat der öffentlichen Verwaltung zu einer fast unübersehbaren Erweiterung ihres Machtbereichs verholfen ». E per la rilevanza degli interessi dei « ceti produttivi », dei datori di lavoro, lavoratori nella c.d. « Gemeinwirtschaft » si veda l'articolo 156 c. 2 della R.V. e l'analisi dello stesso Fleiner, *ibid.*, pp. 128-29.

e deriva quindi più da un appannarsi del mondo dell'« impero » che ha — come abbiamo visto — le sue scansioni più espressive nella problematica dell'atto e nella rielaborazione della definizione originaria di Otto Mayer, che da una vera e propria scoperta della *Betriebsverwaltung* ancora confinata nell'ambito dell'attività di « gestione » e quindi di fatto scarsamente rilevante per la globalità della costruzione amministrativa ([65]).

Il complicarsi nelle pagine di Walter Jellinek dei criteri individuativi dell'amministrazione dimostra quindi innanzi tutto il progressivo scolorare dell'affresco amministrativo disegnato sul polo autorità, la sempre più evidente artificiosità dogmatica della rielaborazione di istituti non più in condizione di esprimere una persuasiva funzione sintetica della crescente complessità dell'universo amministrativo.

La difesa d'ufficio dell'identificazione di *Verwaltung* e *Mehrwert* che si profila dietro le relative concessioni, pur necessarie di fronte ai processi innovativi, acquista perciò, ormai nel 1931, un vago sapore nostalgico ([66]).

È probabilmente in un'altra direzione che conviene però indagare le posizioni dei giuristi alla ricerca di un dibattito weimariano che occupa gli ultimi anni della Repubblica e senza il quale gli approdi ben noti di Ernst Forsthoff alla categoria della *Leistungsverwaltung* ([67]) apparirebbero come un troppo improvviso risveglio di una scienza amministrativa finalmente legittimata da una polemica di regime contro il formalismo imperante del *rechtsstaatliche Liberalismus* a riscoprire l'effettiva realtà delle vicende amministrative.

Affiora una letteratura che s'intensifica con la crisi del *Parteienstaat* ([68]) ed i primi cenni del sistema presidiato ([69]) in cui è notevole

---

([65]) W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, cit., pp. 20 e ss. Cfr. anche *retro* pp. 149 e ss.

([66]) *Ibid.*, p. 24 per l'affermazione che « auch die nicht-obrigkeitliche Hoheitsverwaltung ist öffentliche Verwaltung ».

([67]) Rinviamo al terzo capitolo di questa parte.

([68]) W. CONZE, *Die Krise des Parteienstaates in Deutschland 1929-30*, in *Historische Zeitschrift*, 178 (1954), pp. 47 e ss. Contrario all'identificazione della Repubblica di Weimar con il *Parteienstaat* è invece K.D.

l'intreccio tra prospettive costituzionali e amministrative ed in cui la crescente capacità dei giuristi di leggere l'entità ed i segni delle trasformazioni strutturali si coniuga con un programma ed un progetto d'intervento contro la dissoluzione della Repubblica dal forte carattere antidemocratico.

L'intuizione delle novità strutturali, il realismo « finalmente » in grado di dimostrare l'insostenibilità teorica delle categorie tradizionali di fronte alla nuova realtà amministrativa si snodano su un terreno di problematiche diverse, ma tutte tra di loro fortemente intrecciate.

La « scoperta » di un'amministrazione non più in grado di riunificarsi intorno all'imperatività del provvedimento va di pari passo con l'esame della *erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand* ([70]), con la denuncia della « crisi » dell'amministrazione comunale, con i necessari aggiustamenti dogmatici delle categorie legate alle « prestazioni » amministrative, l'*Anstalt* su tutte ([71]), ed infine con l'insieme delle tematiche che ruotano intorno alla burocrazia e al suo ruolo costituzionale, dalla « neutralità » alla stabilità sino alla necessità d'individuare sicuri contrappesi di fronte allo scatenarsi delle tensioni e dei conflitti, di fronte ad un Parlamento disfatto dai contrasti « pluralistici » dei partiti ([72]).

C'è quindi un volgolo costituzionale e amministrativo fatto di analisi e di prospettive, di capacità di lettura e di « rimedi » in cui l'amministrazione e il diritto amministrativo, apparentemente lontani dai processi che investono le strutture politiche e dalle contrap-

---

BRACHER, *Geschichte und Gewalt. Zur Politik im 20. Jahrhundert*, Berlin, 1981, pp. 78 e ss. Ritorneremo su questi temi nell'ultima parte del lavoro.

([69]) Su che cosa s'intenda per sistema presidiato, che avrebbe trovato nel *Reichspräsident* il « punto centrale di un intero sistema di neutralità politico-partitica e di indipendenza costruito su un presupposto plebiscitario » (SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 240), cfr. G. SCHWAB, *The Challenge of the Exception*, trad. ital. a cura di F. Ferrarotti, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, Bari, 1986, pp. 118 e ss.; E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. VII, *Ausbau, Schutz und Untergang der Weimarer Republik*, cit., pp. 736 e ss.

([70]) KÖTTGEN, *Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht*, Tübingen, 1928.

([71]) Dedicheremo alla *öffentliche Anstalt* il capitolo seguente.

([72]) Sarà questo l'argomento della terza parte del volume.

posizioni che affaticano la *Staatslehre*, vivono invece una decisiva funzione costituzionale.

Le modifiche strutturali dell'amministrazione innescano cioè una riflessione non più limitata alla registrazione dell'estendersi dei compiti amministrativi o al modificarsi delle relazioni tra Stato ed economia e al mutare della natura e delle dimensioni del pubblico, ma ormai direttamente influente sulle trasformazioni del complessivo modello statuale.

Si apre così un fascio di nessi particolarmente ampio in cui le sollecitazioni che provengono dalla sempre più difficile applicabilità delle categorie dogmatiche non si esauriscono in una rielaborazione delle stesse nel chiuso del mondo tecnicizzato degli amministrativisti e di fronte alla sempre più affannosa ricerca di un'ormai perduta unità amministrativa scivolano immediatamente sul piano costituzionale, su di un piano cioè in cui crisi del sistema ed individuazione delle soluzioni corrono strettamente affiancati.

In questo senso il venir meno dell'identificazione tra amministrazione e autorità non è soltanto la crisi di un modello che riduce l'azione amministrativa ad attività di produzione di atti ed il pubblico all'imperatività del « comando », ma è prima di tutto l'abbandono di un saldo punto di appoggio dell'intera costruzione dello Stato.

Come abbiamo visto, la pubblicizzazione e la *reductio ad unum* della dimensione amministrativa erano state ampiamente contestate anche nel periodo precedente il primo conflitto mondiale e proprio il tema della « multiformità » aveva più volte fatto la sua comparsa — tanto per citare un autore a noi noto — nelle pagine di Erich Kaufmann.

Nell'esplosione dei compiti amministrativi la multiformità ottocentesca, la compresenza di « gestione » e d'« impero » negli statuti giuridici dell'amministrazione sono però divenute « Undursichtigkeit » ([73]), addirittura « imperscrutabilità », mentre la distinzione tra economia e amministrazione, non più identificabile tramite quella tra privato e pubblico, affatica il giurista disperso in una incerta zona di confine tra « öffentliche Wirtschaft » ed « öffentliche

([73]) KÖTTGEN, *Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, cit., p. 17.

Verwaltung » alla ricerca di una delimitazione che alla fine non si riesce se non ad invocare (74).

Con l'amministrazione che si scolora, che perde la tranquillizzante nitidezza di tratti nel dilatarsi delle commistioni tra pubblico ed economico, la sintesi, la ricostituzione di un quadro a cui poter dare il nome di « amministrazione » si fanno sempre più difficili e la perentorietà delle definizioni di Otto Mayer s'infrange contro una realtà sempre più enigmatica.

Acquista nuove valenze anche la pubblicizzazione, così ottocentesca tra fedele versione della centralità del principio monarchico ed affidamento all'intrinseca razionalità del modello dell'*imperium* ed ora chiamata a ricomporre l'unità perduta, a salvare l'integrità del pubblico, a non dispedere « die Eigenart der öffentlichen Verbände » (75).

In pericolo a questo punto è addirittura la statualità compromessa da una parte dal crescente interventismo economico e quindi dallo sciogliersi dello statuale nella contraddittoria miriade degli interessi, dall'altra da un sistema parlamentare che dissolve la « ' vera ' volontà dello Stato » (76) in un Parlamento che non riesce ad essere se non il « teatro di una divisione pluralistica delle forze sociali organizzate » (77), il punto di massima dispersione di una già mitica unità statuale.

Non sorprende allora che la tematica apparentemente solo organizzativa dei modificati rapporti tra economia e amministrazione evochi subito i temi della burocrazia, la sua forza d'integrazione, il pericolo di disperdere con la disarticolazione del pubblico anche « das Wesen des Beamtentums » (78).

---

(74) *Ibid.*, p. 29: « so muss doch zum mindesten verlangt werden, dass die Grenzen zwischen öffentlicher Verwaltung und öffentlicher Wirtchaft formal eindeutig gezogen werden ».

(75) *Ibid.*, p. 28.

(76) KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, cit., pp. 275-76: « questa volontà collettiva che sta al di là dei contrasti d'interesse e quindi al di sopra dei partiti politici — è la « vera » volontà dello Stato — non è creata dal Parlamento, il quale è lo scenario dei contrasti d'interessi, dello smembramento partitico (Schmitt direbbe « pluralistico »). Ne è artefice il capo dello stato ».

(77) SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 139.

(78) KÖTTGEN, *Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen*

L'impegno che su questo intreccio di tematiche investono giuristi dalla notevole caratura, come Arnold Köttgen ed Ernst Forsthoff, negli anni cruciali che vanno dal 1928 al 1932 ([79]), dimostra il continuo trapasso che la dimensione amministrativa effettua verso i lidi politico-costituzionali.

Anche un tema dal forte spessore dogmatico, come quello della *öffentliche Anstalt* — che vedremo nel capitolo seguente — non si confina in una dimensione esclusivamente giuridica e diventa anzi il banco di prova della capacità dei giuristi di rendere visibili le trasformazioni strutturali e il disaggregarsi dell'organizzazione amministrativa. Costituisce così un preciso momento applicativo di un progetto di « salvataggio » dell'integrità del pubblico che pur nella varietà delle scansioni riesce a far convergere significative forze culturali.

L'*Anstalt* conserva cioè la sua natura di forma organizzativa specificamente pubblicistica, al tempo stesso però ricandidandosi per un fascio di attività materiali, di *Realakte*, di prestazioni, nel tentativo di riconvertire la struttura amministrativa tradizionale e con essa i suoi valori di unità e d'integrità ai nuovi compiti della « soziale Demokratie » ([80]).

L'« Abkehr von Liberalismus » che caratterizza un'epoca vissuta come decisiva « Strukturwandlung des Staates » scandisce la rottura dell'identificazione tra politico e statuale e l'inizio di un processo che con la crescita degli strumenti d'intervento pubblico nel tessuto economico e sociale finisce per modificare lo stesso soggetto Stato ormai non più solo politico, ma esso stesso « Wirtschaftssubjekt » ([81]).

Hand, cit., p. 28. E proprio alla burocrazia nello stesso 1928 Köttgen dedicava una monografia (*Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie*, Berlin und Leipzig, 1928) che analizzeremo nel secondo capitolo della terza parte.

([79]) Oltre agli scritti citati *retro* note 50 e 78, cfr. KÖTTGEN, *Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt*, in *VVDStRL*, Heft 6, Berlin und Leipzig, 1929, pp. 105 e ss., che esamineremo nel capitolo seguente.

([80]) *Ibid.*, p. 141.

([81]) Le espressioni fra virgolette nel testo sono di KAUFMANN, *Intervento* alla discussione sui *Berichte* di L. RICHTER-A. KÖTTGEN, *Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt*, cit., pp. 151-52.

La preferenza crescente che viene data alle forme privatistiche di organizzazione non agisce sul consueto binomio ottocentesco del rapporto tra impero e gestione, non si riduce ad un aggiustamento degli equilibri tra i diversi statuti giuridici dell'azione amministrativa, ma incide direttamente sulle consuete raffigurazioni del pubblico e dello statuale ed investe in pieno il mondo dell'amministrazione alla ricerca di un'identità perduta con il venir meno dell'identificazione tra pubblico e autoritativo e con l'assottigliarsi della dicotomia tra pubblico e privato, tra statuale ed economico.

Nel momento in cui da una parte si cerca di recuperare con foga rassicuranti margini di demarcazione tra amministrazione ed economia, tra *politische* ed *ökonomische Einheit* ([82]) o ci si interroga sui destini della *öffentliche Körperschaft* ([83]), dall'altra, muovendosi almeno apparentemente in direzione opposta, ci si cala negli intrecci sempre più inestricabili tra Stato ed economia e si è pronti a raffigurare *Das deutsche Reich als Wirtschaftsstaat* ([84]).

Non si può certo sottovalutare la capacità di lettura che scritti come questo di Ernst Rudolf Huber contengono, se non altro per la puntuale registrazione degli effetti che l'interventismo statale ha sulle tradizionali scansioni del pubblico: categorie come quelle di *Wirtschaftsverfassung* o di *öffentliche Wirtschaftsverwaltung* nel loro voluto carattere combinatorio esprimono una consapevole rinuncia ad una linearità di demarcazione ormai scomparsa e danno il via a quel diritto pubblico dell'economia che è essenzialmente *Wirtschaftsverwaltungsrecht* ([85]), espressione precisa di un interventismo che più che la legislazione investe direttamente le strutture amministrative ([86]).

([82]) KÖTTGEN, *Die Krise der kommunalen Selbstverwaltung*, cit., p. 30.

([83]) FORSTHOFF, *Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat*, cit.

([84]) HUBER, *Das deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, cit.

([85]) HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht. Institutionen des öffentlichen Arbeits- und Unternehmensrechts*, cit.

([86]) HUBER, *Das deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, cit., p. 57: « nicht das hohe Mass von Wirtschafts*gesetzgebung*, sondern die ständige Ausdehnung der staatlichen Wirtschafts*verwaltung* ist das eigentlich entscheidende Merkmal unserer wirtschaftlichen Situation ».

La lucidità con la quale si dà conto dei profondi mutamenti strutturali intervenuti nel processo economico, dall'economia pubblica ai salvataggi delle imprese, dai monopoli pubblicistici alla programmazione sino ad una sempre più rilevante incidenza degli strumenti finanziari del credito, delle sovvenzioni, della politica monetaria, sbocca tuttavia in una tradizionale riscoperta dei due poli della *Herrschaft* e del *Volk*, in un tentativo di recuperare contro l'intensità devastante delle trasformazioni insieme alla politicità del potere e all'omogeneità del sociale, « die Einheit des ganzen Volkes », il « nationale Staat » ([87]).

Pluralismo e policrazia da una parte, unità statuale dall'altra divengono così i paradigmi di un discorso giuspubblicistico diffuso e non limitato alle pagine, pur già allora assai famose, di *Der Hüter der Verfassung* di Carl Schmitt.

Sia che l'analisi parta dalle trasformazioni economiche e dalle conseguenze *staats- und verwaltungsrechtlich* della « Wendung zum totalen Staat » — per usare la terminologia schmittiana ([88]) — o

---

([87]) *Ibid.*, p. 61. Spunti interessanti a questo proposito si possono leggere in D. GRIMM, *Der Akteur als Historiker. Zum Abschluss von Hubers Deutscher Verfassungsgeschichte*, (vedila citata *retro* nota 17), in *Rechtshistorisches Journal*, hrsg. von Dieter Simon, 5 (1986), pp. 83 e ss. e spec. p. 87: « sahen Schmitt und Huber darin (nel sistema democratico-parlamentare cioè) ein System, dass stets nur die Gegensätzlichkeit der Meinungen und Interessen, nicht aber die darunter verborgene Homogenität und Einheit des Volkes abzubilden vermochte. Daher lag für sie die Letztverantwortlichkeit für staatliches Handeln nicht bei denjenigen Kräften, die das Volk in seiner Zerrissenheit darstellten, also den Parteien und ihrem Aktionsforum, dem Parlament, sondern bei einer von diesen unabhängigen, die volkliche Einheit verkörpernden Obrigkeit »,

([88]) SCHMITT, *Die Wendung zum totalen Staat*, 1931, ora in ID., *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*, Hamburg, 1940, pp. 146 e ss., un articolo che dimostra come la tendenza allo Stato totale preveda come proprie scansioni sia la « Wendung zum Wirtschaftsstaat » (*ibid.*, p. 154) sia i problemi costituzionali di un « parlamentarischer Parteienstaat » (*ibid.*, p. 155). Cfr. anche ID., *Der Hüter der Verfassung*, cit., pp. 113 e ss.; mentre sui problemi terminologici e concettuali posti dall'uso del concetto di « Stato totale » (« quantitativo » e « qualitativo ») in Carl Schmitt, da ultimo NIGRO, *Carl Schmitt e lo stato amministrativo*, cit., pp. 784-86. Si veda anche quanto scriveva lo stesso

zum Wirtschaftsstaat — per utilizzare la categoria di Huber —, sia che la riflessione si snodi dalla divisione pluralistica dei partiti, muova stavolta da *Der deutsche Staat als Parteienstaat* ([89]) e si apra quindi alle problematiche incentrate sul ruolo costituzionale della burocrazia, il referente è sempre dato dal concetto guida dell'unità statale, da un'unità che è ora unità amministrativa ora invece diventa l'anima stessa della costituzione, facendosi in modo inequivocabile unità politica.

L'analisi del disfacimento dello Stato liberale, il « realismo » con cui si registrano il venir meno della dicotomia tra Stato e società e il delinearsi di uno Stato ormai autoorganizzazione della società, non sono mai scissi da una prospettiva progettuale che mira ad individuare un punto di ricostituzione dell'unità perduta, sia che gli accenti cadano sulla dimensione amministrativa e la pubblicizzazione voglia disegnare confini più certi all'amministrazione, sia che questi cadano invece su una scansione più propriamente costituzionale e la legittimazione del sistema presidiato s'incarichi di rintracciare nella dinamica istituzionale quel nucleo burocrazia-*Reichspräsident* cui affidare la ricostituzione della dispersa statualità.

Tuttavia anche quando si scende sul terreno amministrativo, se l'attenzione si volge all'intensità delle trasformazioni strutturali, non per questo l'analisi ed in particolare le proposte s'incanalano sempre lungo gli stessi binari.

Un terreno particolarmente evocativo della rilevanza dei mutamenti che riguardano le istituzioni ed il modello complessivo di Stato è offerto dal tema della così detta « Krise der Gemeindeverwaltung ».

Le iniziali perplessità nei confronti della compatibilità dell'autonomia comunale con il nuovo ordinamento democratico, la

---

HUBER, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit bei Carl Schmitt*, (1931-32), ora in ID., *Bewahrung und Wandlung*, cit., pp. 18 e ss.

([89]) O. KOELLREUTTER, *Der deutsche Staat als Bundesstaat und als Parteienstaat*, Tübingen, 1927; H. TRIEPEL, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien* (*Rektoratsrede* tenuta a Berlino il 3 agosto 1927), Berlin, 1928. Torneremo su questi profili nel secondo capitolo della terza parte.

sensazione che questa avesse perso il suo significato originario con il venir meno dell'*Obrigkeitsstaat* e quindi il diffondersi di una letteratura che più in generale affronta le possibilità di combinare « democrazia della legislazione » e « democrazia dell'esecuzione », lasciano il posto sul finire degli anni '20 ad una serie di scritti in cui il problema comunale diventa ormai evocativo di una crisi che investe l'intero sistema repubblicano ([90]).

Il comune diventa infatti la cellula organizzativa in cui giungono al massimo grado di evidenza sia la crescita dell'intervento pubblico e lo sciogliersi dell'autorità amministrativa in una molteplicità di servizi e di prestazioni sia la politicizzazione delle istituzioni che, con l'uniformarsi del sistema elettorale nel *Reich*, nei *Länder*, e nelle *Gemeinden,* abbraccia la stessa autonomia comunale ([91]).

Al tempo stesso proprio il livello comunale svela quel processo di disaggregazione del sociale che nello « Zerfall der genossenschaftlichen Struktur » ([92]) trascina con sé tutti i modelli elaborati intorno all'autoorganizzazione del corpo locale e mette definitivamente in soffitta, di fronte alle esigenze di tecnicizzazione e di burocratizzazione, il vecchio ideale del funzionario onorario.

È quindi essenzialmente sul piano delle *Gemeinden* — come dimostrano gli scritti giovanili di Ernst Forsthoff e di Arnold Köttgen — che l'amministrazione rivela la sua « tiefgreifende Wandlung » e che si concentrano tutti i problemi che poi ingigantiti ritornano al centro della Repubblica.

Ritroviamo così nelle pagine che Köttgen dedica alla *Selbstverwaltung* i « pericoli » del dissolversi dell'amministrazione negli incerti confini dell'economia, le « contraddittorie » contaminazioni del *Parteienstaat*, lo spostarsi dell'azione amministrativa dal *Verwaltungsakt* al *Realakt* e persino una prospettiva di « salvataggio »

([90]) Rinviamo ancora alla terza parte del volume.

([91]) Si veda l'articolo 17 della *Reichsverfassung* e su di esso l'analisi di D. REBENTISCH, *Die Selbstverwaltung in der Weimarer Zeit*, in *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, Bd. 1, *Grundlagen*, hrsg. von G. Püttner, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, 1981, pp. 86 e ss., per un esame equilibrato di quel processo di « politicizzazione » che ha investito l'amministrazione comunale sin dalla fine dell'Ottocento.

([92]) FORSTHOFF, *Die Krise der Gemeindeverwaltung*, cit., p. 52.

che anche a livello locale si affida alla rassicurante stabilità della burocrazia, alla sua capacità di difendere ed impersonare un tessuto *genossenschaftlich* perduto con il dissolversi dell'ottocentesca « Bürgergemeinde » in un'ormai soltanto « materiale » « Einwohnergemeinde » ([93]).

E così nei lavori di Forsthoff l'intrinseca contraddittorietà del processo che Carl Schmitt aveva individuato da una parte nella *Wendung zum totalen Staat*, dall'altra nell'esplodere delle tendenze « policratiche » e « pluralistiche », è passata al vaglio di un'analisi condotta sul campo di un'autonomia comunale che si vuole sempre più espressiva della crisi della Repubblica.

Anche in questo caso la « crisi » scoppia con virulenza di fronte ad un'autonomia comunale che ha definitivamente perduto quell'eminente funzione d'integrazione sociale che le era stata propria nell'Ottocento e che ora mette addirittura in pericolo lo Stato stesso e « die durch ihn verkörperte Einheit » ([94]).

Stato totale da una parte, policrazia e pluralismo dall'altra trovano a livello comunale precise conferme e se possibile espressioni ancora più icastiche.

Scopriamo così quella prospettiva che tende ad inglobare amministrazione e costituzione, tecnicizzazioni e politicizzazioni, burocrazia e politica che già scandiva lo scritto di Schmitt su *Il difensore della costituzione* e che tra *Leistungsverwaltung* e *Führerprinzip* ritornerà nella consapevole e dominata sintesi di Forsthoff del 1938 su *Die Verwaltung als Leistungsträger*.

Già nel 1932 troviamo quindi un'amministrazione che recupera a livello comunale la propria comunità non più in un tessuto sociale connettivo, ormai perduto, ma in un comune bisogno che si estrinseca nella dipendenza da una serie di servizi pubblici essenziali, da quella *Leistungsverwaltung* che negli scritti della seconda metà degli anni '30 sarà sempre più strettamente collegata al *Dasein* ed ai processi di legittimazione che il potere riscopre nel suo fornire « Lebensgüter » alla « soziale Bedürftigkeit » della collettività, e

---

([93]) KÖTTGEN, *Die Krise der kommunalen Selbstverwaltung*, cit., pp. 30 e ss.; le espressioni tra virgolette nel testo sono invece a p. 17.

([94]) FORSTHOFF, *Die Krise der Gemeindeverwaltung*, cit., p. 70 e p. 64; SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, cit., pp. 113 e ss. e spec. p. 148.

quindi nella « politische Dynamik » che giunge a vivificare le strutture amministrative ([95]).

Ecco così le pagine in cui le comunità locali diventano i più espressivi « Träger pluralistischer und polykratischer Bestrebungen », dimostrano l'estendersi del concetto di politico, denunciano l'insostenibilità dell'identificazione tradizionale tra amministrazione comunale e « wesentlich unpolitische Verwaltung » ([96]).

A questo punto però le strade divergono da quelle di Köttgen e, seguendo le intuizioni di Carl Schmitt ([97]), Forsthoff proclama l'anacronismo della prospettiva della spoliticizzazione « in einer Zeit allgemeiner Politisierung », prospettando una crisi strutturale non più risolvibile al solo livello comunale ([98]).

Manca a questo punto un progetto di salvataggio del sistema nel suo complesso, ma s'intuisce che pur non proclamata, per scrupolo di giurista, la soluzione di *Der Hüter* non dispiace ([99]): certo, le vie da non percorrere sono già chiaramente individuate.

La soluzione « politica » non può essere sicuramente quella del partito né tanto meno il progetto del *Reich als Selbstverwaltungsstaat* che emerge dalle proposte del *Deutscher Städtetag* ([100]); ma

---

([95]) FORSTHOFF, *Die Krise der Gemeindeverwaltung*, cit., pp. 49 e ss.; ID., *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart, und Berlin, 1938, p. 5 e p. 13. Il concetto di *Leistungsverwaltung* sarà al centro del terzo capitolo di questa parte.

([96]) FORSTHOFF, *Die Krise der Gemeindeverwaltung*, cit., pp. 59 e ss. Ed in generale su di una questione che evoca immediatamente i temi della « policrazia » e del « pluralismo » propri del maestro di Forsthoff, Carl Schmitt, cfr. P.P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Milano, 1982, pp. 11 e ss.

([97]) SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, cit., pp. 165 e ss. il paragrafo « Insufficienza della maggior parte delle neutralizzazioni; ambiguità dei concetti di neutralità e depolitizzazione ». E per una prospettiva meno legata alle « contingenze » della Repubblica di Weimar, ancora SCHMITT, *Das Zeitalter der Neutralisierung und Entpolitisierung*, 1929, trad. ital. a cura di G. Miglio e P. Schiera, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in *Le categorie del 'politico'*, Bologna, 1972, pp. 167 e ss.

([98]) FORSTHOFF, *Die Krise der Gemeindeverwaltung*, cit., p. 65.

([99]) *Ibid.*, pp. 64-65.

([100]) Il *Deutscher Städtetag, Verein* di diritto privato che riuniva, per la difesa diretta degli interessi comunali di fronte al *Reich*, i comuni tedeschi, venne considerato dalla letteratura sulla « crisi » di Weimar —

non serve più neppure l'autonomia comunale che vede disperso il suo significato originario di fronte al venir meno della propria capacità d'integrazione sociale ([101]).

All'orizzonte c'è già comunque una nuova politicità amministrativa, non più fatta di rappresentanza e di partiti, di autogoverno e di funzionari onorari, ma di servizi e di prestazioni, di una *integrierende Funktion* che riunifica con il « Gesamtzusammenhang der Leistungsnotwendigkeiten und Leistungsbedingungen » ([102]) e con la ritrovata simbiosi tra *Staat* e *Volk* anche un'amministrazione che può ormai cullarsi tranquilla nella pluralità delle sue forme giuridiche, nella crescente privatizzazione delle proprie strutture organizzative, nel complicarsi degli intrecci tra apparati pubblici e tessuto economico.

Il percorso intellettuale certo non è univoco e rimane aperto ad una pluralità di soluzioni non necessariamente coincidenti, si snoda tuttavia sempre tra due poli dialettici ben visibili, tra una analisi che verte sui fenomeni che disgregano l'unità ed un progetto

---

anche se fondato in periodo guglielmino — un simbolo « tangibile » delle tendenze « policratiche » e « pluralistiche » che minavano l'unità della Repubblica. Cfr. in particolare FORSTHOFF, *Die öffentliche Körperschaft*, cit., pp. 180 e ss.; ID., *Um die kommunale Selbstverwaltung*, cit., pp. 260 e ss., mentre per una proposta di « statalizzazione » di questi *Verbände* tramite il riconoscimento legislativo della personalità giuridica, H. PETERS, *Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preussen. Ein Beitrag zur Lehre vom Verhältnis der Gemeinden zu Staat und Reich*, Berlin, 1926, pp. 262 e ss. Sul *Deutscher Städtetag* si veda ora REBENTISCH, *Die Selbstverwaltung in der Weimarer Zeit*, cit., pp. 91-92; K.G.A. JESERICH, *Kommunalverwaltung und Kommunalpolitik*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 4, cit., pp. 504-506.

([101]) FORSTHOFF, *Die Krise der Gemeindeverwaltung*, cit., p. 70: « immer hatte die Selbstverwaltung eine eminente integrierende Funktion. Und heute? Politische Bewegungen ähnlicher Art, in deren Dienst die Selbstverwaltung sich stellen könnte, sind nicht vorhanden. Zur Überwindung der Klassengegensätze können die Gemeinden Wesentliches nicht beitragen. Die soziale Frage entscheidet der Staat. Sollte das Schicksal der Selbstverwaltung damit besiegelt sein? ».

([102]) FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, cit., p. 40. Lo vedremo meglio, comunque, nel terzo capitolo di questa parte.

che quest'unità, « eliminata in concreto dal sistema pluralistico » ([103]), s'incarica immediatamente di ricostituire.

Né alla fine la distinzione tra unità amministrativa ed unità politica conserva più un convincente valore semantico in un intreccio argomentativo che, mossosi dalle modifiche strutturali dell'amministrazione, dalle contraddizioni della « soziale Demokratie », dalla marginalizzazione dell'atto amministrativo e dalla ritrovata centralità dell'organizzazione, si mescola alle conflittualità del *Parteienstaat* per approdare infine a prospettive costituzionali che rinnovano la politicità dell'amministrazione, individuano nuovi *Träger der Staatlichkeit*, abbandonando il « lacerante » pluralismo dei partiti e del Parlamento.

Così da « concetto costituzionale *positivo*, questa ' unità ' diviene ideale *giusnaturalistico* » ([104]), il presupposto « reale » ([105]) cui ancorare prima l'analisi sul campo dei fattori che la disgregano, l'obiettivo costituzionale verso il quale indirizzare poi l'individuazione dei soggetti in grado di restaurarla.

È inutile ripercorrere analiticamente in questa sede il dibattito, così solcato del resto, che su « Il custode della costituzione » vede schierati su posizioni contrapposte Hans Kelsen e Carl Schmitt né ci sembra importante stabilire graduatorie di minore o maggiore modernità ([106]).

([103]) L'espressione è di KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, cit., p. 274.

([104]) *Ibid.*, p. 288.

([105]) *Ibid.*, p. 274: « ... se qualcosa va qualificato come ' fittizio ' è proprio quella ' unità del popolo ' che Schmitt — su una presunta base costituzionale — ' presuppone ' come realmente esistente, dichiarandola però, in pari tempo, eliminata in concreto dal sistema pluralistico allo scopo di poter presentare il capo dello stato come rimedio per questa situazione e come restauratore di questa unità ».

([106]) Una preoccupazione che è invece presente in PETTA, *Schmitt, Kelsen e il « custode della costituzione »*, cit., pp. 545 e ss.; in generale sulla contrapposizione Kelsen-Schmitt rinviamo alla letteratura complessiva sul *Methodenstreit* della *Staatslehre* weimariana richiamata *retro* nota 18 (prima parte - prima sezione) e nota 117 prima parte - seconda sezione). Si vedano anche i saggi già citati di RACINARO, *Hans Kelsen e il dibattito su democrazia e parlamentarismo negli anni venti-trenta*; BOLAFFI, *Il dibattito sulla Costituzione e il problema della sovranità: saggio su Otto Kirchheimer* ed infine W. MANTL, *Hans Kelsen und Carl Schmitt*, in *Ideologie-*

Certo però che nella non ineluttabilità della fine della Repubblica, oggi da più parti ribadita, la posizione di Hans Kelsen ci pare offrire ancora una volta una sintesi non facilmente eguagliabile tra analisi e progetto, tra il giurista orientato in modo consapevole al rinnovamento delle proprie categorie ed il cittadino sostenitore di un patrimonio ideologico che ci piace ricordare nel rigore intellettuale e nella passione con i quali, nell'ultimo paragrafo dell'*Allgemeine Staatslehre*, questo viene finalmente svelato al lettore ([107]).

Del resto di fronte al sempre maggior decantarsi del giudizio storico sulla *Auflösung der Weimarer Republik* e alla ricerca di una più convincente complessità nella ricostruzione delle cause di crisi della Repubblica ([108]), sarebbe ancor più anacronistico tracciare confini manichei tra affossatori e difensori della *Reichsverfassung*.

Ma è proprio spostandosi sul piano del discorso giuspubblicistico, sulla raffigurazione concettuale delle trasformazioni che il « formalismo » della Scuola di Vienna dimostrava di svolgere un non indifferente « lavoro creativo » ([109]).

L'accanimento con cui Kelsen smaschera il peso che nella costruzione schmittiana conserva la finzione di un interesse comune, di un'unità degli interessi — « la tipica finzione cui si ricorre quando si opera con l'« unità » della « volontà » dello Stato o con la « totalità » del collettivo in senso non meramente formale » ([110]) — non è infatti il frutto di una polemica contingente, ma

---

kritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, cit.., pp. 185 e ss.

([107]) KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 368 e ss., il paragrafo dal titolo: *Staatsform und Weltanschauung*. Si vedano anche le pagine di A. CARRINO, *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, 1984, pp. 137 e ss.

([108]) Cfr. per tutti H. SCHULZE, *Das Scheitern der Weimarer Republik als Problem der Forschung*, cit. Significativi comunque anche alcuni contributi di storia delle idee: SCHWAB, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit.; NIGRO, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 15 (1986), pp. 691 e ss.; ORNAGHI, *Lo Stato e il politico dell'età 'moderna'. In ricordo di Carl Schmitt ad un anno dalla morte*, *ibid.*, pp. 721 e ss.

([109]) KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, cit., p. 252.

([110]) *Ibid.*, pp. 260-61.

la puntuale applicazione di un disegno alternativo, di un progetto giuridico che non hanno soltanto scansioni di teoria della democrazia o di concezioni del politico, che non si riducono alla contrapposizione del compromesso all'unità, del partito alla « realtà » dello Stato.

Basta ricordare le pagine dei *Hauptprobleme*, ormai di venti anni prima, in cui la « volontà dello Stato » si scioglie da realtà psicologica, da espressione di una volontà materiale di un soggetto « realmente » esistente in un semplice « Endpunkt der rechtlichen Zurechnung », per recuperare il punto di avvio di un itinerario concettuale che già all'origine sostituisce l'unità giuridica e quindi ipotetica dell'ordinamento alla pretesa realtà della *Staatseinheit* ([111]).

Gli approdi successivi alla costruzione dinamica non ne mettono in dubbio l'entità teorica ed, una volta soddisfatte le preoccupazioni « razionalistiche » e la necessità logica dell'unità (giuridica) dello *Staatswillen* nella predisposizione (ipotetica) della *Grundnorm* ([112]), si dischiude un'unità descrittiva di tipo « sistemico » che spezza l'unità organizzativa e la visione soggettivistica della persona giuridica dello Stato, dando vita ad una visione ordinamentale in cui riesce a trovare spazio il crescente complicarsi del pubblico.

L'unità che l'ordinamento ritrova nel suo realizzarsi dinamico risulta così esclusivamente normativa e permette di delineare uno « Stato » aperto agli stessi soggetti privati e d'individuare una piattaforma riunificante che si snoda anche oltre i tradizionali *Träger der Staatsgewalt*.

L'evoluzione che conosce il concetto di organo e parallelamente quella che scandisce l'identificazione di funzione statale e di funzione giuridica ([113]) rischiavano però di perdersi nella diafana esilità di categorie giuridiche poco operative sul piano dogmatico.

([111]) KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., pp. 162 e ss. La frase citata nel testo è a p. 186. Mentre per una non troppo risalente riaffermazione del « valore » della « Einheit der Verwaltung », cfr. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, cit., p. 16. Sul superamento di questa impostazione da parte della scienza amministrativistica tedesca, BULL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 70.

([112]) Rinviamo *retro* nota 150 (prima parte - seconda sezione).

([113]) Si veda in particolare il paragrafo della *Allgemeine Staatslehre*

Si è costretti così a recuperare un « Rechtsinhaltsbegriff des Staates » ([114]), un concetto più ristretto limitato al solo Stato apparato, allo Stato come organizzazione soggettiva, che è senza dubbio espressivo dei limiti della visione ordinamentale e della inevitabile riemersione tra le maglie dell'imperatività della norma di quell'« Imperator » e « Befehlsgeber » che la costruzione dinamica sembrava condurre, insieme alla stessa sovranità, al completo dissolvimento nella norma giuridica o alla compiuta impersonalità del comando ([115]).

Le alternative tra diritto e potere, tra norma e decisione, tra dovere e potere ([116]), riprendono — si potrebbe dire necessariamente — spazi di oscillazione anche all'interno della dottrina pura.

Comunque sia, quando lo schema ordinamentale si propone come schema descrittivo della galassia del pubblico, si dischiudono anche possibilità concettuali significativamente alternative nei confronti di quei disegni pubblicizzanti che tentavano di riconvertire

---

(pp. 262 e ss.) dedicato alla dottrina degli organi statali. Sulla sostituzione da parte di Kelsen del concetto originario di « persona-organo » (*Hauptprobleme*, cit., pp. 450 e ss.) con quello « dinamico » di « funzione-organo », MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, cit., pp. 234-36 (ma si vedano anche le pp. 60-71).

([114]) KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 275 e ss.

([115]) KELSEN, *Teoria generale delle norme*, cit., p. 6: « la norma per esistere — cioè per essere valida — deve essere statuita da un atto di volontà. Non c'è norma senza un atto di volontà che la statuisca ovvero — come viene formulato per lo più questo principio — nessun imperativo senza *imperator*, nessun comando senza comandante ». Sul recupero, dietro la proposizione normativa della figura dell'« Imperator », negli ultimi scritti di Kelsen, basti qui rinviare a R. WALTER, *Su alcuni problemi di teoria del diritto alla luce della Allgemeine Theorie der Normen di Kelsen*, cit., pp. 149 e ss. Sul dissolvimento della sovranità nella norma giuridica, BOBBIO, *Hans Kelsen e il problema del potere*, cit., spec. pp. 561 e ss.; nel senso invece che Kelsen rappresenti « la spiaggia veramente 'ultima' » nella diffusa vocazione all'impersonalità del comando, MIGLIO, *Genesi e trasformazioni del termine-concetto « stato »*, cit., p. 82.

([116]) PORTINARO, *Staatslehre und sozialistischer Dezisionismus. Randbemerkungen zu Hellers Rechts- und Staatstheorie*, in *Der Soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*, cit., p. 581. Si veda anche il già citato volume di CATANIA, *Decisione e norma.*

la rassicurante supremazia dell'amministrazione alle avvenute trasformazioni strutturali o nei confronti dei propositi di rifondare una nuova politicità dell'amministrazione che con nuovi processi di legittimazione del potere creasse anche nuovi nessi tra *Verwaltung* e *Verfassung*.

Certo, un'unità « reale » dello Stato ([117]) — che vista sotto il profilo dell'attività è essenzialmente unità amministrativa — risulta alla fine presente « persino » nelle pagine della Scuola di Vienna, ma quanto diversa dalla tradizionale unità autoritativa dell'amministrazione o dalle « nuove » unità amministrativo-costituzionali!

Abbandonato l'approccio antropomorfico, messa da parte l'ansia di ricostituire l'unità sociologica di un popolo disgregato dalle tensioni pluralistiche e l'unità organizzativa di un'amministrazione che con l'espansione dei servizi pubblici ha perso con la semplicità della struttura ottocentesca anche la sua immagine di amministrazione compatta e autoritativa, lo Stato diventa « ein Organkomplex von höchst komplizierter Zusammensetzung, dessen Teilorgane bei allen sonstigen Verschiedenheiten das Merkmal der Kostendeckung aus öffentlichen Mitteln gemeinsam haben » ([118]).

La grande cornice del pubblico è così riunificata attraverso il criterio economico della spesa, attraverso la partecipazione di organi e soggetti ad una comune provvista di mezzi finanziari: la personalità giuridica dello Stato si scioglie in un « Kostendeckungsverband », l'autorità si riduce ad un semplice vincolo di bilancio, mentre la crescita impetuosa di un'amministrazione disaggregata, di uno Stato multiorganizzativo, di un *Mehrpersonenstaat*, entra di prepotenza negli schemi giuridici ([119]).

La trama ordinamentale non s'immiserisce allora nel solco di artifici logici sempre più sofisticati con i quali « risolvere » le aporie

---

([117]) Lo notava lo stesso Hermann Heller, *Staatslehre*, hrsg. von G. Niemeyer, Leiden, 1970 (4ª ediz. inalterata - 1ª ed. 1934), pp. 241-42.

([118]) MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 303.

([119]) *Ibid.*, p. 295. Per la problematica connessa all'uso di queste terminologie cfr. rispett. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., pp. 78 e ss.; S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XXXV (1985), pp. 374 e ss.; B. BINDER, *Der « Mehrpersonen »-Staat*, in *Die Verwaltung*, XVII (1984), pp. 35 e ss.

del rapporto antinomico tra diritto e potere (Stato), ma si conferma una griglia capace di imbrigliare le profonde trasformazioni strutturali dello Stato amministrativo.

La rinuncia alla centralità del « soggetto » Stato per una raffigurazione ordinamentale innervata dalla distinzione kelseniana tra « mittelbare » e « unmittelbare Verwaltung » e sul piano organizzativo dalla contrapposizione tra *Behörden* e *Anstalten*, esprime così quella capacità di lettura della « nuova organizzazione delle autorità » necessaria ad uno Stato a prevalente amministrazione diretta ([120]).

È inutile a questo punto sottolineare come l'accettazione della complessità, della pluralità delle forme organizzative, la fissazione di un'unità solo normativa della variegata dimensione del pubblico implicassero anche il rifiuto di una statualizzazione normalizzatrice, evocassero, sia pur dal piano amministrativo, quelle pagine di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* o di *Das Problem des Parlamentarismus* in cui la difesa della democrazia si esprime nella centralità del relativismo e del compromesso, nella riconosciuta positività della complessità del sociale, nell'accettazione del pluralismo ([121]).

Ed è inutile, più che altro, ricordare le vie attraverso le quali si tornò dal « Verfahren » alla « Ordnung », si ricostituì la sostanza statuale e si ovviò alla dilapidazione del politico di cui si era « macchiata » la *Weimarer Republik* ([122]).

([120]) MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 306 e ss.; KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, cit., p. 156. E proprio perché la trama ordinamentale, cui approdava la Scuola di Vienna, dimostrava, anche di fronte alla contraddittoria realtà delle trasformazioni amministrative, di essere un qualcosa di più di « un espediente logico per rappresentare la divisione tra l'area istituzionale del potere e l'area istituzionale delle libertà individuali », non condividiamo questo troppo drastico giudizio di Giorgio Berti, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 11/12 (1982-83), tm. 2°, pp. 1014-15; ID., *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Padova, 1986, p. 100.

([121]) Su questi profili del pensiero di Kelsen torneremo nel primo capitolo della terza parte.

([122]) FORSTHOFF, *Der totale Staat*, cit., p. 20.

2. Die öffentliche Anstalt: *un istituto giuridico per la crescita delle funzioni amministrative.*

Poche categorie giuridiche risultano così complesse e allo stesso tempo così evocative di tematiche ora diverse ora intrecciate, ora privatistiche ora pubblicistiche, ora di organizzazione ora di attività, come quella di *Anstalt.*

Non stupisce di trovarne tracce consistenti nelle pagine classicissime che Bernard Windscheid dedica nel *Lehrbuch* alla persona giuridica ([123]), simbolo non isolato di una pandettistica portata dalle innovazioni della prassi — non solo civilistica — ad inserire tra *universitates personarum* e *universitates rerum*, il *tertium genus* delle « istituzioni », delle *Anstalten* appunto, sfruttando categorie di derivazione canonistica o comunque sviluppatesi nell'ambito del diritto della Chiesa, per dar conto della sempre più estesa presenza di soggetti che non si identificavano né in una corporazione né in un patrimonio e dipendevano invece da una « volontà trascendente » ([124]), risultavano sottomessi ad un *Muttergemeinwesen* ([125]), ad una « madre » giuridica all'origine della loro stessa soggettività.

Ed abbandonati i lidi civilistici, nel frattempo ispessiti da tematiche commercialistiche e da una crescente diffusione della formula utilizzata per soggettivizzare molteplici interessi economici diversi e lontani da quelli societari, talvolta persino per garantire autonomie giuridiche e patrimoniali ad imprenditori individuali ([126]),

([123]) B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Auflage bearbeitet von Theodor Kipp, Frankfurt am Main, 1906, Bd. 1, p. 259; mentre per un riferimento normativo si veda il paragrago 89 del BGB, in cui la categoria delle *Anstalten* compare accanto a quella delle *Körperschaften* e delle *Stiftungen.*

([124]) Per i processi cui accenniamo nel testo basti qui rinviare a R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978, pp. 225-26.

([125]) BULL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 71, cui rinviamo anche per una collocazione delle *Anstalten* tra le « Körperschaften des öffentlichen Rechts » e le « öffentlich-rechtliche Stiftungen ». Si veda comunque anche la classificazione di Otto Mayer, *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht*, cit., pp. 331 e ss.

([126]) Accenniamo a questi profili solo di sfuggita e semplicemente per dar conto della grande circolarità della categoria dell'*Anstalt.* Per gli aspetti di diritto commerciale cfr. F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in

non si frappongono ostacoli a spiccare un balzo in tutt'altra direzione e ritrovare la categoria in uno scritto, sia pur isolato, ma certo famoso, di Otto Mayer, applicata direttamente ad un problema fondamentale della *Staatslehre*, niente meno che alla definizione dello Stato ([127]).

Ed allora l'uso s'inverte, l'*Anstalt* da soggetto giuridico, da categoria esemplificativa di un tipo di persona giuridica, si riscopre più genericamente « impresa calcolata sulla durata » ([128]), riacquistando un'improvvisa alternatività alla persona giuridica, divenendo strumento di approccio « realistico » alla tematica del potere ([129]), ma non anche veicolo di dissoluzione della « realtà » dello Stato, che, se perde la propria dimensione giuridica, riacquista in pieno una realtà fatta di *Macht* e di *Gewalt*, di un potere che è già istituzione, continuità, *Maschine* o *Anstalt* e che — come sappiamo — non si limita a « descrivere » e a registrare l'evoluzione moderna del pubblico potere, ma consegue precisi e gravosi effetti « prescrittivi » ([130]).

Né del resto, per avvicinarci al terreno amministrativo, l'*Anstalt* che ingloba l'aggettivo « öffentlich » od « öffentlichrechtlich » ci dischiude un panorama meno conteso od in qualche modo definitivamente sedimentato.

La semplice constatazione che ancora nell'ottobre del 1985 il tema amministrativo della seduta annuale della *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* sia stato dedicato proprio a *Die öffentlichrechtliche Anstalt* ([131]) è già di per se stessa abbastanza indica-

Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro primo. Delle persone e della famiglia. Articoli 11-35*, Bologna-Roma, 1969, pp. 50-51; P. RESCIGNO, *Enti di fatto e persona giuridica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 11/12 (1982-83), pp. 984-85.

([127]) MAYER, *Die juristische Person*, cit., e cfr. *retro* nota 43 (prima parte - prima sezione).

([128]) *Ibid.*, p. 309: « das Wort *Anstalt* bedeutet eigentlich nichts anderes als ein auf Dauer berechnetes Unternehmen ».

([129]) FIORAVANTI, *Otto Mayer*, cit., pp. 640 e ss.

([130]) MAYER, *Die juristische Person*, cit., p. 327: « der Staat ist eben zu gewaltig, um sich in den Rahmen zu fügen, der für Unternehmungen des bürgerlichen Verkehrs geformt ist ». Si veda anche quanto diciamo *retro* nota 216 (prima parte - prima sezione).

([131]) K. LANGE - R. BREUER, *Die öffentlichrechtliche Anstalt*, in *VVDStRL*, Heft 44, Berlin und New York, 1986, pp. 169 e ss.; pp. 211 e ss.

tiva della necessità di stabilire ancora degli approdi dogmatici sufficientemente stabili, in grado di far chiarezza su di una categoria operativa, « complicata » dall'intreccio di elementi di attività e di organizzazione, di autorità e di prestazione, di retaggi *polizeistaatlich* e di improvvisi inserimenti concettuali delle trasformazioni dei compiti e dei modi di azione dell'amministrazione.

Siamo di fronte quindi ad una categoria contesa quante altre mai, se anche in tempi recentissimi — in modo apparentemente del tutto antitetico, in realtà sfruttando una duplicità di significati che vedremo connaturata all'istituto — da una parte si predica il rifiuto della *Anstaltsnutzung* come forma di attività amministrativa ([132]), dall'altra invece si ripropone proprio l'*öffentlichrechtliche Anstalt* come forma organizzativa più idonea, nell'ambito delle prestazioni amministrative, ad esprimere la politicità del servizio rispetto alle più economicistiche forme del diritto civile e commerciale ([133]).

Una divaricazione di obiettivi a prima vista incomprensibile, ma ad un'analisi più attenta segno evidente di una categoria che ha conservato sino ad oggi le proprie ambivalenze originarie, la pluralità di profili e di spessori che ne hanno contraddistinto la progressiva stratificazione storica.

L'*Anstalt* si rivela così un contenitore di carattere generale più che una categoria definita, un coacervo di filoni tematici difficilmente ricostruibile in senso unitario anche fondandosi su un approccio di tipo esclusivamente *dogmengeschichtlich*.

A noi, per evidenti motivi di economia di lavoro, preme soltanto ricostruire gli itinerari amministrativi e anche in questo

([132]) W. RÜFNER, *Die Nutzung öffentlicher Anstalten. Zur Anstaltslehre Otto Mayers*, in *Die Verwaltung*, 17 (1984), pp. 30 e ss. Con l'espressione *Anstaltsnutzung* (già MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. 2°, cit., pp. 318 e ss.), non facilmente traducibile in italiano, si fa riferimento, nella dogmatica tedesca, al complesso delle forme giuridiche mediante le quali l'amministrato consegue l'uso dei beni e la disponibilità dei servizi forniti dall'*Anstalt*. Il termine tuttavia assume di frequente un significato molto più determinato — ed a questo facciamo riferimento nel testo — direttamente discendente dal collegamento « naturale » fissato da Otto Mayer tra « öffentlichrechtliche Anstaltsnutzung » e rapporto di sudditanza speciale.

([133]) LANGE, *Die öffentlichrechtliche Anstalt*, cit., p. 180.

caso senza nessun intento di offrire nuove ipotesi di ricostruzione dogmatica, di ripulirne le linee rese incerte dall'affollarsi di prospettive contrastanti, di approdare a più convincenti e rassicuranti disegni unitari.

Proprio la contraddittorietà intrinseca alla categoria, il fatto che qui si scarichino progetti e interpretazioni di una realtà amministrativa mai così instabile, confluiscano intrecci dogmatici che confermano la notevole circolarità delle strutture concettuali nei paesi a diritto amministrativo, ce ne svelano anche la profonda storicità, ci offrono, filtrata in modo sapiente dalla tecnicità della fraseologia amministrativa, chiarissimamente riflessa l'immagine di una *Verwaltung im Wandel*, di un processo di trasformazione che prima investe le strutture amministrative e poi, immediatamente, si riverbera nelle pagine dei giuristi, nella loro capacità di leggere, interpretare, catalogare i dati dell'esperienza.

Lungo l'evoluzione della categoria non corre soltanto un itinerario fatto di scansioni dogmatiche, di aggiustamenti definitorii, di aggiornamenti terminologici, ma corre anche la vicenda più generale dell'aumento progressivo dei compiti dello Stato, del modificarsi delle strutture amministrative.

Il referente concreto del discorso amministrativistico è lo stesso che abbiamo visto sotteso alla difficile, faticosa ricerca di un'unità amministrativa, disgregata dal moltiplicarsi delle forme organizzative e dei modi di azione che caratterizzano l'amministrazione di uno Stato a capitalismo maturo, di un *Interventionsstaat*.

Certo, l'*Anstalt* muove da considerazioni funzionali alla « pubblicizzazione », si porta dietro vistosi ed ingombranti elementi autoritativi. Il rapporto di sudditanza speciale che questi elementi autoritativi sintetizza sul piano della *Nutzung* è il tema più macroscopico sul quale sino a tempi a noi assai vicini l'autonomia della amministrazione ha opposto le proprie ragioni ai tentativi di giuridicizzazione, al diffondersi del principio di legalità ([134]).

Ma l'*öffentliche Anstalt* nasce anche nelle pagine della *Theorie des französischen Verwaltungsrechts* di Mayer dalla puntuale traduzione di *service public*, esprime l'ampio settore, intermedio tra

([134]) Cfr. per tutti BACHOF, *Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen deutschen Verwaltungsrecht*, cit., pp. 245 e ss.

lo Stato come persona sovrana e lo Stato come Fisco, in cui i beni materiali e la forza lavoro vengono destinati alla soddisfazione di un pubblico interesse, possiede quindi *in nuce* elementi che più si attagliano all'amministrazione del fare, della gestione, dell'efficienza, che a quella dell'imperatività, della garanzia, del controllo ([135]).

Profili ideologici e progettuali da una parte, la realtà delle prestazioni dall'altra, mondo dell'autorità e mondo dei servizi sono già fusi all'origine in un intreccio forse contraddittorio, ma della stessa contraddittorietà da cui risulta segnato il volto dell'amministrazione novecentesca, conteso tra *puissance* e *service public* ([136]), e comunque sia certo influente, in grado di ipotecare gli sviluppi dogmatici, ma anche in grado di offrire in sempre più incerte scansioni tra economia e amministrazione un punto di attracco sicuramente pubblicistico, un faro pubblico che orienti quell'intersecarsi caotico tra statuale ed economico che rischia di perdere, con la sicura individuazione del pubblico, la stessa *Staatlichkeit*.

Del resto, proprio il venir meno, lo scolorare progressivo dei toni autoritativi, il graduale spostarsi degli accenti dall'autorità all'organizzazione, il recupero della natura pubblica dell'*Anstalt* non più attraverso un modo pubblicistico di fruizione del servizio, ma in una forma pubblicistica di organizzazione, registreranno puntualmente, sul piano dogmatico certo, ma in presa diretta con la mutata realtà amministrativa, l'affanno concettuale che sui giuristi produce la rapida *Wendung zum Wirtschaftsstaat*.

Il rivisitare gli itinerari che l'*öffentliche Anstalt* percorre negli anni che a noi interessano ci apre un panorama all'insegna

---

([135]) Ecco la definizione di *öffentliche Anstalt* che Mayer dà nella *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, cit., p. 225: « staatliche Mittel, sachliche wie persönliche, welche zur Erfüllung je eines gewissen öffentlichen Zweckes bestimmt und vereinigt sind, bilden je eine öffentliche Anstalt (service public) ».

([136]) J. CHEVALLIER, *Les fondements idéologiques du droit administratifs français*, in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, sotto la direzione dello stesso Jacques Chevallier, Paris, 1979, vol. 2°, pp. 3 e ss.; E. PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, 1972; e da ultimo NIGRO, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, cit., pp. 252 e ss.

della contraddittorietà, ci dischiude una categoria dogmatica dalle molte facce, per certi aspetti quasi diafana, per altri invece fortemente caratterizzata.

Senza l'ansia di proiettare le immagini del passato sullo schermo attuale del diritto positivo tedesco — un'ansia che pur filtrata da lodevoli intenti di precisione filologica aleggia sensibile anche nelle più recenti letture delle prime formalizzazioni di Otto Mayer ([137]) — la disponibilità a ricostruire le complesse valenze dell'istituto ci spalanca nella sua interezza l'incontro-scontro tra progetto e realtà, tra le pregiudiziali autoritarie ed il loro graduale dissolversi nella consensualità e nell'efficienza delle prestazioni amministrative.

Si scopre così che l'*öffentliche Anstalt*, più che un istituto giuridico pensato in modo programmatico per introdurre nel sistema amministrativo la crescita dei compiti dello Stato, è un campo dogmatico su cui, nel mondo dei giuristi, questa crescita si riflette, dissolvendo, con fatica però e mai in modo integrale, quell'imperatività che l'autorità scientifica di Otto Mayer vi aveva indissolubilmente legato.

Si tratta comunque di una vicenda non esclusivamente tedesca, anche se qui i connotati possono essere del tutto peculiari, e che in realtà investe con il passaggio tra i due secoli tutti i paesi a diritto amministrativo.

La stessa emersione nella scienza amministrativistica italiana della nozione di ente pubblico ([138]), anch'essa estremamente tor-

---

([137]) RÜFNER, *Die Nutzung öffentlicher Anstalten. Zu Anstaltslehre Otto Mayers*, cit., nel quale l'argomentazione, puntualmente costruita a partire dall'analisi dei vari passi dell'opera di Otto Mayer dedicati all'*Anstalt*, è tutta in funzione del rifiuto — in chiave di diritto positivo — del binomio tra « Anstaltsnutzung » e « besonderes Gewaltverhältnis ». Ne risulta così alla fine « sacrificata » la compresenza di elementi di attività e di organizzazione che da Mayer in poi scandisce tutta la vicenda dogmatica della *Anstalt*, una commistione che — come cerchiamo di spiegare nel testo — ci è sembrata particolarmente evocativa delle trasformazioni che investono l'amministrazione nell'arco di tempo oggetto della nostra indagine. Sulla *Doppeldeutigkeit* della categoria si veda comunque lo stesso RÜFNER, *Zur Lehre von der öffentlichen Anstalt*, in *Die öffentliche Verwaltung*, XXXVIII (1985), pp. 605 e ss.

([138]) Su questa emersione manca ancora oggi una ricostruzione ana-

mentata, pur se gli intrecci tra organizzazione e attività, spesso inestricabili nell'itinerario tedesco, non sono altrettanto decisivi e la vicenda si situa più chiaramente su di un piano organizzativo in stretto collegamento con il disaggregarsi a livello istituzionale delle strutture dell'amministrazione, risponde allo stesso campo tematico, al dissolversi dell'identificazione tra pubblico e autoritativo e quindi rivela gli stessi imbarazzi dei giuristi, le stesse resistenze a comprendere e ad immettere nel sistema statuti pubblicistici, ma non autoritativi o l'ancor più « contraddittorio » soddisfacimento degli interessi pubblici per mezzo di strumenti di diritto privato.

L'intreccio tra autorità e servizio è evidente persino in Otto Mayer ([139]) — di cui conosciamo la rigida prospettiva pubblicizzante — ed a cui spetta il ruolo di primo « sistematore » di una categoria comunque già circolante non solo nell'ambito pandettistico, nel solco delle tematiche della persona giuridica, ma negli stessi territori del diritto pubblico ([140]).

E si tratta di una constatazione importante perché esclude, a nostro avviso, che l'itinerario dell'*Anstalt*, immediatamente dopo Mayer, possa esser letto, in modo un po' schematico, tramite il passaggio della categoria dalla *obrigkeitliche* alla *gewährende Verwaltung* ([141]).

---

litica; si vedano comunque almeno: GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, cit., pp. 173 e ss.; S. CASSESE, *L'amministrazione dello Stato liberale-democratico*, in *Quaderni storici*, 1972, ora in ID., *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974, pp. 11 e ss.; MELIS, *Amministrazione nuova e burocrazie tradizionali nell'Italia giolittiana e fascista*, Sassari, 1984, pp. 239 e ss.; ID., *Amministrazione e mediazione degli interessi: le origini delle amministrazioni parallele*, cit., pp. 1429 e ss.; A. DE NITTO, *Dottrina e realtà delle persone giuridiche pubbliche tra fine '800 ed inizi '900 in Italia. Alle origini del problema della « crisi dello Stato »*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 11/12 (1982-83), pp. 631 e ss.

([139]) In questa direzione — ma partendo dall'inserimento dell'idea di « Machtäusserung des Staates » nel concetto di *service public* — già le osservazioni di SCHEUNER, *Der Einfluss des französischen Verwaltungsrechts auf die deutsche Rechtsentwicklung*, cit., pp. 718-19.

([140]) Basti qui rinviare alle indicazioni fornite da LANGE, *Die öffentlichrechtliche Anstalt*, cit., pp. 169 e ss.

([141]) Secondo questa prospettiva si muove invece BADURA, *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat*, cit., p. 20.

In realtà il discorso risulta assai più intrecciato già all'inizio e se, specialmente nel *Deutsches Verwaltungsrecht*, l'accento sembra spostarsi in modo quasi esclusivo sulla *Nutzung*, sulla sua natura specificamente pubblicistica ed imboccare quindi i sentieri del *besonderes Gewaltverhältnis* dove l'autorità, invece che sciogliersi nella gestione, s'intensifica in un rapporto di appartenenza che stravolge i fruitori del servizio in « Objekte » dell'attività dell'*Anstalt* che lavora come « grosse Maschine » ([142]), inconfondibile — e proprio questo impedisce che l'istituto acquisti una propria salda unitarietà — rimane sempre la traccia originaria che si diparte da quel nucleo concettuale che racchiudono le formule di *service* e *établissement public* e che è indiscutibilmente giocato, tra attività e organizzazione, sulla rottura dell'universo burocratico, sull'appannarsi dell'immagine amministrativa fondata sull'*acte administratif* ([143]).

Non sarà quindi il passaggio dall'amministrazione imperativa all'amministrazione di prestazione a scandire la vita dogmatica dell'*Anstalt* nei primi decenni del nostro secolo perché vistosi elementi di prestazione sono pur necessariamente presenti nella stessa opera di Mayer, costretto ad aprire il mondo dell'autorità all'amministrazione del fare, così come era stato costretto ad aprire agli insopprimibili elementi consensuali l'impermeabilità definitoria racchiusa nell'imperatività del provvedimento ([144]).

La stessa ammissione, a denti stretti certo, ma comunque significativa, della possibilità dell'esistenza di *Anstaltsnutzungen* di tipo privatistico e quindi di rapporti contrattuali tra *Anstalt* e fruitore che anche se a livello marginale si affiancano alle forme « naturali »

([142]) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. 2°, cit., pp. 318 e ss. La citazione riportata nel testo è invece a p. 329.

([143]) Anche se i giuristi francesi, all'inizio del secolo, tenteranno di ricostruire proprio intorno al concetto di *service* una nuova unità del diritto amministrativo e, nel caso di Léon Duguit, persino una complessiva teoria del diritto e dello Stato: cfr. PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, cit.; ID., *La notion de personne morale dans l'oeuvre de Léon Duguit*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 11/12 (1982-83), pp. 667 e ss.

([144]) Cfr. *retro* il primo capitolo della seconda sezione della prima parte.

del diritto pubblico ([145]), dimostra come la sistemazione dogmatica mayeriana non possa esser letta soltanto sul piano della prospettiva pubblicizzante — senz'altro di grande rilevanza —, ma debba seguire i modi con cui questa pesante cornice ideologica che identifica amministrazione e autorità si cala su un terreno in cui, già a fine '800, l'amministrazione non impera, ma assicura vantaggi, prestazioni, servizi ([146]).

Nel proseguio sarà proprio questo secondo cosmo amministrativo a risultare sempre più evidente, mentre il *service* insidierà sempre più da vicino il primato della *puissance publique*, gli equilibri tra autorità e prestazione si dislocheranno in modo diverso all'interno dell'*Anstalt*, le tematiche dell'organizzazione assorbiranno progressivamente quelle dell'attività.

Il mutare delle strutture e dei modi di azione amministrativa, le trasformazioni istituzionali incidono quindi in modo rilevante, si possono puntualmente decifrare in controluce dal progressivo affievolirsi a livello dogmatico delle scansioni riferite al polo autorità a tutto vantaggio delle scansioni organizzative.

Ma come dimenticare che, forse un po' sopraffatti da un interesse che in armonia al disegno pubblicizzante sembra tutto rivolto alla *Nutzung* e al rafforzarsi degli elementi di supremazia dell'amministrazione nel rapporto di sudditanza speciale, rilevanti aspetti organizzativi erano presenti anche nelle pagine di Otto Mayer?

Se infatti è vero che l'espressione *öffentliche Anstalt* « traduceva » il concetto francese di *service public*, come espressamente rivelava la *Theorie* ([147]), è anche vero che il termine di *Anstalt* doveva pur conservare, anche nella *Umbildung* a cui veniva sottoposto, un qualcosa che ricordasse quel valore semantico, specifico e tecnico che possedeva negli scritti dei pandettisti: non stupisce infatti che di *öffentliche Anstalten* Mayer si torni ad occupare sia nel *Deutsches Verwaltungsrecht* sia nel saggio sulla persona giuridica in prospettiva più chiaramente soggettivistica ([148]) o che

---

([145]) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. 2°, cit., p. 321.
([146]) *Ibid.*, vol. 2°, p. 318.
([147]) MAYER, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, cit., p. 225.
([148]) MAYER, *Die juristische Person*, cit., anche se approccio « sogget-

nella traduzione, da lui stesso effettuata, del manuale per il pubblico transalpino, il termine di ö*ffentliche Anstalt* suoni nella versione francese come *établissement public*, sposi cioè quello che per molti aspetti costituisce il reciproco organizzativo del *service* che rimane invece profilo essenzialmente di attività ([149]).

Il che non dimostra soltanto che la duplicità di significato che l'*Anstalt* ancora oggi registra nella scienza amministrativistica tedesca ([150]) ha radici lontane, in parte comuni alla circolarità tra tematiche di attività e di organizzazione che pure caratterizzava la vicenda concettuale che in Francia ruota appunto intorno a *service* e *établissement public*, ma dimostra anche che la mediazione creativa di Mayer, quel manto di autorità tanto evidente nel rapporto di sudditanza speciale non è poi così spesso da non lasciar trasparire i profili organizzativi e con questi il disaggregarsi delle strutture burocratiche, la disarticolazione dei poteri pubblici e quindi da una parte il complicarsi degli apparati e dall'altra il progressivo sciogliersi dell'autorità e del provvedimento in qualcosa che comando imperativo non è e che si avvicina invece alla materialità della prestazione ([151]).

Allora, piuttosto che immaginare un improvviso passaggio dell'*öffentliche Anstalt* dal mondo della *obrigkeitliche* a quello della

---

tivistico » non vuol dire affatto necessaria identificazione tra *Anstalt* e personalità giuridica: vedi *ibid.*, spec. p. 309.

([149]) MAYER, *Le droit administratif allemande*, édition français par l'auteur, tm. IV, Paris, 1906, pp. 184 e ss. e p. 267: « une entreprise publique déterminée d'un caractère permanent, un établissement public (öffentliche Anstalt), comme nous l'appelons, peut être accompagnée d'une personnalité morale créé à cet effet. La désignation du but de cette personne au point de vue matériel est donc donnée ici d'avance avec une très grande clarté: c'est la gestion de cet établissement. C'est pourquoi l'usage est de l'appeler elle-même ' öffentliche Anstalt '.

In generale su queste tematiche nell'ordinamento francese cfr. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 8ª ed., cit., pp. 212 e ss.; J. RIVERO, *Droit administratif*, 11ª ed., Paris, 1985, pp. 32 e ss. e pp. 497 e ss.

([150]) RÜFNER, *Zur Lehre von der öffentlichen Anstalt*, cit., pp. 605 e ss.

([151]) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol I, p. 21 (3ª ed - Leipzig, 1924): « der Staat tritt hier (attraverso le *öffentliche Anstalten*, appunto) in das Leben der Gesellschaft ein... ».

gewährende Verwaltung può essere forse più credibile supporre che l'istituto acquisti distinte e diverse configurazioni oscillando però tra due poli sempre ben identificabili; che esista cioè una continuità di fondo nell'articolazione del discorso dogmatico e che le oscillazioni vengano di volta in volta pilotate tra autorità e organizzazione, tra imperatività e servizi, tra provvedimento e prestazione.

Il fatto che, nelle trasformazioni dogmatiche a cui è sottoposto in perfetto parallelismo con il mutare della realtà amministrativa, l'*Anstalt* conservi inalterato e quasi consolidi il proprio carattere pubblicistico-amministrativo — anche convertendosi, ma mai in modo irreversibile e soltanto in linea tendenziale, da statuto di attività a tipo organizzativo —, ci conferma che, se all'origine dell'itinerario non esiste un modello di autorità del tutto privo di « prestazione » ([152]), non c'è tuttavia neppure negli approdi degli anni '20 e '30, nelle sintesi costruite in modo consapevole proprio sul nuovo atteggiarsi del potere amministrativo, un mondo di prestazioni senza autorità.

È vero quindi che l'*Anstalt* rappresenta un veicolo di pubblicizzazione, ma questo è vero non solo per Mayer in cui in questo caso « pubblico » diventa addirittura sinonimo di sudditanza, ma sarà vero anche per Arnold Köttgen e per il suo tentativo di costruire intorno all'*Anstalt* un *verwaltungsrechtlicher Organisationstyp*, una struttura organizzativa pubblicistica in grado di soddisfare sì i nuovi compiti amministrativi, ma anche di fissare sicure delimitazioni tra economico e statuale, tra economia e amministrazione ([153]).

Spostata sul piano organizzativo la scelta pubblicistica non avrà motivazioni garantiste né seguirà argomentazioni riferibili alla

---

([152]) Senza con questo mettere in dubbio l'osservazione di RÜFNER, *Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft. Untersuchungen zum Problem der leistenden Verwaltung*, cit., pp. 119 e ss., secondo il quale l'*Anstalt* rappresentò, nel sistema di Mayer, l'unico istituto attraverso il quale il giurista « filtra » la realtà dell'espansione delle prestazioni amministrative.

([153]) Sull'*Anstalt* come veicolo di pubblicizzazione cfr. BREUER, *Die öffentlichrechtliche Anstalt*, cit., p. 213. Passi particolarmente indicativi del tentativo pubblicizzante di Arnold Köttgen si possono leggere in *Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt*, cit., p. 109.

grande tematica dei rapporti tra politica e amministrazione ([154]), sempre più complessi nel momento in cui con la difficile applicabilità all'amministrazione di prestazione della struttura condizionale del comando legislativo, il principio stesso di legalità si appanna e viene a perdere di incisività costituzionale ([155]), ma mirerà nella crisi del *Parteienstaat* a recuperare la dispersa *Staatlichkeit*, a ricostituire quell'« unità » che si vuol vedere anche in una precisa separazione del potere pubblico dalla miriade degli interessi (in questo caso economici).

Ritorna cioè quell'interna antinomia tra l'autorità e il suo dissolversi o mutare con l'aumento dei compiti pubblici che l'istituto inconfondibilmente rivela: quella contraddittorietà che permette all'*Anstalt* di essere ora il punto di coagulo dei più marcati retaggi *polizeistaatlich*, di esprimere nel rapporto di sudditanza speciale il punto di massima convergenza tra autonomia amministrativa e concentrazione del potere, ora di essere invece la categoria che protetta dalla « naturale » appartenenza al diritto pubblico incanala lo sciogliersi di quella stessa autorità nella prestazione per diventare così il veicolo dogmatico attraverso il quale inserire nel sistema proprio l'evoluzione dei compiti dello Stato.

E quest'antinomia di fondo riesce a non intaccare la razionalità e la coerenza stessa della costruzione soltanto perché muove da una definizione di partenza che nella sua genericità ([156]) si presta ad una serie molto diversificata di declinazioni. Può infatti passare senza imbarazzi dalla *Staatslehre* ai contraddittori intrecci tra attività e organizzazione offerti da una realtà amministrativa che, accanto ad ipotesi di concretizzazione e rafforzamento del rapporto generale di sudditanza — se, come Mayer ritiene, lo stesso

---

([154]) Lungo i quali si muove invece una parte dell'attuale dottrina tedesca: cfr. LANGE, *Die öffentlichrechtliche Anstalt*, cit., pp. 180 e ss.

([155]) Si vedano le indicazioni fornite *retro* nota 179 (prima parte - seconda sezione).

([156]) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. 2°, cit., p. 318: « die öffentliche Anstalt ist ein Bestand von Mitteln, sachlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Subjektes der öffentlichen Verwaltung einem bestimmten öffentlichen Zwecke dauernd zu dienen bestimmt sind ». E per la persistenza della definizione nel dibattito attuale, SCHMIDT, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, cit., p. 29.

esercito può classificarsi come *öffentliche Anstalt* —, pur prevede *Anstaltsnutzungen* di tipo privatistico attraverso le quali la « storica » duplicità degli statuti giuridici dell'amministrazione forza la razionale « naturalità » pubblicistica (157).

Se l'*Anstalt* sembra talvolta assumere scansioni retoriche assai vicine a quelle dell'ossimoro questo dipende certo dalle crescenti smentite che l'ideologia pubblicizzante incontra nella dinamica delle istituzioni e quindi dal modo sempre più stridente con cui il giurista cerca di « correggere » una realtà che imbocca strade contrastanti con il suo disegno, ma dipende anche dalla contraddittorietà intrinseca alla stessa dimensione istituzionale che affolla senza progetto modi di azione e forme di organizzazione ora di diritto pubblico ora di diritto privato e che ora rafforza l'imperatività ora invece improvvisamente la dissolve in una prospettiva che trasforma la funzione in servizio (158), il potere amministrativo in variabile economica.

L'oscillare tra autorità e gestione, tra *obrigkeitliche* e *gewährende Verwaltung*, tra attività normalmente e « naturalmente » pubblicistica e organizzazione, che sin dall'inizio contraddistingue l'*öffentliche Anstalt*, risulta così alla fine sia il frutto dell'incontro, pieno di scintille, tra il disegno teorico e la realtà amministrativa, sia il riflesso enigmatico di quella stessa realtà, di quell'intreccio tra impero e gestione che con la *Wendung zum Wirtschaftsstaat* ha abbandonato le tranquille e riposate catalogazioni ottocentesche per un confuso sovrapporsi di pubblico e privato nei confini sempre più incerti e valicabili tra Stato e società.

Non era del resto proprio il mondo delle *Anstalten*, delle *gewerbliche Unternehmungen* di Stato e comuni uno dei settori nei quali già dal 1906 l'*Umbildung* degli istituti civilistici, la pubblicizzazione dovevano risultare meno praticabili? (159).

Già all'inizio del secolo, di fronte alle amministrazioni dell'efficienza (160) il giurista che inforcasse occhiali non appannati dal

(157) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. 2°, cit., pp. 318 e ss.; p. 323.

(158) GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., p. 69.

(159) FLEINER, *Über die Umbildung*, cit., p. 21 e ss. e cfr. *retro* pp. 62 e ss.

(160) Sul rapporto tra « amministrazione dei controlli » e « ammini-

velo ideologico non poteva più cullarsi nella proclamazione senza incertezze della « liberazione » dagli istituti civilistici, dell'emersione di uno specifico pubblicistico, ma doveva chinarsi a captare i messaggi del diritto positivo e porsi in modo disponibile e paziente a districare i fili intrecciati tra organizzazione e attività, tra tasse e controprestazioni, tra modi di fruizione a determinazione amministrativa e *Nutzungen* a regime contrattuale.

Così anche per quei giuristi che propendevano per una ricostruzione unitaria dell'istituto, specificamente pubblicistica sia sul piano dell'organizzazione che su quello dell'attività ([161]), i problemi non potevano certo dirsi risolti con l'elencazione lineare degli elementi individuativi, dall'*Anstaltsgewalt* all'*Anstaltspolizei*, dall'immunità nei confronti dei diritti soggettivi privati all'esenzione dalla competenza dei tribunali ordinari; ma immancabilmente questi si riproponevano nel tentativo — « jedoch nicht immer leicht » — di separare la congerie delle *Anstalten*, per lo più di creazione comunale, che potevano agire « sowohl als private wie als öffentliche » ([162]).

Ancora alla vigilia della prima guerra mondiale tanto è contraddittoria la realtà istituzionale tanto sono lontane dall'unanimità le opinioni dei giuristi: basterebbe ricordare la voce di Erich Kaufmann, ancora il più sensibile a mettere in guardia dal disegno pubblicizzante e il più disponibile ad inserire negli schemi amministrativi « private Unternehmungen » che pure perseguono « öffentliche Zwecke » ([163]).

Anche in questo caso i costrutti pubblicistici, dall'*Anstaltspolizei* alle *öffentliche Unternehmungen*, vengono spazzati via a favore di equilibri tra pubblico e privato da registrare in concreto, da sottrarre all'opera creativa degli amministrativisti.

---

strazione dell'efficienza da ultimo MELIS, *Amministrazione e mediazione degli interessi*, cit., pp. 1483 e ss.

([161]) K. KORMANN, *Öffentliche Anstalt*, in STENGEL-FLEISCHMANN, *Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, Bd. 3, 2. Auflage, Tübingen, 1914, pp. 1 e ss.; P. SCHOEN, *Deutsches Verwaltungsrecht. Allgemeine Lehren und Organisation*, cit., pp. 281-84.

([162]) Le frasi riportate nel testo sono di SCHOEN, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., p. 281.

([163]) KAUFMANN, *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, cit., p. 712.

Individuate le forme di espressione del potere specificamente pubblicistiche, l'ordinamento comune elasticamente si riespande a coprire il mondo dell'attività non imperativa; il diritto privato e il giudice ordinario offrono rispettivamente istituti e protezione giurisdizionale all'azione degli apparati pubblici.

In questa prospettiva l'*Anstalt* diventa « für die Eigenart unseres Verwaltungsrechts » un istituto ancor più « pericoloso » del concetto di proprietà pubblica, lo strumento di una « francesizzazione » del tutto estranea al diritto amministrativo tedesco, l'espressione di un tentativo — strettamente parallelo a quello operato in Francia con il concetto di *service public* — di ricondurre al solo diritto pubblico le forme organizzative ed i modi di azione dell'amministrazione non imperativa ([164]).

La presenza di *Anstalten* di stretto diritto privato non rappresenta allora in questo caso una pur necessaria apertura alla varietà effettiva dei tipi istituzionali, ma la precisa conferma dell'impossibilità stessa della *öffentliche Anstalt* come categoria unitaria, come *Zentralbegriff* parallelo all'istituto francese del *service public.*

La soluzione finale è la stessa che abbiamo avuto modo di apprezzare in sede di elaborazione dei modelli teorici: il diritto amministrativo tedesco si conferma in senso stretto *öffentliche Gewalt*; ogni tentativo di estenderne l'applicabilità oltre l'esercizio dei poteri imperativi, che si muovesse in direzione degli istituti a contenuto patrimoniale come la proprietà e la responsabilità pubblica, o tendesse invece ad accogliere in una prospettiva pubblicistica il crescente peso dell'attività di prestazione, fa violenza sulla « naturale », « storica » combinazione di pubblico e privato, di autoritativo e consensuale che caratterizza le norme dell'amministrazione tedesca ([165]).

Erich Kaufmann si conferma ancora una volta un personaggio di fronda rispetto all'indirizzo prevalente della scienza amministrativistica tedesca, sicuramente estraneo al progetto d'immettere la

---

([164]) *Ibid.*, p. 708 e si veda anche il secondo capitolo della prima parte (prima sezione).

([165]) *Ibid.*, pp. 710-11.

crescita dei compiti dello Stato nel solco di istituti giuridici che conservassero ben netti i segni della « specialità » amministrativa.

L'alternativa è, almeno in parte, già evidente nella prassi: « die elastischen Formen des Privatrechts » ([166]) sono a disposizione degli apparati pubblici per assecondare le spinte di trasformazione dello Stato, per offrire loro le strutture giuridiche attraverso le quali esercitare un sempre più incisivo intervento economico.

Di fronte a questa realtà il progetto « panamministrativo » rischiava di rimanere soffocato dalla vischiosità della sua stessa ideologia: *ante litteram*, la crisi della nozione di *service public* ([167]) è già chiaramente avvertita, tra le righe, da una prospettiva che a prima vista suona così ottocentesca, che si richiama ai valori della « storicità », che usa strumentari concettuali di quella *Fiskuslehre* ([168]) che sembrava, al tornante di fine secolo, così confliggente con l'evoluzione novecentesca dell'amministrazione.

Il diritto amministrativo tedesco non fece comunque a meno dell'*Anstalt* né si ritrasse in campi più affini alla propria specialità pubblicistica: anzi, proprio questa « traduzione », così creativa, così carica dei profili più evocativi del progetto pubblicizzante, operata da Mayer sulla categoria francese del *service public*, divenne il campo dogmatico attraverso il quale si resero visibili, dall'interno del sistema, i processi di trasformazione del potere amministrativo.

Così, subito dopo la conclusione del primo conflitto mondiale, l'*Anstalt* è già divenuto, nelle pagine di Rudolf Hermann Herrnritt, « Anstaltsverwaltung », un « tipo » amministrativo non più individuato soltanto da un regime di fruizione esclusivamente pubblicistico e dai pesanti poteri autoritativi che si celano sotto l'*Anstaltspolizei*, ma un modello di organizzazione e di attività distinto dalla tradizionale *Behördenverwaltung* e che si adatta in

---

([166]) KAUFMANN, *Otto Mayer*, cit., p. 395.

([167]) R. SCHNUR, *Die Krise des Begriffs der services publics im französischen Verwaltungsrecht*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 79 (1953-54), pp. 418 e ss.; DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 8ª ed., cit., pp. 212 e ss.; RIVERO, *Droit administratif*, 11ª ed., cit., pp. 33-36.

([168]) Cfr. *retro* nota 128 (prima parte - prima sezione).

modo particolare a compiti da realizzare tramite specifici apparati tecnici ([169]).

Gli anni non sono quindi passati invano e la tendenza, evidente, a spostare l'equilibrio della categoria verso il polo organizzativo è già sintomatica dell'affievolirsi del momento autoritativo verso costruzioni più sensibili ai problemi dell'efficienza, della gestione, della tecnica, che presentano le nuove esigenze istituzionali.

Si fa più stretto il nesso tra *Anstalten* e amministrazione di prestazione ([170]): nel manuale di Fleiner l'istituto occupa così il posto d'onore in un capitolo espressamente dedicato a « Der Verwaltungsapparat und seine Leistungen », che anche al solo livello sistematico colloca la categoria non più nell'ambito dei rapporti obbligatori, non più in funzione della specificità della *Nutzung* e quindi in connessione inscindibile con il rapporto di sudditanza speciale, ma direttamente nel raggio d'utilità prodotte dagli apparati pubblici, nel « fare » dell'amministrazione ([171]).

In questo modo la difficile convivenza tra organizzazione e attività, tra *service* e *puissance publique* esistente nel costrutto di Mayer tende a sciogliersi in un confronto più ravvicinato tra *Hoheits-* e *Betriebsverwaltung*, rinnovando una posizione già all'inizio del secolo assai prudente sugli intrecci pubblico-privato caratteristici dell'intervento economico dell'amministrazione.

I tradizionali elementi individuativi della natura pubblica dell'*Anstalt* — offerti comunque in una lettura ormai rispettosa

---

([169]) HERRNRITT, *Grundlehren des Verwaltungsrechtes*, cit., pp. 229 e ss.

([170]) Un nesso che ha portato H. JECHT, *Die öffentliche Anstalt. Wandlungen und gegenwärtige Struktur*, Berlin, 1963, pp. 49 e ss., a parlare dell'*Anstalt*, in chiave di diritto positivo, come « Organisationstyp der leistenden Verwaltung ». Sulla mancanza di un collegamento necessario tra *Anstalten* e *Leistungsverwaltung*, le già citate relazioni di Klaus Lange e di Rüdiger Breuer in *VVDStRL*, Heft 44, p. 173 e p. 219, cui rinviamo anche per le più aggiornate precisazioni terminologiche in materia.

([171]) FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, cit., pp. 321 e ss. (per una collocazione sistematica comunque già presente nella prima edizione, Tübingen, 1911, pp. 261 e ss.). Otto Mayer aveva invece inserito nel *Deutsches Verwaltungsrecht* la trattazione dell'*Anstalt* nel capitolo relativo ai rapporti obbligatori (vol. 2°, pp. 318 e ss.).

del principio di legalità — si calano così in una prospettiva pronta a recepire lo sviluppo della *wirtschaftliche Fürsorge* ed ormai consapevole dell'esistenza di una vera e propria « Flucht in das Privatrecht » di Stato e comuni.

In Fleiner — come già abbiamo visto anche per altre tematiche — l'opzione pubblicistica si arricchisce di nuove valenze e depurata da eccessive ideologizzazioni coglie la specificità degli strumentari amministrativi non più in un anacronistico *Mehrwert*, ma in un'interpretazione non economicistica del servizio e quindi nella garanzia di una più sicura parità di trattamento ([172]).

Pur nella diversità degli approcci cresce comunque nel corso degli anni '20 l'interconnessione tra *Anstalten* e servizi pubblici ([173]): nelle pagine di Adolf Merkl le *Anstalten* costituiscono già un *Verwaltungstyp* costruito in precisa opposizione all'organizzazione burocratica di tipo imperativo, un veicolo di scioglimento del « reinen Behördenstaat », una forma organizzativa specificamente costruita sulle esigenze della crescente socializzazione ([174]).

Depurata dal rapporto di sudditanza speciale — già « sparito » con la giuridicizzazione tipica degli scritti della Scuola di Vienna ([175]) — la categoria conserva ben poco dell'originaria configurazione mayeriana: l'identificazione di *Anstalten* e *unmittelbare Verwaltung*, pur riduttiva forse del concetto kelseniano di amministrazione diretta, non limitabile al solo esercizio in forma pubblicistica di un'attività di prestazione ([176]), sancisce comunque

---

([172]) FLEINER, *Institutionen*, cit., pp. 335-37. Si veda anche (*retro* capitolo primo - prima parte/seconda sezione) la posizione assunta da Fleiner sul problema del contratto amministrativo.

([173]) Rimane tradizionale invece l'impostazione di W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, cit., pp. 500 e ss.

([174]) MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 306 e ss.

([175]) *Ibid.*, pp. 132 e ss. e cfr. *retro* il capitolo secondo della prima parte (seconda sezione).

([176]) KELSEN, *Die Lehre von den drei Gewalten*, cit., pp. 97 e ss. « 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 ». « 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

l'approdo dell'istituto alle tematiche dell'organizzazione, l'accantonamento degli aspetti autoritativi sino ad allora immediatamente evocati dall'*Anstaltsnutzung*: in questo momento l'*Anstalt* diventa in senso pieno un istituto giuridico consapevolmente utilizzato dai giuristi per convogliare la crescita dei compiti amministrativi.

La « svolta » trovò un'immediata conferma nelle sedute della *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*: se nell'aprile del 1929 a Francoforte si discute del « Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt » non è certo per passare e ripassare al setaccio gli aspetti autoritativi della *Nutzung*, interrogarsi sull'*Anstaltspolizei*, discettare sugli equilibri tra i rapporti di sudditanza generali e speciali ([177]).

Non è più lo scontro tra *service* e *puissance publique* ad attrarre l'interesse dei giuristi; anzi Otto Mayer sembra ormai appartenere alla « Frühzeit » del diritto amministrativo ([178]): premono invece i « gegenwärtige Verhältnisse » e questi « rapporti » sono fatti di interventi economici, di rifiuto dei principi del « Liberalismus », di un campo di attività degli apparati pubblici modificatosi in modo profondo nel contenuto e nelle forme di azione ([179]).

Se i problemi dell'organizzazione e dell'attività tornano in primo piano con l'*Anstalt* è perché alle spalle di queste tematiche si agita ribollente, contraddittoria, indominabile la « erwerbs-

---

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 ». Si veda anche MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 206-7; ed infine KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, cit., pp. 151 e ss.

([177]) L. RICHTER - A. KÖTTGEN, *Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt*, in *VVDStRL*, Heft 6, cit., pp. 69 e ss. e pp. 105 e ss.

([178]) KÖTTGEN, *Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt*, cit., p. 108.

([179]) *Ibid.*, p. 105: « in Abkehr von den Prinzipien des Liberalismus und im Banne der Sozialpolitik sind die deutschen öffentlichen Körperschaften in zunehmendem Umfang zur Übernahme wirtschaftlicher Aufgaben übergegangen. Der Tätigkeitsbereich der öffentlichen Körperschaften hat sich so im Laufe der letzten fünf Jahrzehnte inhaltlich gewandelt ... ».

wirtschaftliche Betätigung » della pubblica amministrazione ed è in questa prospettiva che l'*Anstalt* si è rivelato « lebendig » ([180]).

Non esistono possibilità di equivoci: il presente non ha bisogno dell'*Anstalt* come forma pubblicistica della *Nutzung*. Qui il mantello autoritativo si è dimostrato caduco, lacerato dalla fuga degli apparati in forme organizzative privatistiche, dissolto nella sempre più completa e fitta imperscrutabilità dell'amministrazione ([181]).

Non ha più senso inseguire la pubblicizzazione lungo i sentieri del rapporto di sudditanza speciale se è l'amministrazione stessa che ha fatto marcia indietro, ha invertito la prevalenza dei propri statuti giuridici « fuggendo » verso il diritto privato.

Occorre riconvertire il disegno pubblicizzante, occorre rifondare il diritto amministrativo come disciplina specificamente pubblicistica, come insieme di istituti di diritto pubblico adeguati tuttava ai nuovi compiti dello Stato.

L'interesse « attuale » per l'*Anstalt* è proprio qui, nella possiblità di disporre di un *verwaltungsrechtlicher Organisationstyp* sulla base del quale misurare i bisogni pratici della « moderne Verwaltung », adattarla ai compiti della « soziale Demokratie » ([182]).

L'*Anstalt* diventa così un binario lungo il quale instradare certo i processi di trasformazione dell'amministrazione, ma nella convinzione profonda — ribadita con fermezza nella discussione contro l'intervento di Kaufmann ([183]) — che la pubblica amministrazione debba essere esercitata in « öffentlich-rechtlicher Form », che le possibilità di esercizi privatistici debbano rimanere rigorosamente « Ausnahmefälle », che il primato del diritto pubblico per gli scopi dell'amministrazione pubblica debba essere considerato « auch heute noch als eine Notwendigkeit » ([184]).

([180]) *Ibid.*, p. 109 e cfr. anche il già citato volumetto *Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand.*

([181]) *Ibid.*, rispett. p. 109 e p. 106.

([182]) *Ibid.*, p. 109.

([183]) Il citato intervento di Kaufmann nella discussione si può leggere alle pp. 151-52; per la replica di Köttgen si legga la lunga nota alle pp. 107-108.

([184]) *Ibid.*, pp. 107-108 in nota.

« Modernizzazioni » e « tradizionalismi » corrono fianco a fianco: l'*Anstaltsverwaltung* diviene da una parte il simbolo delle novità e delle trasformazioni — occorrerà infatti completare la metamorfosi dell'originario concetto mayeriano ([185]) — e dall'altra l'ancora di salvataggio della statualità in pericolo, un punto di preciso discrimine tra economia e amministrazione, l'orbita pubblicistica sulla quale ricollocare il rapporto tra Stato e processo economico.

L'*Anstalt* offre cioè un argine al « commercializzarsi » della pubblica amministrazione, all'« indesiderata » privatizzazione dei compiti pubblici, diventa il baluardo grazie al quale « insbesondere die Grenzen zwischen öffentlicher Verwaltung und Wirtschaft wieder schärfer hervortreten zu lassen », l'espressione puntuale nel settore delle prestazioni a contenuto economico di quella « geistige Haltung » che contraddistingue la « Besonderheit des deutschen Beamtentums » ([186]).

Non si trattava — come abbiamo già detto — di una pubblicizzazione in senso garantista, di un intervento che raccogliesse le sollecitazioni che in questa direzione venivano dalle pagine di Fleiner, ma di un tassello di un più ampio disegno costituzionale, di un tentativo di « salvataggio » della Repubblica che già abbiamo visto all'opera nella nostalgica deprecazione della perduta « unità tedesca » e che — come vedremo — non rifuggirà dall'individuare

---

([185]) *Ibid.*, pp. 107-108: « wie eine jede juristische Begriffsbildung, so ist auch der herrschende Anstaltsbegriff durch ganz bestimmte, zeitlich gebundene praktische Bedürfnisse entscheidend bedingt. Haben sich diese Bedürfnisse jedoch auf Grund der eingangs erwähnten Entwicklung seit den Zeiten Otto Mayers ..., entscheidend gewandelt, so wird dieser Wandel auch auf die Formulierung der juristischen Begriffe nicht ohne Einfluss sein können ». E si tratta di una *Wandlung* che si sarebbe manifestata principalmente attraverso l'emersione degli elementi « organizzativi » della *öffentliche Anstalt*. Cfr. *ibid.*, pp. 111 e ss.

([186]) *Ibid.*, p. 143 e p. 137. E sulla positività della « pubblicizzazione » ancora in tema di *öffentliche Anstalt* e quindi per un giudizio favorevole alla sistemazione dogmatica di Otto Mayer sugli aspetti della *Nutzung*, cfr., ID., *Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, cit., p. 29.

concreti soggetti politico-costituzionali cui affidarne la ricostituzione ([187]).

In questo senso la centralità che l'*Anstalt* conquista come categoria pubblicistica cui attribuire, in modo tendenzialmente globale, l'universo delle prestazioni amministrative non ha valenze diverse dal compito costituzionale che la burocrazia consegue come principale « rimedio » alle degenerazioni della democrazia parlamentare.

Certo, la pubblicizzazione non può più cullarsi su quel plusvalore giuridico che si intensifica nel rapporto di sudditanza speciale: è necessario fissare degli elementi individuativi dell'*öffentliche Anstalt* che siano espressivi del modificarsi delle forme di azione amministrativa.

Se l'*Anstalt* diventa chiaramente un tipo organizzativo, diverso dall'amministrazione gerarchico-burocratica, ma come questa senza incertezze *öffentliche Verwaltung*, è perché esprime un modello di produzione amministrativa diversa da quella provvedimentale, perché l'attenzione si sposta dalla dichiarazione di volontà al *Realakt*.

Si recupera così una prospettiva « prestazionale » che ha mantenuto un suo filo, prima tenue, poi sempre più forte nell'itinerario che si snoda da Mayer sino a Merkl e non è un caso se proprio del giurista austriaco si riutilizza a questo punto l'identificazione tra *Anstalten* e amministrazione diretta.

L'abbandono dell'*Anstalt* come *Anstaltsnutzung* e l'emersione degli aspetti organizzativi sono un tutt'uno con la consapevolezza del differenziarsi delle funzioni statali e del loro contenuto, con la registrazione della disaggregazione della struttura burocratica, con la perdita d'importanza dell'amministrazione produttrice di atti e dei tentativi d'ingabbiarla in « justizförmige Organisationen » ([188]).

L'*Anstalt* diventa ora senza più veli una forma organizzativa finalizzata alla produzione di un'utilità materiale, di una prestazione, di un fare, di un *Realakt* appunto, pensato in modo consapevole in alternativa allo schema provvedimentale, alla dichiara-

([187]) Lo vedremo meglio nel secondo capitolo della terza parte.

([188]) KÖTTGEN, *Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt*, cit., p. 113.

zione di volontà, alla norma che l'amministrazione detta per il caso concreto ([189]).

L'itinerario dell'*Anstalt* va letto così in stretto parallelo con la crescente crisi del provvedimento amministrativo, con la sua vistosa perdita di centralità: l'emersione sempre più pura del *service*, di quella materialità della prestazione pur esistente anche nella pesante mediazione di Otto Mayer, coincide con il progressivo sciogliersi del momento autoritativo, non discende dal tentativo di recuperare la purezza originaria del disegno dogmatico da cui era partita la « traduzione » di Mayer, ma direttamente dal mutare della realtà amministrativa.

Il rinnovamento dogmatico non è fine a se stesso; c'è invece un obiettivo concreto a cui finalizzarlo: rendere l'organizzazione amministrativa di diritto pubblico uno strumento compiuto anche per quei compiti per i quali originariamente, sotto l'influsso del liberalismo, non era stata destinata ([190]).

In realtà, se da una parte furono « soddisfatte » con l'avvento del nazionalsocialismo le aspettative per un recupero di un « rassicurante » « Stato contenutistico » e le prospettive più ideologizzate si acquietarono fiduciose nella garanzia dell'unità del popolo tedesco assicurata dal *Führerprinzip* ([191]), dall'altra il tentativo pubblicizzante affidato da Köttgen alla categoria organizzativa dell'*Anstalt*, incontrò nelle trasformazioni successive ad un tempo smentite e conferme.

La disciplina del pubblico potere non si rivelò infatti né privatistica né pubblicistica, ma un complesso, contraddittorio intreccio di forme organizzative e di istituti di entrambi gli universi giuridici: il tentativo di bloccare sull'*Anstaltsverwaltung* di tipo pubblicistico tutta l'amministrazione, che pur a contenuto econo-

---

([189]) *Ibid.*, pp. 112 e ss., anche per un collegamento tra questa distinzione di Köttgen tra « Willenserklärung » e « Realakt » e la sistemazione dogmatica fissata per l'*Anstalt* da Adolf Merkl (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 306-308), partendo dalla distinzione kelseniana tra amministrazione diretta e indiretta. Sul concetto di *Realakt* da ultimo LANGE, *Die öffentlichrechtliche Anstalt*, cit., pp. 173-74 e per una definizione « corrente », H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 313 e ss.

([190]) KÖTTGEN, *Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt*, cit., p. 141.

([191]) Lo vedremo nel capitolo seguente.

mico non per questo fosse « öffentliche Wirtschaft », riuscì così solo in parte e di fronte al sempre più fluttuante confine tra *öffentliche Anstalten* e *Gewerbsunternehmen* il discrimine tra economia e amministrazione si fece sempre più valicabile ([192]).

Rimase valida comunque la prospettiva *Realakt*, la consapevolezza che accanto all'amministrazione tradizionale, all'*Eingriffsverwaltung*, esisteva ormai un'*Anstaltsverwaltung* non più incentrata sull'impero, ma sul fare, sulle prestazioni, una *Fürsorgeverwaltung* di fronte alla quale era ormai necessario aggiornare schemi tralatizi e categorie dogmatiche ([193]).

Finiva in un vicolo cieco il progetto di Mayer di vincolare l'*Anstalt* ad un tipo di *Nutzung* fondato sul rapporto di sudditanza speciale, di collegare l'amministrazione di prestazione ad un momento di potenziamento dell'autorità ([194]).

La capacità di interpretare le novità strutturali era a questo punto affidata alla *Leistungsverwaltung*, a sempre più incisive « modernizzazioni » dogmatiche, a categorie che facessero a meno delle strutture concettuali elaborate da Otto Mayer sul finire dell'Ottocento.

([192]) KÖTTGEN, *Deutsche Verwaltung*, cit., p. 139.

([193]) *Ibid.*, pp. 159 e ss. Torneremo su questi problemi nel capitolo seguente.

([194]) FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, cit., p. 24: « wie wenig der Anstaltsbegriff nach dieser Richtung (una *Nutzungsordnung* di tipo esclusivamente pubblicistico) fruchtbar zu machen ist, geht schon daraus hervor, dass es Anstalten mit öffentlichrechtlicher und solche mit privatrechtlicher Nutzungsordnung gibt und dass es vielfach dem Anstaltsträger überlassen ist, welcher Art von Benutzungsordnung er den Vorzug geben will ». Anche se alle aperture di Forsthoff (che analizzeremo nel capitolo seguente) non corrisponderà un analogo rinnovamento dogmatico della categoria dell'*Anstalt* negli altri esponenti del diritto amministrativo nazionalsocialista. Cfr. per esempio la « tradizionalissima » sintesi di F.W. JERUSALEM, *Das Recht der öffentlichen Anstalt*, raccolta in uno dei principali manuali di « regime »: il *Deutsches Verwaltungsrecht* curato dal *Reichsrechtsführer* Hans Frank, München, 1937, pp. 282-91. Lo stesso tentativo di T. MAUNZ, *Verwaltung*, Hamburg, 1937, pp. 69 e ss., di sostituire alla visione « individualistica » dell'*Anstalt* una costruzione tutta imperniata sul concetto di *Ordnung*, lascia ben poco al lettore al di là della greve prospettiva ideologica.

3. *Modernizzazioni dogmatiche ed inversione dei modelli costituzionali: i primi passi del diritto amministrativo nazionalsocialista.*

Non sarebbe possibile chiudere queste osservazioni sulle trasformazioni dell'amministrazione e sui paralleli aggiornamenti dogmatici della scienza giuridica senza affrontare, anche se solo di sfuggita, le rilevanti innovazioni concettuali presenti nella letteratura amministrativistica del nazionalsocialismo.

Le « Modernisierungstendenzen » ([195]) che attraversano la scienza del diritto amministrativo nella seconda metà degli anni '30 sono infatti in stretta connessione con il dibattito weimariano e per le tematiche affrontate — il rapporto tra Stato ed economia conserva un ruolo strategico in un ordinamento in cui, anche per le esigenze del riarmo, cresce l'intreccio tra apparati e processo produttivo ([196]) — e per la stessa identità dei protagonisti, di quei

---

([195]) W. MEYER-HESEMANN, *Modernisierungstendenzen in der nationalsozialistischen Verwaltungsrechtswissenschaft*, in *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, hrsg. von H. Rottleuthner, *ARSP*, Beiheft 18, Wiesbaden, 1983, pp. 140-51. Si tratta di tendenze « modernizzanti » che investono la dogmatica e le problematiche del diritto amministrativo, non più limitate alla dimensione autoritaria ed imperativa dell'azione degli apparati pubblici, ma ormai in grado di tradurre in linguaggio ed istituti giuridici il processo di trasformazione delle strutture e dei compiti dell'amministrazione, in corso già dall'inizio del secolo. Vedremo tuttavia, nelle prossime pagine, i limiti vistosi di questa *Neuorientierung*, irrimediabilmente condizionata dalle « novità » costituzionali fissate con l'instaurazione dell'ordinamento nazista.

([196]) Su questi problemi si vedano almeno: F. NEUMANN, *Behemoth. The Structure und Practice of National Socialism*, New York, 1942, trad. ital. a cura di E. Collotti, *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, Milano, 1977, pp. 209 e ss., il capitolo dedicato a *L'economia monopolistica totalitaria*; E. COLLOTTI, *La Germania nazista. Dalla repubblica di Weimar al crollo del Reich hitleriano*, Torino, 1969 (3ª ed. - 1ª ed. 1962), pp. 107 e ss., il capitolo *Il « socialismo germanico »: una economia di guerra;* K.D. BRACHER, *Die deutsche Diktatur. Entstehung, Struktur, Folgen des Nationalsocialismus*, Köln und Berlin, 1969, trad. ital., *La dittatura tedesca. Origini, strutture, conseguenze del nazionalsocialismo*, Bologna, 1973, pp. 443 e ss.; T.W. MASON, *Sozialpolitik im Dritten Reich. Arbeiterklasse und Volksgemeinschaft*, Opladen, 1977, trad. ital., *La politica sociale del Terzo*

giuristi che abbiamo già trovato impegnatissimi, dalla crisi del *Parteienstaat* in poi, ad inglobare trasformazioni, a formalizzare progetti, a delineare « salvataggi » e che ora si annoverano fra gli esponenti più rappresentativi del pensiero amministrativo nazionalsocialista ([197]). Senza, con questo, delinearne integralmente il volto, composito e sfaccettato e che pure prevede accanto a comuni e diffuse « innovazioni » costituzionali anche la persistenza di dottrine tradizionali e la fedeltà ad istituti tralatizi ([198]).

L'approdo alla *Leistungsverwaltung* che per noi sintetizza nelle pagine di Ernst Forsthoff ([199]) l'ideale punto di arrivo del

---

Reich, Bari, 1980, pp. 179 e ss., il capitolo *Politica sociale, riarmo e guerra (settembre 1936-dicembre 1939)*; H. BUCHNER, *Das Wirtschaftsrecht im Nationalsozialismus*, in *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, cit., pp. 92-104; D. PETZINA, *Die Zeit des Nationalsozialismus 1933-1945. Soziale und wirtschaftliche Entwicklung*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 4, cit., pp. 664-81.

([197]) Assai indicativo il « ricambio » dei curatori delle principali riviste giuridiche in concomitanza con l'avvento del nazismo. Si veda a questo proposito la ricostruzione di STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre im Nationalsozialismus*, cit., pp. 710-11. Ernst Forsthoff ed Arnold Köttgen, a nostro avviso fra i giuristi più « interessanti » e provveduti della letteratura amministrativistica del nazismo (e non solo di quella, considerato il notevole impegno scientifico — specialmente di Forsthoff — negli anni della Repubblica federale), in parte per la giovane età (erano nati entrambi nel 1902, come abbiamo visto *retro* note 8 e 9) ed in parte per una posizione non sempre ortodossa nei confronti del regime, non assunsero ruoli significativi nell'organizzazione della cultura nazista, fatta eccezione per gli scritti — anche manualistici — pubblicati durante il Terzo Reich.

([198]) Abbiamo già fornito a questo proposito alcune indicazioni *retro* nota 194. « Tradizionali » sono, a titolo di esempio, i manuali di L. von KÖHLER, *Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts*, 2. Aufl., Stuttgart und Berlin, 1936; B. DENNEWITZ, *Verwaltung und Verwaltungsrecht*, Wien, 1944.

([199]) FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, cit. Nel dopoguerra, con il titolo *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, Stuttgart, 1959, Forsthoff ha ripubblicato il primo ed il quarto capitolo del volumetto del 1938, con l'aggiunta di una introduzione (pp. 9 e ss.) e di un capitoletto dedicato ad *Anrecht und Aufgabe einer Verwaltungslehre* (pp. 47 e ss.) che si può leggere anche in traduzione italiana in *Stato di diritto in trasformazione*, cit., pp. 171 e ss., con il titolo « Giustificazione e compiti di una scienza dell'amministrazione ».

nostro itinerario è anche, per certi aspetti, un belvedere sull'oggi, un punto di partenza della riflessione dello stesso Forsthoff, di un diritto amministrativo della società industriale che costituisce una traccia significativa nell'itinerario del nostro giurista ([200]), ma che è anche ribollente e controverso problema attuale: un terreno a noi non consono, non del tutto aperto allo storico del diritto, troppo carico di problematiche del presente per essere « passato », storia, per aver varcato la soglia dell'irrevocabile ([201]).

Per questi legami vitali con il presente, con il lavoro del giurista positivo, con le progettualità di ognuno di noi, non ci sarà in queste pagine una ricostruzione unitaria del pensiero di Forsthoff — del resto, con risultati forse non del tutto soddisfacenti, comunque già tentata ([202]) — che in gran parte si snoda negli anni della Repubblica federale, tra improvvise riconversioni costituzionali e radicate fedeltà ad un proprio, consolidato patrimonio concettuale, né ci sarà un collegamento con le tematiche dell'oggi, con i problemi giuridici dello Stato sociale, con le dinamiche del pubblico potere, delle sue trasformazioni, delle sue privatizzazioni, delle sue libertà in uno Stato postindustriale.

Qui cessa il compito di spiegazione dello storico e si tratta ormai d'intuire tendenze in svolgimento, cercare di formalizzare progetti del legislatore — se esistono —, comprendere gli assetti reali dei pubblici poteri, pensare nuove categorie dogmatiche di un'esperienza non sedimentata: il compito del giurista in un vitale « scambio di testimone » con lo storico che crediamo sia sempre

---

([200]) Oltre alle dieci edizioni del *Lehrbuch des Verwaltungsrechts* e alla raccolta di scritti *Rechtsstaat im Wandel* (di cui esiste la traduzione italiana citata *retro* nota 2), appartiene al periodo della Repubblica federale anche la monografia *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, München, 1971.

([201]) H.I. MARROU, *De la connaissance historique*, Paris 1954, trad. ital. *La conoscenza storica*, Bologna, 1975, p. 42.

([202]) Si veda in particolare il volume di U. STOROST, *Staat und Verfassung bei Ernst Forsthoff*, Frankfurt am Main, 1979. E dello stesso Ulrich Storost il saggio, più mirato sui profili di diritto amministrativo, pubblicato in *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, cit., pp. 163-88, con il titolo: *Die Verwaltungsrechtslehre Ernst Forsthoffs als Ausdruck eines politischen Verfassungsmodells.*

più da concretizzare, da attuare in un intenso confronto di conoscenze e di metodi.

La *Leistungsverwaltung*, nella consapevolezza che non può essere soltanto un punto di arrivo ([203]), rimane così per noi essenzialmente un punto di approdo, che sentiamo e crediamo pienamente storicizzabile, legato ad una riflessione decennale che la comunità degli amministrativisti costruisce nella difesa, nell'evoluzione, nella trasformazione, nello stravolgimento dei grandi sistemi di fine Ottocento, nel loro ora cozzare con la realtà, ora interpretarla, nel loro andare incontro a smentite e a conferme, nel rinnovarsi dei progetti, nel mutare delle categorie interpretative.

Leistungsverwaltung quindi non come l'improvvisa modernizzazione, come la fulminante epifania di un diritto amministrativo sino ad allora chiuso di fronte alla realtà, irretito dal suo stesso metodo, prigioniero volontario del proprio formalismo, in una immaginaria, ma quanto epica e titanica, contrapposizione assoluta e radicale tra Forsthoff e Mayer ([204]).

Realtà e formalismo, potere e diritto, autorità e garanzia sono ancora una volta condannati ad un'antitesi drastica, ad una vicendevole esclusione, che non ci sembrano credibili perché il lavoro del giurista, del grande giurista è sempre fatto di realtà e di progetto, di esperienza da catalogare e di categorie interpretative di

---

([203]) Nella consapevolezza cioè che proprio sulla *Leistungsverwaltung* è lastricata gran parte della strada percorsa dalla scienza amministrativistica tedesca nel secondo dopoguerra e che il binomio *Eingriffs- Leistungsverwaltung* appartiene ormai alle definizioni fondamentali del diritto amministrativo. Cfr., come indicazioni esclusivamente esemplificative di una letteratura ampiamente diffusa, P. HÄBERLE, « *Leistungsrecht* » *im sozialen Rechtsstaat*, in *Recht und Staat. Festschrift für Günther Küchenhoff zum 65. Geburtstag am 21.8.1972*, hrsg. von H. Hablitzel und M. Wollenschläger, Berlin, 1972, 2. Halbband, pp. 453 e ss.; SCHMIDT, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, cit., p. 15; BULL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 15-16.

([204]) Secondo un tipo di lettura che ritroviamo, con diverse sfumature, sia in BADURA, *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat*, cit.; ID., *Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung*, cit., pp. 624 e ss., sia in MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel*, cit., pp. 81 e ss., e comunque negli approcci alla storia del diritto amministrativo contrassegnati dall'uso prevalente dello scandaglio metodologico.

quella stessa esperienza e perché, in modo ingenuo forse, crediamo ancora in un diritto che sia, debba essere strumento di esercizio del potere, ma anche veicolo della sua trasparenza, della sua controllabilità, delle possibilità di partecipazione a quell'esercizio.

Più realistico allora « das neue Gesicht der Verwaltung » in Ernst Forsthoff ([205]), perché il discorso amministrativo si arricchisce dei dati dell'esperienza, dei « fatti », si fa inevitabilmente discorso deontico, ma costruendo le proprie scansioni su di un approccio sociologico che studia la popolazione e le sue trasformazioni, gli effetti dell'industrializzazione, dell'inurbamento, dell'allargarsi dell'« effektiver » sul « beherrschter Raum »? ([206]).

Buona sociologia o « Faszination durch die Fakten », capacità del giurista di tradurre nel suo linguaggio l'immagine di un'amministrazione — e quindi di una società — in trasformazione o « geistige Desillusionierung », cecità scambiata per realismo? ([207]).

L'impulso eclettico è forse a questo punto quello più istintivo e la tentazione è quella di fondere i piani, di operare letture di tipo combinatorio: del resto com'è possibile far finta che le categorie di Forsthoff non siano divenute moneta corrente in Germania come in Europa e che gran parte del processo di aggiornamento del diritto amministrativo nel secondo dopoguerra si diparta nella Repubblica federale dalle sue formalizzazioni? Oppure dimenticare che la possibilità di vedere l'amministrazione non più soltanto come un potere autoritario che necessita di legittimazione, di autorizzazioni legisla-

---

([205]) FORSTHOFF, *Das neue Gesicht der Verwaltung und die Verwaltungsrechtswissenschaft*, in *Deutsches Recht*, V (1935), pp. 331-33.

([206]) FORSTHOFF, *Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., pp. 398-400; ID., *Die Verwaltung als Leistungsträger*, cit., pp. 4 e ss.; cfr. anche *infra* pp. 296 e ss.

([207]) Le frasi citate nel testo sono tratte da W. HENNIS, *Politik und praktische Philosophie*, cit., p. 69: « die Faszination durch die 'Fakten', die möglichst primitiven, elementaren Handgreiflichkeiten, des 'Lebens überhaupt', für die das Verständnis der Verwaltung als 'Daseinsvorsorge' nur ein Beispiel ist, ist die Kehrseite einer geistigen Desillusionierung, die Blindheit für die aufgegebene Bestimmung von Staat und Politik mit Realismus verwechselt ». Mentre per un rifiuto radicale di questa critica si può vedere BADURA, *Die Daseinsvorsorge als Verwaltungsrecht der leistenden Verwaltung*, cit., p. 628.

tive, di legalità, ma come un servizio che insieme al benessere crea consenso, legittimazione dell'intero edificio del potere, non si risolve semplicemente nelle linee fortemente ideologizzate di un progetto giuridico, ma esprime anche una consapevole registrazione di un diverso strutturarsi del potere e della sua *Legitimation*? ([208]).

Senza tuttavia tralasciare un profilo che ci sembra decisivo, cioè che il discorso del giurista non può essere mai soltanto categoria interpretativa del reale, specchio riflesso, talvolta deformato dalle lenti della propria stessa tecnicità, della realtà, ma anche e necessariamente categoria ordinante di quella realtà, *Sollen* e non *Sein*, norma, istituto, specifico sociale e non solo esperienza ordinata.

Per cui la « modernizzazione dogmatica » deve essere valutata in primo luogo in relazione a questo specifico sociale, non solo come registrazione nel discorso giuridico delle trasformazioni della realtà, ma prima di tutto come progetto ordinante ed il suo significato ultimo, profondo va colto « dal di dentro » ([209]), dagli istituti in cui il programma si consolida, prende forma, acquista rilevanza giuridica.

Solo in questa dimensione si ha effettivamente « modernizzazione » o comunque acquista significato interrogarsi sull'esistenza e sull'entità della « modernizzazione ». Nel momento in cui una consapevolezza generica delle trasformazioni che il giurista ha come osservatore, come contemporaneo, sin dalla fine dell'800, del delinearsi di un'amministrazione che non è più potere, autorità, impero, che non si sublima più nel provvedimento imperativo, ma che si fa attività e funzione sociale, prestazione e *service*, *unmittelbare*

([208]) Basti qui rinviare a STOLLEIS, *Die 'Wiederbelebung der Verwaltungslehre' im Nationalsozialismus*, cit., pp. 161-62, per un esame di quel « Kontinuitätsstrom » che da questi scritti del periodo nazista si proietta nella stessa Repubblica federale. Mentre per un recentissimo tentativo d'integrare le categorie forsthoffiane della *Eingriffs-* e della *Leistungsverwaltung* con « das Recht der Infrastrukturverwaltung » (come « systematische Erfassung der Erscheinungsnormen gestaltender und planender Verwaltung »), per una più esauriente suddivisione sistematica della materia amministrativa, cfr. H. FABER, *Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1987. La frase citata è a p. 387.

([209]) GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto. Qualche nota sul 'mestiere' di storico del diritto, a proposito di un recente 'corso' di lezioni*, cit., p. 595.

Verwaltung, non si riduce più ad una semplice integrazione di una tradizionale definitorietà — di cui, come abbiamo visto, esistevano tracce consistenti sin dall'inizio del secolo ([210]) —. E s'interroga invece direttamente sulla compatibilità degli istituti giuridici tralatizi, il provvedimento, la gerarchia, il controllo, la legittimità, con la nuova realtà amministrativa. Trasforma cioè un modo di sentire diffuso, la consapevolezza sociologica dei mutamenti strutturali, la rilevazione della *Wendung zum Wirtschaftsstaat*, in discorso giuridico, in articolazione di istituti, in costruzione dogmatica.

Qui vanno proiettati valutazioni e giudizi senza farsi ammaliare dai discorsi di programma, dalle contrapposizioni metodologiche, da un « realismo » che molto spesso scade in retorica di regime, che programmaticamente rifiuta il *Deutsches Verwaltungsrecht* per una cattedra di *Deutsche Verwaltung* che vuole esprimere la nuova ideologia nazionalsocialista ([211]), il rifiuto dei valori, meglio sarebbe dire « non valori », liberali, l'introduzione di una visione « positiva » dell'amministrazione, non più resa asfittica dal giuridicismo imperante, ma « finalmente » liberata, finalizzata, diretta alla realizzazione dei « Gemeinschaftszwecke des Volksganzen » ([212]).

Non pretendiamo in queste poche pagine di fornire un ritratto esauriente del diritto amministrativo nazionalsocialista che necessita di un lavoro autonomo, di un'indagine espressamente incentrata sugli anni '30: problematiche particolarmente evocative dell'ideologia amministrativa del nazismo dovranno rimanere estranee ad una chiave di lettura necessariamente selettiva e non esaustiva e del tutto funzionale alla riflessione che cerchiamo di svolgere in questa parte del lavoro e tutta giocata sugli effetti di ricaduta che le trasfor-

---

([210]) Ricordiamo fra gli autori che abbiamo incontrato WEYR, *Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems*, cit., pp. 573 e ss., per una prima registrazione delle conseguenze dogmatiche dei processi di *Sozialisierung*; THOMA, *Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., pp. 196 e ss., per il « superamento » dell'idea individualistica dello Stato di diritto proclamato in una prolusione che abbiamo già analizzato *retro* capitolo terzo (prima parte - prima sezione).

([211]) Come prevedeva espressamente lo *Studienplan* del 10 gennaio 1935. Vedilo citato in KÖTTGEN, *Deutsche Verwaltung*, cit., p. 1.

([212]) STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre im Nationalsozialismus*, cit., p. 712.

mazioni dei compiti pubblici hanno sulla costruzione del discorso amministrativo.

Senza con questo rinunciare ad indagare il peso e l'influenza che l'ideologia amministrativa del nazismo ha esercitato sui processi di « modernizzazione » che cerchiamo di ricostruire, a prima vista così avalutativi e determinati quasi esclusivamente dai fenomeni « oggettivi » di trasformazione del pubblico potere e solo da questa prospettiva incidenti poi anche sul discorso amministrativo.

Esiste infatti — lo vedremo poco più sotto — un nesso strettissimo tra ideologia e rinnovamento metodologico, tra la potente ventata « realistica » che investe, nella seconda metà degli anni trenta, la scienza tedesca del diritto amministrativo e l'acquietarsi delle preoccupazioni e delle pregiudiziali weimariane nei nuovi, « rassicuranti » equilibri costituzionali del regime.

Sotto l'apparente centralità della questione metodologica, appena un passo più in là delle dichiarazioni programmatiche, la « modernizzazione » dogmatica si avviluppa in un intreccio del tutto nuovo tra costituzione e amministrazione, condizionata e guidata dalle organiche sicurezze del regime, condizione a sua volta della solidità dei patti tra il *Führer* e il suo popolo.

Lo stesso problema, istituzionale e teorico, che si concentra nel rapporto tra partito e amministrazione, senza dubbio la più ideologizzata delle questioni amministrative introdotte dall'ordinamento nazista, non può ridursi alle scansioni « costituzionali » poste dalla coesistenza di due tipi di amministrazione pubblica ([213]), dal concatenarsi di *Führung* e *Verwaltung*, di *Bewegung* e *Staat* o risolversi integralmente nei tentativi di ricomporre, negli intrecci tra Stato, movimento e popolo ([214]), quella difficile unità e quell'orga-

---

([213]) Cfr. per tutti KÖTTGEN, *Deutsche Verwaltung*, cit., pp. 170 e ss. Per la letteratura rinviamo a P. DIEHL-THIELE, *Partei und Staat im Dritten Reich. Untersuchungen zum Verhältnis von NSDAP und allgemeiner innerer Staatsverwaltung 1933-1945*, München, 1969; W. BENZ, *Partei und Staat im Dritten Reich*, in *Das Dritte Reich. Herrschaftsstruktur und Geschichte*, hrsg. von M. Broszat und H. Möller, München, 1983, pp. 64 e ss.

([214]) C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg, 1935 (3ª ed. - 1ª ed. 1932), trad. ital. a cura di Delio Cantimori, *Stato, movimento, popolo. Le tre membra dell'unità politica*, in SCHMITT, *Principii politici del nazionalsocialismo*, Fi-

nicità del tessuto sociale che sotto l'inconsistenza semantica del « movimento » ([215]) celano una realtà di conflitti e di tensioni policratiche ([216]).

Anche il principale problema costituzionale del regime possiede infatti immediati e rilevanti effetti amministrativi ridisegnando le funzioni ed i compiti della burocrazia — oggetto di una delle primissime leggi del nazismo ([217]) — e su un altro fronte della stessa *Reichswehr* ([218]), e costringendo i giuristi a rimodellare il principio di legalità amministrativa che certo fa naufragio per quel tanto di primato del Parlamento che poteva essere emerso negli anni '20, ma che non viene mai completamente negato come espressione della logica dell'esecutività e della razionalità della funzione amministrativa, come conferma dell'indispensabilità della norma per lo stesso Stato totalitario ([219]).

---

renze, 1935, pp. 175 e ss. Sul rapporto tra *Führung* e *Verwaltung*, da ultimo E. LAUX, *Führung und Verwaltung in der Rechtslehre des Nationalsozialismus*, in *Verwaltung contra Menschenführung in Staat Hitlers. Studien zum politisch-administrativen System*, hrsg. von D. Rebentisch und K. Teppe, Göttingen, 1986, pp. 33 e ss.

([215]) BRACHER, *La dittatura tedesca*, cit., p. 313.

([216]) Rinviamo a P. HÜTTENBERGER, *Nationalsozialistische Polykratie*, in *Geschichte und Gesellschaft*, 2 (1976), pp. 417 e ss. e alla letteratura ivi richiamata.

([217]) Ci riferiamo alla legge 7 aprile 1933 che dispose epurazioni e discriminazioni nei ruoli dei funzionari. Cfr. COLLOTTI, *La Germania nazista*, cit., p. 90; H. MOMMSEN, *Beamtentum im Dritten Reich (mit ausgewählten Quellen zur nationalsozialistischen Beamtenpolitik)*, Stuttgart, 1966, pp. 39 e ss. il capitolo « Die ' Wiederherstellung des Berufsbeamtentums ' » che riprende appunto il titolo della legge.

([218]) Sui problemi delle forze armate durante il nazismo si vedano almeno W. SAUER, *Die Mobilmachung der Gewalt*, in *Die Nationalsozialistische Machtergreifung. Studien zur Errichtung des totalitären Herrschaftssystems in Deutschland 1933-34*, cit., pp. 685 e ss.; G.A. CRAIG, *The politics of the prussian army 1640-1945*, Oxford, 1955, trad. ital., *Il potere delle armi. Storia e politica dell'esercito prussiano 1640-1945*, Bologna, 1984, pp. 511 e ss., il capitolo « Hitler e l'esercito. 1933-1945 ».

([219]) KÖTTGEN, *Deutsche Verwaltung*, cit., p. 36, secondo il quale occorre parlare « auch heute noch von einem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung »; *ibid.*, p. 31: « gewiss steht der Führerstaat zur Regel anders als der bürgerliche Rechtsstaat, aber auch er kann der Regel nicht entbehren ». Cfr. anche FORSTHOFF, *Von den Aufgaben der Verwal-*

Certo, si tratta di una norma lontana dai canali legislativi della *volonté générale*, dall'isolamento ben al centro della dinamica istituzionale dell'organo parlamentare, e che si estrinseca ora in un ordinamento complesso che si compone sì di leggi in senso formale, ma anche di *konkrete Führerentscheidungen*, di una legalità che è solo « Selbstbindung der Staatsführung » e che tuttavia riconferma l'esecutività dell'agire amministrativo, la sua « Bindung an Volkstum und Recht » ([220]) e che per quanto possibile, almeno a livello

---

tungsrechtswissenschaft, cit., p. 399, che, affrontando il problema del rapporto tra *Führung* e *Verwaltung*, individua uno degli elementi distintivi nel fatto che « die Verwaltung als bürokratische Verwaltung ist gebunden an Gesetze und allgemeine Regeln ». Del resto anche la tesi centrale del volume di E. FRAENKEL, *Il doppio Stato*, cit., secondo la quale l'ordinamento nazista sarebbe caratterizzato dall'intersecarsi di *Massnahmenstaat* e di *Normenstaat*, si fonda sulla constatazione che all'arbitrarietà della dimensione politica dovesse corrispondere, nello Stato nazista, una necessaria razionalità nella dimensione economica. Sul volume di Fraenkel cfr. W. LUTHARDT, *Unrechtsstaat oder Doppelstaat? Kritisch-theoretische Reflektionen über die Struktur des Nationalsozialismus aus der Sicht demokratischer Sozialisten*, in *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, cit., p. 197 e ss.

([220]) MERKL, *Die Verwaltungslehre des neuen Deutschland*, in *Österreichisches Verwaltungsblatt. Beilage zur Wiener Zeitung*, VII (1936), p. 234. (Questo saggio di Adolf Merkl — puntuale ed utilissima rassegna sulle « innovazioni » dogmatiche della *Verwaltungslehre* nazista — va ascritto ad un periodo di produzione scientifica del giurista viennese caratterizzato da un allentamento dei legami culturali con Hans Kelsen e da un graduale dissolversi, sotto l'incalzare dei drammatici eventi degli anni trenta, dei vincoli interni alla *Wiener Schule*.

Se infatti Kelsen si ritirò a Ginevra sin dalla primavera del 1933 per giungere poi, dopo l'intermezzo praghese, a New York nel giugno 1940 (METALL, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, cit., pp. 63 e ss.), Adolf Merkl, dal 1932 professore ordinario a Vienna, si trovò impegnato come giurista di diritto positivo (come sappiamo — *retro* nota 25 prima parte/prima sezione — sino all'occupazione nazista di Vienna, quando venne collocato a riposo) nell'elaborazione teorica del nuovo ordinamento costituzionale fissato in Austria con la « ständisch-autoritäre Verfassung » del 1934 (per la quale cfr. BRAUNEDER-LACHMAYER, *Österreichische Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 231 e ss.; U. KLUGE, *Der österreichische Ständestaat 1934-38. Entstehung und Scheitern*, Wien, 1984, spec. pp. 78-79 per un particolare riferimento alle opere di Merkl).

Risalgono a questo periodo oltre al già citato commentario *Die stän-*

programmatico, tende a ricondurre l'esercizio della *Führung* sugli organi dell'amministrazione alla forma legislativa ([221]).

Una legalità quindi stravolta rispetto al tipo ideale liberaldemocratico, che si conserva tale anche di fronte alle « rotture » operate dal « movimento », che subisce una metamorfosi completa riconfermandosi come principio guida in un ordinamento che è divenuto nella sua globalità « Stato discrezionale » ([222]).

Si salva l'esecutività della funzione amministrativa come concessione necessaria allo stesso estrinsecarsi del potere in uno Stato totalitario ([223]): si proclama addirittura il venir meno della classica

---

disch-autoritäre Verfassung Österreichs. Ein kritisch-systematischer Grundriss, un *corpus* piuttosto ampio di scritti « minori » dedicato ai mutamenti della realtà costituzionale austriaca ed in particolare ai fondamenti e all'organizzazione dello *Ständestaat*. Ci limitiamo a ricordare due saggi ripubblicati nella raccolta *Die Wiener Rechtstheoretische Schule: Individualismus und Universalismus als staatliche Baugesetze*, in *Revue international de la théorie du droit*, 1934, (ora *ibid.*, Bd. 1, cit., pp. 417 e ss.); ID., *Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika « Quadragesimo anno »*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1934, (ora *ibid.*, Bd. 1, cit., pp. 381 e ss.). Sul corporativismo della « Quadragesimo anno » e sull'influenza di questa enciclica di Pio XI del 15 maggio 1931 sui movimenti cattolici tedeschi, da ultima E. FATTORINI, *Il cattolicesimo politico tedesco. Il partito del Zentrum*, in *Cultura politica e società borghese in Germania fra Otto e Novecento*, Atti del seminario di studio 11-13 aprile 1985, a cura di G. Corni e P. Schiera, Bologna, 1986, pp. 268-71).

Sul rapporto tra « norma » ed attività amministrativa nell'ordinamento giuridico nazionalsocialista cfr. anche KÖTTGEN, *Deutsche Verwaltung*, cit., p. 21 e p. 37; L. von KÖHLER, *Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts*, cit., pp. 48 e ss., il capitolo *Der nationalsozialistische deutsche Rechtsstaat*.

([221]) Che a questo « programma » (KÖTTGEN, *Deutsche Verwaltung*, cit., pp. 16 e ss.), corrispondesse una realtà ben diversa, fatta di continue rotture della legalità, lo rivela con drammaticità, il libro di Ernst Fraenkel, *Il doppio Stato*, cit., pp. 34 e ss., e particolarmente il capitolo dedicato a « La dissoluzione dello Stato di diritto riflessa nell'amministrazione della giustizia » e pp. 68 e ss. quello su « Lo Stato discrezionale in azione ». Cfr. anche il volume *Der Unrechts-Staat. Recht und Justiz im Nationalsozialismus*, hrsg. von Redaktion Kritische Justiz, Baden-Baden, 2 Bde., 1983-84; ed ora, da ultimo, I. MÜLLER, *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, München, 1987.

([222]) KÖTTGEN, pp. 21 e ss.

([223]) NEUMANN, *Behemoth*, cit., pp. 76 e ss.

distinzione ottocentesca tra attività vincolata e attività discrezionale ([224]), con la completa riunificazione di diritto e Stato, con l'ingigantirsi della sudditanza dell'amministratore non solo alla norma, ma allo sterminato campo di discrezionalità aperto alla *Führung*, ad una direzione politica in grado ormai — in perfetta simmetria con la politica che distrugge lo Stato negli anni di Weimar — di « determinare » lo Stato ([225]).

Così la dissoluzione dello Stato di diritto ([226]) — anche se non manca tutta una letteratura che pure non esita a proclamare il *Rechtsstaat* nazionalsocialista ([227]) — il venir meno delle garanzie giuridiche formali trovano surrogati immediati in un rifiorire di *Gemeinwohlformeln* ([228]), di un vocabolario idealistico che appaga le esigenze di garanzia — ma quali se « die Grundrechte sind tot » e se la sfera individuale è schiacciata da quella collettiva? ([229]) — nelle sicurezze organicistiche del *Volksstaat*, nei patti plebiscitari con cui la *Gefolgschaft* risponde agli appelli del suo *Führer* ([230]).

E la « sincronizzazione » della vita politica, in una drastica

---

([224]) KÖTTGEN, *Deutsche Verwaltung*, cit., p. 37: sia quando esiste il vincolo legislativo sia quando le è attribuito un potere discrezionale, l'amministrazione rimane « unter der existentiellen Bindung an Volkstum und Recht ».

([225]) SCHMITT, *Stato, movimento, popolo*, cit., p. 189.

([226]) FRAENKEL, *Il doppio Stato*, cit., pp. 28 e ss.

([227]) Oltre al capitolo del manuale di von Köhler citato *retro* nota 220, cfr. MERKL, *Die Verwaltungslehre des neuen Deutschland*, cit., p. 249 e gli scritti di Carl Schmitt analizzati da SCHWAB, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., pp. 170 e ss.

([228]) STOLLEIS, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin, 1974; K. ANDERBRÜGGE, *Verwaltungsrechtliche Aspekte der volksgenössischen Rechtsstellung*, in *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, cit., pp. 128 e ss.

([229]) Per la diffusione dell'adagio « die Grundrechte sind tot » cfr. MEYER-HESEMANN, *Modernisierungstendenzen*, cit., p. 141 ed ancora l'analisi di MERKL, *Die Verwaltungslehre des neuen Deutschland*, cit., pp. 248 e ss.

([230]) SCHMITT, *Stato, movimento, popolo*, cit., p. 184. Cfr. anche O. KOELLREUTTER, *Der deutsche Führerstaat*, Tübingen, 1934, p. 13: « das Führerprinzip des deutschen Führerstaates baut auf völkischer Grundlage auf », mentre la « seelische Verbindung des Volkes mit dem Staate bildet das Wesen des Staatsautorität ».

concentrazione del potere, accantona in sostanza il regime federale ([231]), realizza « die Verklammerung von Staat und Selbstverwaltung durch die Partei », recuperando questi « pericolosi » *Träger* delle tendenze policratiche e pluralistiche del periodo weimariano a « Zelle des Staates », non più espressione di decentramento, ma *Gemeinschaftsformen*, parte integrante del tutto, di quell'unità tedesca incompatibile con ogni forma di autonomia ([232]).

L'amministrazione si sottrae così al ruolo ancillare, « avvilente » di annesso della funzione legislativa e si riscopre « völkische Funktion » ([233]), strana mescolanza di razionalizzazione, e quindi di fedeltà alla norma, e di guida carismatica, sottoposta contemporaneamente all'una e all'altra, alla legge e al *Führerprinzip*, non più un corpo estraneo come nell'ordinamento della Repubblica di Weimar, ma « eine der geschichtlichen Wirklichkeit des deutschen Volkes immanente Ordnung », restituita con il lavacro nazionalsocialista « zu einer lebendigen Verwaltungsführung » ([234]).

Sono citazioni che riprendiamo dalle pagine di Arnold Köttgen, dai primi paragrafi di quel manuale di *Deutsche Verwaltung* che ci sembra uno dei migliori della letteratura nazionalsocialista, dove il discorso del giurista non si limita a rimasticare, secondo le nuove ideologie imperanti, secondo la pesante retorica di regime, un sapere tradizionale, ma si fa discorso giuridico innovativo — il che naturalmente non esclude che le conseguenze possano essere anche aberranti — diventa diritto amministrativo nazionalsocialista e non solo propaganda di partito.

([231]) Sulla *Gleichschaltung* dei *Länder* con il *Reich* fissata già con una prima legge provvisoria del 31 marzo del 1933, cfr. NEUMANN, *Behemoth*, cit., pp. 67 e ss.; COLLOTTI, *La Germania nazista*, cit., pp. 90 e ss.; M. BROSZAT, *Der Staat Hitlers. Grundlegung und Entwicklung seiner inneren Verfassung*, München, 1969, pp. 130 e ss.

([232]) Chiarissimo FORSTHOFF, *Nationalsozialismus und Selbstverwaltung*, in *Deutsches Verwaltungsrecht*, hrsg. von H. Frank, cit., pp. 176 e ss., per un ideale superamento di quella *Krise der Gemeindeverwaltung* « scoperta » proprio dallo stesso Forsthoff e da Arnold Köttgen negli ultimi anni della Repubblica di Weimar (cfr. *retro* il primo capitolo di questa parte). Cfr. anche H. MATZERATH, *Nationalsozialismus und kommunale Selbstverwaltung*, Stuttgart, 1970.

([233]) KÖTTGEN, *Deutsche Verwaltung*, cit., p. 18.

([234]) *Ibid.*, pp. 16-17.

Se abbiamo spinto l'analisi delle trasformazioni amministrative dello Stato sociale e delle loro ricadute teoriche sin verso la seconda metà degli anni '30 non è per un malinteso senso di completezza o di proiezione della *Auflösung der Weimarer Republik* nella edificazione dello Stato nazista, ma semplicemente alla ricerca del completo dispiegamento di una riflessione già particolarmente viva sul finire degli anni '20 ed allora vissuta in stretta correlazione alla « crisi » della Repubblica ed ora diretta verso nuovi obiettivi con il successo della NSDAP, con la salda costruzione del « totaler Staat » ([235]).

Non ci nascondiamo la specificità — ed in certa misura l'arbitrarietà — dell'approccio, che risulta drasticamente selettivo se — come sarà — utilizzeremo in prevalenza gli scritti di Ernst Forsthoff e di Arnold Köttgen e solo indirettamente quelli dei vari Maunz, von Köhler, Koellreutter, Dennewitz o dei manuali in senso stretto di regime come quello diretto personalmente dal *Reichsrechtsführer* Hans Frank ([236]), nei quali senza dubbio si potrebbe spaziare alla ricerca dei nessi tra totalitarismo e diritto amministrativo, delle relazioni tra *Führerprinzip* e ordinamento giuridico ([237]), tra partito

---

([235]) SCHMITT, *Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland*, gennaio 1933, ora in ID., *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles*, cit., p. 186: « er ist total im Sinne der Qualität und der Energie, so, wie sich der faschistische Staat einen « stato totalitario » nennt, womit er zunächst sagen will, dass die neuen Machtmittel ausschliesslich dem Staat gehören und seiner Machtsteigerung dienen. ... Ein solcher Staat kann Freund und Feind unterscheiden ». Cfr. anche *retro* nota 88.

([236]) T. MAUNZ, *Verwaltung*, cit.; L. von KÖHLER, *Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts*, cit.; O. KOELLREUTTER, *Deutsches Verwaltungsrecht. Ein Grundriss*, Berlin, 1936; B. DENNEWITZ, *Verwaltung und Verwaltungsrecht*, cit.; *Deutsches Verwaltungsrecht*, hrsg. von Hans Frank, cit.. Si veda comunque la più volte ricordata analisi di STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre im Nationalsozialismus*, cit., pp. 707 e ss.

([237]) Cfr. per tutti SCHMITT, *Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13 Juli 1934*, 1934, ora in ID., *Positionen und Begriffe*, cit., p. 200: « Der Führer schützt das Recht vor dem schlimmsten Missbrauch, wenn er im Augenblick der Gefahr kraft seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht schafft.... Der wahre Führer ist immer auch Richter ». « Das Richtertum des Führers entspringt derselben Rechtsquelle, der alles Recht jedes Volkes entspringt. In der

e Stato ([238]) e così via in un'analisi serrata della capacità dei giuristi di tradurre in un'autonoma ideologia giuridica il sovvertimento dei valori fissato con la rivoluzione nazionalsocialista ([239]).

Crediamo tuttavia che questa selezione possa essere ampiamente giustificata dalla capacità dei primi due di portare a compimento il discorso iniziato con la crisi del *Parteienstaat* — Köttgen nel manuale che abbiamo appena citato, Forsthoff in una serie di articoli e nel volumetto dedicato a *Die Verwaltung als Leistungsträger* —, di dare una veste giuridica compiuta a quel processo di economicizzazione dello Stato, « letto » prima in stretta connessione con la « crisi » della Repubblica,, ora dominato, « normalizzato » con l'adesione fiduciosa ai nuovi principi costituzionali.

Ritorna allora il filtro ideologico, il progetto costituzionale che non sono tuttavia di per sé garanzia di modernizzazione dogmatica, come se l'innovazione teorica discendesse necessariamente dal rinnovamento metodologico, che molto spesso rimane polemica di facciata contro il normativismo e una *konkrete Ordnung* fatta di luoghi comuni e d'imperiosi proclami di regime ([240]).

Molte parti del volume collettaneo curato da Frank non riescono ad andare oltre le pagine, nel 1937 sin troppe volte ripetute senza originalità e in perfetta adesione alla coinè del momento, su « Nationalsozialismus und Verwaltungsrecht » e a calare gli sbandieramenti antiliberali — questi sì sempre più grevi — in una più sottile rielaborazione dogmatica ([241]).

---

höchsten Not bewährt sich das höchste Recht und erscheint der höchste Grad richterlich rächender Verwirklichung dieses Rechts. Alles Recht stammt aus dem Lebensrecht des Volkes... ».

([238]) Cfr. per tutti FRAENKEL, *Il doppio Stato*, cit., pp. 55 e ss. il capitolo « Il partito come organo dello Stato discrezionale ».

([239]) STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre im Nationalsozialismus*, cit., p. 712.

([240]) Per la distinzione teorica tra « pensiero fondato sulle norme o sulla legge (normativismo) e pensiero fondato sull'ordinamento concreto » cfr. invece SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, 1934, trad. ital. a cura di G. Miglio e P. Schiera, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le categorie del 'politico'*, cit., pp. 250 e ss.

([241]) H. FRANK, *Nationalsozialismus und Verwaltungsrecht*, introduzione al già citato manuale collettaneo *Deutsches Verwaltungsrecht* curato dallo stesso *Reichsrechtsführer* Hans Frank (sulla cui figura qualche cenno

Quindi un'ideologia — ed una scienza amministrativa — che non riescono sempre e comunque a tradursi in innovazione teorica, ma che pure, quando questo avviene, rimangono condizione decisiva, determinante dell'innovazione stessa, garanzia di accantonamento di pregiudiziali irrinunciabili, sino ad ieri difese a spada tratta, e largamente incidenti e condizionanti il discorso teorico.

L'ideologia a volte si associa al rinnovamento dogmatico, a volte rimane invece semplice sovrastruttura — pur sposata con « fede » e non innocua certo se riesce a trasformare la legalità nella più aperta discrezionalità —, superfetazione posticcia di una struttura amministrativa che in tanto parlare di *Führerprinzip* ruota ancora intorno alla centralità del provvedimento ed ad una visione più che tradizionalista della *öffentliche Anstalt*, ancora tutta incentrata sul rapporto di sudditanza speciale ([242]).

E da questo intreccio contraddittorio tra ideologia e modernizzazione può forse emergere un'ipotesi di lettura meno meccanica di quella comunemente corrente e che interpreta l'innovazione dogmatica quasi esclusivamente in chiave metodologica, come vittoria del realismo sul formalismo sino ad allora imperante e che solo per la disgrazia dei tempi non ha potuto sottrarsi all'abbraccio — certo imbarazzante — della NSDAP ([243]).

In realtà non è così facile scindere i due profili, ideologia e rinnovamento dogmatico, anche se proprio Forsthoff in una delle sue tante riconversioni lo ha tentato ristampando nel 1959 due dei quattro capitoli del volume del 1938 con un'introduzione tutta tesa a riconvertire la prospettiva *Daseinsvorsorge* ad una visione garantista e quindi adeguata alle esigenze del presente e alla diversa realtà della Repubblica federale ([244]).

Certo, non è facile se il costrutto *Leistungsverwaltung* possiede — come possiede in realtà — una sua compiutezza dogmatica,

---

in COLLOTTI, *La Germania nazista*, cit., pp. 94-95 ed ora, *ad vocem*, in *Das grosse Lexikon des Dritten Reichs*, hrsg. von C. Zentner und F. Bedürftig, München, 1985, p. 183), pp. XI-XXIII.

([242]) F.W. JERUSALEM, *Das Recht der öffentlichen Anstalt*, cit., e cfr. *retro* nota 194.

([243]) MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel*, cit., p. 101.

([244]) FORSTHOFF, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, cit., pp. 9 e ss. e cfr. *retro* nota 199.

proprie valenze, uno specifico disegno ordinante e non si limita soltanto a « scoprire » — ben magra scoperta ormai nel 1938 — la realtà delle prestazioni e il modificarsi del volto dell'amministrazione, dei suoi compiti, dei suoi statuti, ma tutto questo traduce in categoria precettiva, in rinnovamento del tessuto dogmatico ereditato dalle sintesi « liberali » di fine '800.

E allora può essere forse più convincente iniziare a leggere questo « realismo » non più soltanto come variabile dipendente da un'analisi sociologica capace di sfruttare fatti normativi e di dedurre il discorso giuridico dalle trasformazioni del reale e dal saper intuire innovazioni istituzionali, decifrare disegni legislativi, ma anche come variabile di una precisa dimensione costituzionale.

E quindi riscoprire quell'intreccio allora vitalissimo, poi certo sfrondato in gran parte nel continuare del discorso negli anni della Repubblica federale ([245]), tra progetto e realtà, tra ideologia e dogmatica, tra costituzione e amministrazione.

Secondo noi — senza con questo voler ipotizzare a nostra volta delle monocause e senza sottovalutare, lo vedremo fra poco, il peso che le stesse innovazioni istituzionali ebbero sull'aggiornarsi delle costruzioni giuridiche — una condizione essenziale delle *Modernisierungstendenzen* va individuata nella proclamazione a chiare lettere, subito dopo la cesura rivoluzionaria, del venir meno del *Beamtenstaat*.

Le pagine di Carl Schmitt sono a questo proposito le più famose e le più icastiche, tutte racchiuse in quell'affermazione che

---

([245]) Cfr. la « conversione » *rechtsstaatlich* effettuata nel secondo dopoguerra con la raccolta di scritti *Rechtsstaat im Wandel* — e principale veicolo di conoscenza del pensiero e dell'opera di Forsthoff per il pubblico italiano grazie alla traduzione citata di Carlo Amirante — nella quale il giurista tedesco si fa paladino di una visione tutta *formal-juristisch* del concetto di Stato di diritto. Sui limiti vistosi di questa tardiva riconversione esiste ormai una consistente letteratura. Oltre ai già citati saggi di Ulrich Storost (*retro* nota 202) si vedano G.E. RUSCONI, *Scambio, minaccia, decisione. Elementi di sociologia politica*, Bologna, 1984, pp. 150-54, il capitoletto « Stato di diritto contro Stato sociale » ed in particolare I. MAUS, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, 2. Aufl., München, 1980, pp. 71-80.

lì per lì suona apodittica, un aforisma e niente più, e che risponde al suono, macabro, ma certo efficace, di « Hegel è morto » ([246]).

Ma non sono certo le sole, se la distinzione tra *Führung* e *Verwaltung*, che diventa subito un banco di prova della capacità teorica del giurista, così come sino a pochi anni prima lo erano state le distinzioni tra le classiche funzioni statali, occupa tutti gli amministrativisti non solo nella revisione della consueta elencazione delle fonti giuridiche, non solo nel nuovissimo tema, originato dallo Stato monopartitico, del rapporto tra *Verwaltung* e *Partei*, ma direttamente nella delineazione del ruolo della burocrazia e quindi, in immediata consequenzialità, nella definizione stessa di pubblico e di amministrazione ([247]).

Vedremo più chiaramente nella terza parte del volume come nel corso degli anni '20 ci si sia così tanto affaticati — in larga misura da parte degli stessi che ora liberavano « il funzionario di carriera tedesco da una posizione ibrida divenuta poco chiara e insostenibile » — ([248]) a delineare una « missione politica » della burocrazia: si sia cercato di disseppellire dalle ceneri delle trasformazioni costituzionali un *Beamtenstaat* fatto di neutralità e di politicità, di burocrati e di *Reichspräsident*, di sicuri portatori dell'unità tedesca e della realtà dello Stato, un affidabile punto di attracco, un « rimedio » ad un tempo costituzionale e amministrativo da opporre alla dissoluzione della sovranità, al conflitto dei partiti e al pluralismo sociale, al Parlamento e al giudice costituzionale ([249]).

Ne erano nati progetti concreti, « salvataggi » tutti più o meno

---

([246]) SCHMITT, *Stato, movimento, popolo*, cit., p. 212 e cfr. l'analisi di SCHWAB, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., pp. 151 e ss.

([247]) Si vedano a titolo esemplificativo KÖTTGEN, *Deutsche Verwaltung*, cit., p. 171, secondo il quale il Terzo Reich, rispetto ai gabinetti presidenziali, non può essere « kein ausschliesslich auf Heer und Beamtentum gestützter Verwaltungsstaat, sondern ein Volksstaat »; FORSTHOFF, *Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., p. 399: « der nationalsozialistische Staat hat die bürokratische Verwaltung darum nicht abgeschafft, sondern erneuert und durch Einführung des Führerprinzips die Persönlichkeit des Beamten soweit zur Geltung gebracht, als es sich mit dem Wesen dieser Art von Verwaltung überhaupt verträgt ».

([248]) SCHMITT, *Stato, movimento, popolo*, cit., p. 212.

([249]) Rinviamo alla terza parte del volume ed in particolare al secondo capitolo.

incentrati sulla burocrazia, tutti orientati — come abbiamo visto — a ricostituire quell'unità che nell'analisi dei « fatti » e della realtà si dichiarava dispersa, frammentata, disgregata, ora nelle sue scansioni politiche ora nell'organizzazione amministrativa.

E ne erano nate prospettive pubblicizzanti, diffuse, « naturali » negli stessi giuristi che leggevano le trasformazioni, s'interrogavano sui rapporti tra economia e amministrazione, studiavano la sempre più sensibile *Wendung zum Wirtschaftsstaat.*

Gli scritti di Köttgen sull'*Anstalt*, quelli di Forsthoff sulla *öffentliche Körperschaft*, quelli di entrambi sulla *Krise der Gemeindeverwaltung* andavano tutti in questa direzione, alla ricerca di una dimensione pubblica, monolitica, sicura, affidabile di contro alla dissolvente politica dei partiti, alle socializzazioni dello Stato, al naufragare degli apparati pubblici nella « galassia » degli interessi ([250]).

Con i pieni poteri, con la « legge costituzionale provvisoria della nuova Germania », tutto questo diviene paccottiglia, soglia di difesa arretrata, disegno onirico del giurista, impossibile sovrapposizione di « apparato di autorità statale, oggettivo, neutrale » e di ceto politico dirigente, « cattivo ed insufficiente surrogato della direzione politica » ([251]).

L'amministrazione si scopre più libera, il funzionario è affrancato dal giogo della legalità, dalla sudditanza al legislativo, ma si scopre più povero, privo della dimensione costituzionale che aveva conquistato, depauperato improvvisamente di quella che sino ad ieri era la sua « missione politica » ([252]).

([250]) Cfr. *retro* l'analisi svolta nel primo e nel secondo capitolo di questa parte.

([251]) SCHMITT, *Stato, movimento, popolo*, cit., pp. 211-12 e pp. 178-79 per quella « costituzione provvisoria della nuova Germania » del 24 marzo 1933 che aveva consegnato per sempre al passato il progetto di « salvataggio » della Repubblica delineato in *Der Hüter der Verfassung*, cit. Sull'atto di concessione dei pieni poteri, quell'*Ermächtigungsgesetz* che avrebbe dovuto rappresentare soltanto la costituzione preliminare del Terzo Reich e che invece, prorogata diverse volte, divenne la sua costituzione definitiva, NEUMANN, *Behemoth*, cit., pp. 67 e ss.; COLLOTTI, *La Germania nazista*, cit., pp .72 e ss.; SCHWAB, *Carl Schmitt*, cit., pp. 152 e ss.

([252]) Vedremo più chiaramente nel secondo capitolo della terza parte in che cosa precisamente consistesse questa « missione politica ».

Non si tratta soltanto di scansioni teoriche, di mutamenti di disegni e di prospettive progettuali: tutto questo ha precisi riscontri istituzionali negli immediati interventi sui ruoli dei funzionari, in un assetto dei rapporti di forza che certo si trasforma, ma che si fonderà, anche durante il regime, su di un intreccio complesso tra partito, burocrazia, forze armate e gruppi economici ([253]).

La ricaduta teorica è comunque decisiva: non occorre più sprecare energie concettuali a modificare istituti, a regolare il corso delle trasformazioni con briglie pubblicizzanti, ad inseguire sogni di unità politica e amministrativa: la « crisi » è risolta, appagata nel ritorno violento dei « valori », soddisfatta da una statualità che invoca segni materialissimi. « Hegel è morto » e con lui la forma costituzionale incentrata sul primato degli apparati, sulla versione moderna del principio monarchico, sul « complesso costituzionale plebiscito - presidente - burocrazia » ([254]), su quell'intreccio tra « diritto e politica » con i quali Carl Schmitt aveva delineato contro Kelsen il proprio *Hüter der Verfassung*, aveva costruito una propria alternativa politica alla crisi del *Parteienstaat* e formalizzato il sistema presidiato.

E nella nuova forma costituzionale, fusa senza incrinature, senza incertezze, senza eccezioni intorno al *Führerprinzip*, ad una « nuova direzione politica » ([255]), che bisogno c'è di affidarsi in modo nostalgico, anacronistico, ad uno Stato di funzionari, all'unità — questa sì non più sostenibile — del pubblico?

([253]) Oltre alle indicazioni fornite *retro* nota 216, cfr. K. HILDEBRAND, *Monokratie oder Polykratie? Hitlers Herrschaft und das Dritte Reich*, in *Der « Führerstaat ». Mythos und Realität. Studien zur Struktur und Politik des Dritten Reiches*, hrsg. von G. Hirschfeld und L. Kettenacker, Stuttgart, 1981, pp. 73 e ss.

([254]) Cfr. la già citata relazione di FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'ottocento*, in corso di pubblicazione negli *Atti* del seminario di studio *Crisi istituzionale e teoria dello stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*.

([255]) SCHMITT, *Stato, movimento, popolo*, cit., p. 211: « soltanto quando il presidente del Reich, il 30 gennaio 1933, nominò cancelliere del Reich il capo del movimento nazionalsocialista, Adolfo Hitler, il Reich tedesco ebbe di nuovo una direzione politica e lo Stato tedesco trovò la forza di annientare il marxismo nemico dello Stato ». Cfr. anche NIGRO, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, cit., pp. 700 e ss.

L'unità si ricostruisce ormai altrove, lontana dall'amministrazione e dalla sua organizzazione, in un'unità che è ora *politische Einheit*, triplice accordo di Stato, movimento, popolo.

L'unità tra *Verfassung* e *Verwaltung* si ricostituisce e l'amministrazione diventa strumento della *Führung*, la « *öffentliche* Verwaltung » è posta al servizio della « *politische* Führung »: il politico si allontana dal pubblico — inteso quest'ultimo in questo caso nel senso ristretto di apparati pubblici — consegnato interamente al « movimento » e al suo ruolo di direzione politica (256).

L'amministrazione abbandona i compiti di unica « portatrice dello Stato » di cui era stata caricata nello « Staat ohne Substanz » che caratterizzava la Repubblica di Weimar, la burocrazia perde con il superamento del *Koalitionsparteienstaat* la funzione di salvare la « echte Staatlichkeit » dalle contrapposizioni del parlamentarismo, dalla politica conflittuale dei partiti (257).

La ripresa contenutistica dei valori ha effetti « benefici » per la stessa amministrazione: oggi che lo Stato ha recuperato una base spirituale, come è possibile mettere in dubbio l'« Einzigartigkeit » dello Stato rispetto al privato, la « Besonderheit » della pubblica amministrazione? (258).

Non occorre più difendere volta per volta nella congerie degli statuti giuridici applicabili all'azione degli apparati pubblici il « rechtlichen Mehrwert gegenüber den Untertanen », la diseguaglianza « naturale » del rapporto amministrativo, la verità profonda, ideologica, contenutistica della dicotomia tra pubblico e privato: la « realtà » dello Stato non è più esposta al rischio, « irriguardoso », di essere paragonata al problema fideistico dell'esistenza di Dio (259).

Il pericolo di disperdere l'immaginario legato alla statualità si è dissolto con l'affossamento liberatorio di quella costituzione, di quella *Reichsverfassung* « incapace » di « decidere in modo totale

(256) Chiarissimo KOELLREUTTER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., p. 6 e si veda anche il capitolo che Ernst Fraenkel dedica a « Il politico come oggetto dello Stato discrezionale », in *Il doppio Stato*, cit., pp. 59 e ss.

(257) FORSTHOFF, *Der totale Staat*, cit., p. 20 e p. 36; ID., *Das neue Gesicht der Verwaltung*, cit., pp. 331-32.

(258) KÖTTGEN, *Deutsche Verwaltung*, cit., p. 11.

(259) Come aveva fatto KELSEN, *Das Wesen des Staates*, cit., p. 1718.

sulla specie e la forma dell'unità politica », colpevole di aver fissato un « Verfahren » ma non una « Ordnung » ([260]).

Qual è allora « das neue Gesicht der Verwaltung » e quali sono i compiti della giuspubblicistica? Ce lo dice proprio Forsthoff con chiarezza, senza incertezze dalle colonne di quel *Deutsches Recht* che è niente meno che il *Zentralorgan des Bundes National-Sozialistischer Deutscher Juristen* ([261]).

« Sbrigata » la *Verfassungsfrage*, affidata alle rassicuranti mani del *Führertum* la guida politica, esclusa la possibilità di raffigurare lo Stato nazionalsocialista come persona giuridica e riscoperta la sua indiscutibile « realtà », si apre allora senza più ostacoli, senza più filtri costituzionali, lo « Überblick über die Verwaltungswirklichkeit » ([262]).

L'amministraziane, smessi i panni di « Träger eines pouvoir constituant » si svela al giurista con le sue implicazioni strettissime al processo produttivo, con la sua « moderne Technik », con il potere che ha acquisito sugli individui per il solo fatto di fornire « die Vorsorge für das Alltägliche » ([263]).

Muta cioè l'approccio alle trasformazioni, cambia il progetto, liberato dall'assillo della ricostituzione dell'unità, della « echte

---

([260]) SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., pp. 38 e ss. per la definizione di costituzione e pp. 48 e ss. per il « carattere compromissorio » della costituzione di Weimar. E sull'incapacità di quest'ultima nel dar vita ad una *Ordnung*, FORSTHOFF, *Der totale Staat*, cit., p. 20.

([261]) FORSTHOFF, *Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit.; ID., *Das neue Gesicht der Verwaltung und die Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit.

([262]) ID., *Das neue Gesicht*, cit., p. 332. Cfr. anche A. KÖTTGEN, *Aufgaben und Methoden der verwaltungsrechtlichen Forschung*, in *Jahrbuch für Kommunalwissenschaft*, 5 (1938), p. 218: « diese dogmatische Arbeit kann vielmehr nur Hand in Hand mit einer Erforschung der Verwaltungswirklichkeit selber vor sich gehen ». La realtà dell'amministrazione non può infatti essere più considerata come « die grosse Unbekannte ». Ma a questa « Neuorientierung » non spingono soltanto esigenze metodologiche, ma anche, ed innanzi tutto, la constatazione che la legge del « völkische Führerstaat » è divenuta « Führerbefehl », espressione dell'« eigentümliche Realismus des Führerstaates ».

([263]) FORSTHOFF, *Das neue Gesicht*, cit., p. 332; *Von den Aufgaben*, cit., p. 400.

Staatlichkeit », dell'uniformità del polo pubblicistico, del salvataggio.

Alleggerita delle sue missioni costituzionali, l'amministrazione può essere finalmente concettualizzata per quello che è, nelle sue contraddizioni, nei suoi enigmi, nell'incoerente sovrapporsi di pubblico e di privato, d'imperativo e di consensuale, di *puissance* e di *service*, di potere e di prestazione, nei suoi bisogni di legittimazione, ma anche nel suo creare benessere, consenso, nel suo innescare a sua volta nuovi processi legittimanti.

A questo punto l'intersecarsi degli statuti giuridici, il ricorso sempre più frequente al diritto privato, lo sciogliersi dell'imperatività in una raggiera sempre più ampia di consensualità, le prospettive alla Kaufmann, non sono più un problema: la realtà è dominabile, comprensibile nella sua complessità, di nuovo sicuramente organizzabile.

Scendiamo allora nei meandri finalmente messi a nudo di questa realtà, seguiamo l'ingresso dei « fatti » nel discorso dogmatico, della sociologia nel linguaggio amministrativo, valutiamo la rinuncia consapevole, proclamata, al normativismo, la riscoperta di quel « Wissen der sozialen Bedeutung der modernen Verwaltung » che dopo Lorenz von Stein ha « sofferto » il lungo sonno del formalismo e che ora viene restituito intero, senza i lacci e gli intralci del giuridicismo alle *Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft*, riscoperto da una lettura ravvicinata dei fatti sociali (264).

I passaggi del pensiero di Forsthoff sono noti: il ridursi del « beherrschter Raum », della porzione spaziale direttamente dominabile dal soggetto individuale ha determinato una profonda modifica dello « spazio vitale » del singolo.

Si è allargato l'« effektiver Raum », lo spazio aperto nel quale si svolge la vita oltre il focolare, oltre le possibilità di immediata apprensione delle risorse. Non senza conseguenze naturalmente: è cresciuta a dismisura la *soziale Bedürftigkeit* del cittadino, il suo bisogno vitale di appropriazione di beni non più conseguibili diret-

---

(264) *Von den Aufgaben*, cit., p. 399. Sull'« Anschluss an Lorenz von Stein » come momento, « strategico », di collegamento alla tradizione, nella battaglia di Forsthoff contro il metodo giuridico, cfr. MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel*, cit., pp. 102 e ss.

tamente ([265]). Ed ecco la *Daseinsvorsorge*, la soddisfazione delle necessità elementari tramite appositi apparati pubblici, ecco la *Verwaltung als Leistungsträger*, non più autorità o potere, baluardo dell'ordine giuridico, ma distributrice di beni, di servizi, di prestazioni essenziali alla vita quotidiana della popolazione ([266]).

Il rapporto occasionale, saltuario, eventuale del cittadino con l'espressione del potere si traduce in una « sorta di contatto permanente tra il cittadino e lo Stato » ([267]); all'isolamento nella formalità del provvedimento amministrativo della norma stabilita per il caso concreto si sostituisce un flusso continuo, quotidiano, vitale di interventi materiali, di prestazioni, di servizi.

Lo Stato scopre un'altra faccia della propria realtà non più fatta di autorità e d'impero, ma pure non necessariamente privatistica e quindi lontana dall'idea ottocentesca della « gestione », una realtà che si sublima nel garantire ai propri sudditi « die Lebensvoraussetzungen des deutschen Volkes in einem ganz elementaren Sinne » ([268]); un nuovo potere, privo certo delle vestigia consuete, dei simboli e degli orpelli tradizionali, un « dispotismo » dal volto umano, dolce, rassicurante, « un pouvoir immense et tutélaire ... absolu, détaillé, régulier, prévoyant et doux » ([269]).

([265]) Per un primo approdo cfr. *Von den Aufgaben*, cit., pp. 398-99 e per uno sviluppo *Die Verwaltung als Leistungsträger*, cit., pp. 4 e ss.

([266]) Si veda tutto il primo capitolo del saggio del 1938 *Die Verwaltung als Leistungsträger*, pp. 1 e ss.: *Die Daseinsvorsorge als Aufgabe der modernen Verwaltung*. E per le origini della categoria « Daseinsvorsorge » cfr. E.R. HUBER, *Vorsorge für das Dasein. Ein Grundbegriff der Staatslehre Hegels und Lorenz von Steins*, in *Festschrift für Ernst Forsthoff*, München, 1972, pp. 139 e ss., ora anche in ID., *Bewahrung und Wandlung*, cit., pp. 319 e ss.; mentre per un collegamento con la categoria « Daseinsfürsorge » già utilizzata da Karl Jaspers, cfr. STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre im Nationalsozialismus*, cit., p. 716.

([267]) J. HABERMAS, *Kultur und Kritik*, Frankfurt am Main, 1973, trad. ital. *Cultura e critica*, Torino, 1980, p. 17 per un passo riferito ad Ernst Forsthoff.

([268]) FORSTHOFF, *Von den Aufgaben*, cit., p. 399.

([269]) Premonitrici e di grande potenzialità espressiva ci sono sembrate queste parole che Alexis de Tocqueville ha affidato alle ultime pagine del suo capolavoro: *De la démocratie en Amérique*, Paris, 1840, ora in ID., *Oeuvres complètes*, tm. I, vol. 2°, Paris, 1961, p. 324.

Si dischiude così un panorama fatto di tecnica, di efficienza, di materialità delle prestazioni, ma al tempo stesso intrinsecamente politico, partecipe di una dinamica politica che vive nel *Führertum*, nella suprema, storica guida di un popolo il suo rango più elevato e più nobile e che tuttavia non è pensabile, possibile senza le istituzioni della *Daseinsvorsorge* ([270]), senza l'assicurazione che la « puissance paternelle » ([271]) garantisce della *Vorsorge für das Alltägliche*, senza quella « responsabilità » che unisce il *Führer* ai propri *Beamte* ([272]).

L'approccio sociologico, il realismo, il consapevole affidamento metodologico alla realtà amministrativa iniziano ad acquistare nel discorso del giurista immediate valenze costituzionali, precettive.

L'accostamento ai fatti non si traduce soltanto in un linguaggio *sachbezogen*, in un vigile ritratto delle trasformazioni; né si riduce all'ingresso a vele spiegate nel chiuso, impermeabile mondo del discorso giuspubblicistico di quella consapevolezza dell'irriducibilità della dimensione amministrativa ad un tipo ideale di *rechtlicher Mehrwert*, presente nello stesso momento in cui si formalizzavano i sistemi amministrativi ottocenteschi e che già dall'indomani del loro consolidarsi opera come una vera e propria spina nel fianco, registrando lo sciogliersi dell'imperatività, il crescere del tasso di consensualità, il mutare delle strutture organizzative, il sovrapporsi degli statuti giuridici, le contraddittorie ambivalenze

---

([270]) FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, cit., p. 13: « alle Fragen der Daseinsvorsorge, die notwendig ausmünden in dem Problem einer gerechtigten Sozialordnung, sind notwendig immer politische Fragen ersten Ranges und auch dort, wie diese Daseinsvorsorge sich nach Norm, Tarif, Gebührenordnung und Satzung abwickelt, behält sie in allen bürokratisch-mechanisierten Einkleidungen eine politische Dynamik von grosser Kraft ». E sul rapporto tra *Führung* e *Verwaltung* cfr. anche ID., *Von den Aufgaben*, cit., p. 400.

([271]) Usiamo ancora un'espressione di TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, cit., p. 324.

([272]) Sulla « Daseinsverantwortung » cfr. *Die Verwaltung als Leistungsträger*, cit., pp. 6 e ss.; ID., *Von den Aufgaben*, cit., p. 400: « darum ist jeder Beamte berechtigt und verpflichtet, sich für das Gelingen des Ganzen verantwortlich zu fühlen, ist er ein Gehilfe des Führers, aber er ist es in anderer Weise, als etwa die Unterführer der Partei ».

dei processi di pubblicizzazione del diritto privato e di privatizzazione del diritto pubblico ([273]).

Niente di strabiliante, nessuna prodigiosa epifania, nessun titanico duello tra realismo e formalismo allora nelle pagine di Ernst Forsthoff, ma il punto di arrivo, in un giurista certo di grande spessore e di feconde intuizioni, di un itinerario di riflessione ad un tempo interno ed esterno alla dogmatica amministrativa e al pensiero dei giuristi, l'approdo a categorie interpretative dalla particolare capacità evocativa.

Ma si tratta, appunto, di un approdo non esauribile nel suo significato sociologico, nella visibilità finalmente raggiunta anche dai pesanti schermi dogmatici di quell'amministrazione di prestazione appannata sino ad allora dall'invadente, assorbente presenza, ora effettiva ora ideologica, dell'*Eingriffsverwaltung*.

Il discorso sociologico si fa immediatamente giuridico, le « modernizzazioni dogmatiche » s'insinuano, si avviluppano, si fondono in modo inestricabile in una dimensione costituzionale che inverte i modelli tradizionali, svela una nuova realtà intrisa a sua volta di fattualità e di ideologia, di registrazioni e di disegni ordinanti.

La *Leistungsverwaltung* si scopre così non soltanto come il reciproco dell'*Eingriffsverwaltung*, la faccia « prestazionale » della medaglia amministrativa, il mondo del *service* rispetto alla *puissance*, il *Realakt* rispetto alla dichiarazione di volontà, l'organizzazione sull'attività, l'*Anstalt* sul provvedimento ([274]).

Diventa in realtà il reciproco preciso sul piano della legittimazione: all'amministrazione bisognevole di legittimazione, « autonoma » e pur sottoposta all'ordinamento giuridico, « libera » ma discrezionale, ad un'amministrazione che non può sfuggire, neppure nelle rappresentazioni più spregiudicate, più legate alla storica con-

([273]) Sul fatto che « der Begriff der Daseinsvorsorge ist nicht formal bestimmbar, sondern ausschliesslich sachbezogen », cfr. lo stesso FORSTHOFF, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, cit., p. 11. Mentre sull'ambivalenza dei processi di pubblicizzazione e di privatizzazione HABERMAS, *Cultura e critica*, cit., pp. 13-14.

([274]) Secondo quanto abbiamo visto nei capitoli precedenti, quando abbiamo cercato di ricostruire l'itinerario attraverso il quale accanto al volto imperativo del potere amministrativo progressivamente emerge la faccia delle prestazioni e dei servizi.

tinuità del potere amministrativo, all'imperatività della norma, si contrappone un'amministrazione legittimante, un ganglio vitale della dinamica istituzionale che garantisce l'unità del tessuto sociale, cementa l'appartenenza del singolo alla collettività.

Se il formalismo si autocondanna all'impotenza con la sua anacronistica fedeltà ad un'immagine di amministrazione che si distorce sempre più nell'approssimarsi alla realtà e che riflette debole, confuso, indecifrabile il quadro di una *Verwaltung im Wandel*, il realismo può offrirci una visione tersa e trasparente di quelle trasformazioni, ma sapientemente pilotata verso una nuova libertà amministrativa, grandiosa e più che altro decisiva per l'assetto globale delle stesse relazioni sociali.

Nessun dubbio che l'espansione degli apparati pubblici, la modificazione dei compiti, il cambiare delle strutture, dei modi d'azione, l'irrompere di « neue Organisationsformen », l'intreccio degli statuti giuridici trovino finalmente espressione, prendano posto nel discorso dogmatico; nessun dubbio quindi sull'entità del flusso « modernizzante », sulla capacità di lettura, sull'intuizione delle tendenze prevalenti.

La fortuna e la resistenza delle categorie individuate nella seconda metà degli anni '30 dipende anche dal loro carattere tendenzialmente non valutativo, dalla loro consonanza alle strutture profonde dello Stato sociale.

Ma questa neutralità è un tutt'uno con la dimensione sociologica della categoria; sparisce, si dissolve improvvisamente con il passaggio di questa al discorso giuridico.

Diventa allora palese l'importanza strategica dell'organizzazione della *Daseinsvorsorge*, vero nucleo profondo dello Stato contemporaneo, garanzia della sua stabilità, della sua unità: il motore costituzionale, le scansioni nascoste, rassicuranti, decisive della dinamica politica si spostano all'interno dell'amministrazione, in un nocciolo in cui il potere si fonde con le esigenze vitali della collettività, in una nicchia in cui si cela il vero scettro del principe ed a cui la rivoluzione può accedere soltanto con i crismi della legalità ([275]).

([275]) Per la teorizzazione della necessità della conquista « legale » del potere cfr. SCHMITT, *Stato, movimento, popolo*, cit., pp. 175 e ss.

Certo, frasi del tipo « die Grundrechte gehören der Geschichte an » possono sembrare superfetazioni ideologiche, sovradeterminazioni dovute alla coinè del momento — anche se può stupire che, pur ricordando la loro « storicità », si ristampino senza veli nella Repubblica federale ([276]) —, ma superfetazione non è l'ampio impegno dogmatico che richiede la formalizzazione del concetto di *Teilhabe*, degno coronamento della categoria *Leistungsverwaltung*, costrutto (giuridico) elaborato in polemica antitesi a quello « liberale » di *Freiheit* ([277]).

Che cos'è allora questa *Teilhabe*, è veramente quell'istituto garantista che il giurista costruisce di fronte ad un'amministrazione che cambia di forme e di struttura e dinanzi alla quale non si pone più soltanto un problema di libertà, di garanzia e di tutela verso una lesione della propria sfera individuale, ma semplicemente un più vago disegno partecipativo?

Anche in questo caso il discorso poggia su di una base reale, cogliendo in pieno l'intrinseca debolezza degli istituti di garanzia elaborati nell'Ottocento di fronte ad un potere che da esclusiva espressione di sovranità si è trasformato in modo camaleontico in *Leistungsträger*.

E non è difficile a Forsthoff nel 1959 — ma non ripubblicando il capitolo del 1938 dedicato a « Das Problem der Teilhabe » — rivendicare questa sua precoce anticipazione « garantista » ([278]) oppure a Peter Badura — « unter gänzlich veränderten Umstän-

---

(considerato che « la legalità è un modo di funzionare dell'apparato statale dei funzionari e delle autorità e per questo ha politicamente e giuridicamente importanza » - p. 179); FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, cit., pp. 9 e ss., per la necessaria conquista « legale » delle istituzioni della *Daseinsvorsorge*. Ed in generale sulla legalità come strumento rivoluzionario, cfr. BRACHER, *La dittatura tedesca*, cit., pp. 259 e ss.; SCHWAB, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., p. 134 e ss.

([276]) FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, cit., p. 1; e sulla « storicità » di certe affermazioni contenute nel saggio del 1938, ID., *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, cit., p. 5, il *Vorwort*.

([277]) FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, cit., pp. 15 e ss., il capitolo *Das Problem der Teilhabe*.

([278]) ID., *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, cit., pp. 9 e ss.

den » comunque ([279]) — di vedervi il precursore dell'attuale termine di *Verwaltungsprivatrecht* e quindi i primi segni del tentativo di applicare anche all'amministrazione di diritto privato le garanzie e i vincoli dell'agire pubblicistico ([280]).

Ma attenzione a sovrapporre le prospettive e a proiettare nel passato future e spesso viziate riconversioni garantiste, improvvisate individualizzazioni di costrutti di tipo « plebiscitario ».

Le interconnessioni tra *Leistungsverwaltung*, *Daseinsvorsorge*, *Teilhabe* sono pensate in modo sottile, ma strettissimo ed è una logica costituzionale che unisce queste categorie o comunque una brillante analisi sociologica dei processi di legittimazione tipici di uno Stato sociale altrettanto brillantemente risolta in discorso costituzionale, in disegno precettivo.

L'importanza strategica della *Teilhabe* è la stessa della *Daseinsvorsorge*, dell'immenso tesoro di legittimazione che spetta al possessore legale della sua organizzazione: la *Teilhabe* potrà possedere anche uno spento valore garantistico — più o meno ravvivabile partendo da altre premesse costituzionali —, ma senza dubbio all'origine non è mai un modo di partecipazione alla decisionalità politica e amministrativa, un istituto finalizzato alla direzione e al controllo di quel processo.

È certo un tentativo di approdare ad un istituto giuridico, di fissare uno specifico sociale, di sviluppare un sicuro fondamento dogmatico, ma per quale coscienza sociale, per quale disegno politico?

Alzato il velo delle modernizzazioni dogmatiche il realismo si affloscia, appassendo in una greve ideologia nazionalsocialista: la *Teilhabe* diventa sì partecipazione, ma come assorbimento del singolo nel « collettivo », naufragio dell'individualità in un *Gemeinschaftsdenken*, in un popolo raffigurato nella sua stritolante unità « giusnaturalistica ».

([279]) STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre im Nationalsozialismus*, cit., p. 717.

([280]) BADURA, *Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung*, cit., pp. 626 e ss.; F. OSSENBÜHL, *Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 24 (1971), pp. 153 e ss.

Dal modificarsi di Stato e società è nato un nuovo *Lebensgefühl* e questo si esprime sopra tutto « in einem starken, unreflektierten Vertrauen zu den Institutionen der Daseinsvorsorge », un nuovo modo di creazione del consenso, la base necessaria e indispensabile della *Führung* politica ([281]) .

Quello che sino ad ieri era fenomeno di crisi, di dissoluzione del mondo dell'autorità, pericolosa contaminazione del pubblico, di dispersione della statualità, si è convertito in micidiale strumento di riaffermazione dell'unità, momento di ricostituzione del politico, di coesione del singolo con lo Stato.

Autorità e paternalismo, *Führung* e *Teilhabe*, garanzia e legittimità si fondono in nuove miscele: « damit ist auch die lebenswichtige Verwiesenheit des Einzelnen auf die Funktionen der Daseinsvorsorge zum Inhalt jenes politischen Bewusstseins der Verbundenheit geworden, welches die politische Gemeinschaft konstituiert » ([282]).

La fiducia nel sicuro funzionamento degli istituti della *Daseinsvorsorge* diventa il principale elemento di unione del singolo con lo Stato ([283]): l'amministrazione si riscopre ancora una volta cen-

---

([281]) FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, cit., p. 17; e la recensione al saggio di Forsthoff a firma di Ernst Rudolf Huber in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 101 (1941), pp. 411-12: « damit erhält vor allem das Problem der Gerechtigkeit in der Verwaltung einen neuen Sinn; nicht die rechtsstaatliche ' Gesetzmässigkeit der Verwaltung ', deren Ziel die Sicherung einer individuellen Freiheitssphäre ist, ist das massgebende Prinzip, sondern der entscheidende Orientierungspunkt der neuen verwaltungsrechtlichen Dogmatik liegt ' in der gerechten Sozialordnung und in der gesicherten Teilhabe des einzelnen an derselben '. Die volksgenössische Rechtsstellung wird damit als gerechte Teilhabe an den Lebensgütern der Volksgemeinschaft näher bestimmt ».

([282]) FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, cit., p. 19.

([283]) Chiarissima a questo proposito la recensione al saggio forsthoffiano del 1938 di Otto Koellreutter, *Die Verwaltung als Leistungsträger. Ein Beitrag zum Problem der Verwaltungslehre und Verwaltungswissenschaft*, in *Reichsverwaltungsblatt*, 62 (1941), p. 651: « je stärker das Vertrauen zu dem sicheren Funktionieren der Institutionen der Daseinsvorsorge ist, desto stärker wird das Gefühl der Gesichertheit und der Verbundenheit des einzelnen mit dem Staat als höchster politischer Lebensform, der die Daseinsverantwortung trägt. Die Teilhabe an der Gemeinschaft wird dem einzelnen dann selbstverständlich ».

trale fattore costituzionale, non più vestita dei panni del vecchio *Beamtenstaat*, portatrice di statualità e di autonomia ([284]), né tanto meno « konkretisiertes Verfassungsrecht » ([285]), realizzazione di un disegno politico fissato nella costituzione e nella legge, ma processo dinamico di legittimazione, fonte essa stessa di questo processo, non più espressione di una « volontà dello Stato » da inserire nel processo d'« imputazione », ma un insieme di servizi, di materialità, di benessere da cui nasce l'intera dinamica delle istituzioni, si sprigiona il consenso della collettività ([286]).

Riportata l'amministrazione di prepotenza ad una dimensione costituzionale, attribuitole il ruolo strategico di suprema mediatrice tra singolo e collettività, immessa in quel « movimento » che culmina nel *Führerprinzip*, le vecchie pregiudiziali pubblicistiche, la difesa dell'integrità del pubblico apparirebbero patetiche in tanto assordante strombazzamento.

I problemi « Von den Organisationen und Rechtsformen » sino ad ieri tanto assillanti e contraddittori si dipanano senza difficoltà in una brillante lettura delle innovazioni istituzionali del regime ([287]).

([284]) Anche se *Verwaltung* e *Staatlichkeit* ritornano immediatamente a coincidere nella Repubblica federale, a fare da argine principale, nella dissoluzione democratica della *Führung*, contro la disgregante politica dei partiti. Cfr. FORSTHOFF, *Lehrbuch*, cit., pp. 79-81. MAUS, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, p. 80: « dabei kann die modernste, technokratische Version der Gründungstheorie (termine con il quale la Maus allude alla tesi schmittiana della costituzione come decisione politica fondamentale presa da un potere costituente permanentemente creativo — vedi SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., pp. 130 e ss.) sich den Verzicht auf plebiszitärdemokratische Ideologien leisten: nicht mehr die Nation, die Verwaltung bleibt dauernd im ' Naturzustand ' ». Per questa fase della produzione scientifica di Forsthoff rinviamo comunque alla letteratura citata alla nota 245.

([285]) F. WERNER, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, cit.

([286]) Chiarissimo ancora FORSTHOFF, *Lehrbuch*, cit., p. 13: « die Verwaltung legitimiert sich heute nicht nur als der Vollzugsapparat eines bestimmten politischen ' Systems ', sondern auch als Träger der an jedem Tage notwendigen Daseinsvorsorge ».

([287]) *Die Verwaltung als Leistungsträger*, cit., pp. 22 e ss.

Così lo *Energiewirtschaftsgesetz* del 13 dicembre 1935 ([288]) dischiude principi di grande rilievo dogmatico risolvendo le vecchie contrapposizioni tra forme organizzative pubblicistiche e privatistiche, tra *Anstalten* e società commerciali in « eine einheitliche Materie mit einer einheitlichen Dogmatik », ricucendo dicotomie consolidate e sfumando i sottili confini tra autorità e consenso « zu einheitlicher Ordnung und Planung » ([289]).

Le forme giuridiche, sino ad ieri decisive per la distinzione tra economia e amministrazione, diventano irrilevanti per l'ordinamento unitario fissato con i tentativi di pianificazione del Terzo Reich, con gli intrecci tra « Staat, Wirtschaft und Partei » esemplati nell'organizzazione degli *Entscheidungsgremien* del piano quadriennale ([290]).

Pubblicizzazione e alternativa privatistica si fondono senza più attriti, dissolti con lo sparire della stessa amministrazione ottocentesca, riunificati in un concetto *sachbezogen* che prescinde dalle forme giuridiche e si affida all'intersecarsi e al distinguersi di *Führung und Planung* ([291]).

Così di fronte alla « Planungsaufgabe der öffentlichen Verwaltung » arretra anche la pregiudiziale pubblicistica di Arnold Köttgen, che stempera la difesa del tipo organizzativo specificamente pubblicistico dell'*Anstalt* in un'*Anstaltsverwaltung* da una parte

---

([288]) *Ibid.*, pp. 33 e ss. Su questa legge che attribuiva al controllo del *Reichswirtschaftsminister* « die gesamte Energiewirtschaft », concedendo quei poteri di direzione economica — e anche di determinazione delle tariffe — necessari alla programmazione di un settore strategico per la politica di riarmo del regime, cfr. MEYER-HESEMANN, *Modernisierungstendenzen*, cit., pp. 146 e ss.; W.A. BOELCKE, *Die Zeit des Nationalsozialismus 1933-1945. Wirtschaftsverwaltung*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 4, cit., p. 777.

([289]) FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, cit., pp. 34 e 37.

([290]) PETZINA, *Die Zeit des Nationalsozialismus 1933-1945. Soziale und wirtschaftliche Entwicklung*, cit., p. 674. Mentre in generale sul piano quadriennale, la programmazione nazista, la sua stretta funzionalità al processo di riarmo, NEUMANN, *Behemoth*, cit., spec. pp. 322 e ss.; COLLOTTI, *La Germania nazista*, cit., pp. 107 e ss.

([291]) FORSTHOFF, *Führung und Planung*, in *Deutsches Rechts*, VII (1937), pp. 48-49.

contrapposta all'*Eingriffsverwaltung*, dall'altra identificata ormai in una *Fürsorgeverwaltung* in cui si riunifica la complessità dei tipi organizzativi e delle forme di azione ([292]).

Il « realismo » ha assolto il suo compito, ha finalmente inserito le trasformazioni strutturali nel sistema amministrativo, ha « modernizzato » una dogmatica fino ad allora bloccata sulla legge e sull'atto amministrativo ed ora estesa al piano e alla programmazione, allo *Zweckprogramm* e alla politica d'indirizzo e, sul versante delle forme di azione, ormai in grado di formalizzare imperatività e consenso, atto e contratto, dichiarazione di volontà e *Realakt*, *puissance* e *service*.

Verrebbe voglia di chiedersi a questo punto se l'approdo « realistico » alla *Leistungsverwaltung*, agli istituti della *Teilhabe* e della *Daseinsvorsorge* abbia riempito anche quel vuoto dogmatico che Hans Kelsen aveva individuato con apprensione, sul finire degli anni '20, nel campo dell'amministrazione diretta; se cioè la visibilità, finalmente raggiunta, dalle pagine dei sistemi amministrativi, di un'amministrazione non più arroccata intorno al provvedimento imperativo, all'autorità, alla gerarchia, si sia tradotta anche in un compiuto e « sicuro » sistema giuridico.

Le osservazioni che abbiamo svolto sin qui, l'intima coerenza che la così detta « Neuorientierung », l'epifania realistica ebbero con un modello costituzionale fortunatamente consegnato alle pagine della storia, la « Faszination durch die Fakten » pilotata da un preciso disegno di egemonia carismatica, così come le pallide riconversioni garantiste di questa « institutionelle Methode » nella Repubblica federale ([293]), la rigida fedeltà al carattere dualistico del diritto amministrativo ([294]) e al « diritto » di « freie Selbstgestaltung » ([295]) del potere pubblico non possono lasciar spazio ad incertezze.

([292]) KÖTTGEN, *Deutsche Verwaltung*, cit., pp. 149 e ss.

([293]) MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel*, cit., p. 117; ed oltre la letteratura richiamata *retro* nota 245, cfr. P. HÄBERLE, *Lebende Verwaltung trotz überlebter Verfassung? Zum wissenschaftlichen Werk von Ernst Forsthoff*, in *Juristenzeitung*, 30 (1975), pp. 685 e ss.

([294]) E a questo proposito già le legittime preoccupazioni di BACHOF, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts*, cit., pp. 228-280.

([295]) FORSTHOFF, *Lehrbuch*, cit., p. 15.

Del resto, la tendenza, ampiamente confermata nel secondo dopoguerra in tutto il continente europeo e dettata in gran parte da legittime esigenze di efficienza amministrativa, ad una *Flucht in das Privatrecht* dell'amministrazione pubblica, ci ammoniscono di fronte ad un problema *Leistungsverwaltung* ancora aperto, ci ricordano che le questioni della giuridicità, della garanzia, della trasparenza, del controllo dell'amministrazione di prestazione, sono in larga misura ancora oggi obiettivi da conquistare.

Ci pare cioè che non esista ancora un diritto amministrativo affidabile della *unmittelbare Verwaltung* e che quella « nuova sistematica giuridica » ([296]) invocata, ormai quasi sessanta anni fa da Kelsen sia ancora lontana dal suo compimento.

Si avrebbe voglia di dire — se la frase non si risolvesse in un bisticcio — che il « realismo », forse perché viziato all'origine da approcci marcatamente autoritari, non è riuscito ancora a produrre nell'ambito dell'amministrazione di prestazione, un « formalismo » altrettanto « convincente » ed almeno paragonabile a quello che la scienza giuridica ottocentesca aveva elaborato intorno all'amministrazione imperativa.

Se è così dualistico il volto dell'amministrazione contemporanea, se libertà e *Teilhabe*, *Eingriffs-* e *Leistungsverwaltung* non riescono più a combinarsi in un sistema unitario, questo non dipende soltanto dall'intrinseca complessità, dall'enigmatica diversità delle strutture amministrative, ma anche dalla difficoltà di predisporre per questo volto « dolce » del potere garanzie di pari efficacia a quelle costruite per l'amministrazione imperativa.

Il « realismo » ci ha svelato i processi di legittimazione tipici di uno Stato sociale, ci ha aperto gli occhi di fronte alla capacità delle organizzazioni della *Daseinsvorsorge* di legittimare l'intera dinamica delle istituzioni, di creare consenso.

Recuperando un punto di vista che muova dalla costituzione, dalla politica, non esiste allora un problema di legittimazione del « servizio »?

Gli approdi di Forsthoff ad una *Daseinsvorsorge* che impersona nello *Staat der Industriegesellschaft* la stessa costituzio-

---

([296]) KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, cit., p. 156.

ne ([297]), il vero fattore di unità in uno Stato che diventa sempre più e soltanto un *Leistungsstaat*, ci sembra possano costituire un qualcosa di più di un flebile campanello di allarme.

Certo, non che il mondo dell'amministrazione diretta sia affidato all'arbitrio, che non esista un diritto comune a pubblici e privati operatori, che manchino categorie giuridiche per comprendere le nuove realtà amministrative, per descriverle.

Né, del resto, pretendiamo di sposare una prospettiva pangiuridica che vive e si alimenta soltanto di istituti e di formalizzazioni, di costruzioni dogmatiche e di sistemi.

Ci sembra più semplicemente che manchi ancora oggi un « progetto giuridico » che sia di estrinsecazione del potere e di garanzia verso il potere, che sia di efficienza e di controllo, che ci dia quella specialità fatta sì d'imperatività, ma anche di legalità, di *Gewalt*, ma anche di *Recht*, che la coscienza europea ha elaborato intorno all'*Eingriffsverwaltung* e che non vediamo altrettanto saldamente, con la stessa raffinatezza di strumenti giuridici, di istituti di legittimazione, garanzia, trasparenza, controllo realizzata per la *Leistungsverwaltung*.

Il problema della duplicità dell'ordinamento amministrativo, la dicotomia dell'amministrazione, dei suoi statuti, dei suoi principi, non rappresentano solo l'espressione della rottura di un'unità sistematica, sempre appagante per il giurista, ricomponibile nelle formule combinatorie — ma quanto realmente convincenti e semanticamente espressive? — di Stato sociale di diritto o, con un'espressione più tecnica, di *Verwaltungsprivatrecht*, ma richiedono anche e sopra tutto una progettualità nuova, istituti specifici, « fantasia » ([298]), e non possono più accontentarsi dei tentativi, spesso sofisticati e certo sempre in buona fede, di ricorrere ancora una volta a quel patrimonio di strumenti che l'amministrativista ha contribuito via via ad arricchire, ma che appare sempre più funzionale alla sola amministrazione imperativa.

([297]) FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, cit., spec. pp. 158 e ss.

([298]) Nel senso di GROSSI, *La fantasia nel diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 15 (1986), pp. 589-92.

È forse troppo chiedere tutto questo ad un ordinamento come il nostro ancora alle prese con i grossi, irrisolti problemi della giuridicizzazione e democratizzazione dell'amministrazione tradizionale ([299])?

A noi sembra che la « specialità » amministrativa ([300]) vada ormai conquistata in questa direzione.

([299]) Basti qui rinviare ad U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, CIX (1984), V, pp. 205 e ss.

([300]) KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, cit., p. 156: « 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 ». Cfr. anche *retro* nota 239 (prima parte - prima sezione).

PARTE TERZA

ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA E DEMOCRAZIA DELL'AMMINISTRAZIONE: IL RUOLO COSTITUZIONALE DEGLI APPARATI

Premessa.
1. Democrazia e amministrazione: una *querelle* austriaca degli anni venti.
2. Il potere « neutrale »: la missione politica della burocrazia nella crisi della Repubblica di Weimar.

Premessa.

Gli itinerari che abbiamo cercato di restituire al lettore nelle pagine precedenti, intersecando i complessi e contraddittori percorsi del diritto amministrativo tedesco dal tornante di fine secolo sino al drammatico avvento del nazismo, non esauriscono ancora i nuclei tematici che impegnarono, nel periodo a cavallo della prima guerra mondiale, la giuspubblicistica tedesca sul terreno dell'amministrazione.

Abbiamo visto come sia stato abbastanza difficile — al di là delle necessità espositive — separare gli intensi e travagliati rivolgimenti che avevano investito la dogmatica amministrativa e il suo « sistema », elaborato nelle linee fondamentali sul finire dell'Ottocento.

Le esigenze di completare il quadro di un'amministrazione di garanzia, di approdare cioè ad una giuridicizzazione « totale » dell'amministrazione imperativa più coerente con le rilevanti trasformazioni costituzionali del primo dopoguerra si erano presto intrecciate con le difficoltà che quel sistema andava incontrando in una realtà amministrativa che dall'organizzazione all'attività modificava istituti consolidati, svelava una sempre più decisiva e sempre più ampia *Leistungsverwaltung* che ben poco conservava della tradizionale amministrazione di tipo autoritario.

Esiste tuttavia anche un altro itinerario o meglio — poiché non di itinerari diversi si tratta, ma di travagli concettuali strettamente collegati anche se attenti ora a quella ora a quell'altra faccia della multiforme medaglia amministrativa — un ulteriore nucleo teorico che ci sembra particolarmente evocativo e delle

trasformazioni amministrative del periodo che stiamo studiando e delle inquietudini e dei rovelli dogmatici che proprio queste trasformazioni inducevano nelle acque agitate della scienza giuridica.

La « questione burocratica », i problemi che ruotano intorno alla *Beamtenpolitik* rappresentano capitoli tradizionali della letteratura storica sulle giovani repubbliche democratiche del primo dopoguerra: contesa tra continuità amministrativa e fedeltà ai nuovi ordinamenti costituzionali, ora fattore di « crisi » di questi stessi ordinamenti, ora considerata invece struttura tendenzialmente neutrale — anche se non apolitica — di un sistema costituzionale incapace di esprimere una sicura guida politica (1), la burocrazia, « scoperta » come ganglio vitale, indispensabile dell'intero ordine sociale ed economico dello Stato moderno nelle pagine di Max Weber (2), ottiene in questo periodo anche negli scritti dei giuristi un'attenzione crescente.

Si rivelano cioè ulteriori nodi tematici, nei quali naturalmente si riverberano sia gli approdi al modello ideale dell'amministrazione di garanzia sia la sua crisi improvvisa dinanzi al diversificarsi dei compiti e al disarticolarsi dell'organizzazione amministrativa.

Cambiano, comunque, il punto di vista, la prospettiva: non ci si muove più dal sistema dogmatico e dal suo modificarsi, dal suo sviluppare nuovi istituti e principi fondamentali o dal suo

---

(1) Si muovono in questa prospettiva in particolare i lavori di R. MORSEY, *Zur Beamtenpolitik des Reiches von Bismarck bis Brüning*, in *Demokratie und Verwaltung*, cit., pp. 108 e ss.; ID., *Beamtenschaft und Verwaltung zwischen Republik und « Neuem Staat »*, in *Weimar. Selbstpreisgabe einer Demokratie*, cit., pp. 151 e ss.; H. SCHULZE, *Das Scheitern der Weimarer Republik als Problem der Forschung, ibid.*, pp. 23 e ss.; ID., *Weimar. Deutschland 1917-1933*, cit., pp. 105 e ss.

(2) M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, trad. ital. a cura di P. Rossi, *Economia e società*, cit., vol. 2°, pp. 271 e ss. Mentre per una ricostruzione di tipo storico cfr. H. HATTENHAUER, *Geschichte des Beamtentums*, Köln u.a., 1980: alle pp. 295-368 il capitolo dedicato alla repubblica di Weimar. Per un approccio di tipo politologico, da ultimo A. PANEBIANCO, *Burocrazie pubbliche*, in *Manuale di scienza della politica*, a cura di G. Pasquino, Bologna, 1986, pp. 383 e ss.

trasformarne di vecchi — dall'atto al procedimento sino alla generalizzazione del principio di legalità —, e neppure da quell'attività non più giuridica, ma sociale, non più dichiarazione di volontà, ma prestazione materiale che con il suo sviluppo impetuoso rende problematica la ricostituzione dell'unità amministrativa, pretende nuovi e specifici tipi organizzativi, reclama rilevanti « modernizzazioni » dogmatiche.

Questa volta domina invece un approccio all'amministrazione come apparato; la *Verwaltung* assume i contorni materialissimi del ceto dirigente, si fa in modo corposo e tangibile *Beamtentum*.

Si apre cioè una dimensione di tipo « sociologico » — ma con immediati, rilevanti effetti costituzionali — in cui il ruolo degli apparati amministrativi in un sistema politico ormai democratico parlamentare conquista il rango di punto di osservazione privilegiato.

Tuttavia, secondo due direttive diverse, affrontando due diversi ordini di problemi.

Da un lato si sviluppa infatti — lo vedremo nel primo capitolo — una letteratura che muove dalle preoccupazioni weberiane per la rinascita burocratica, le traduce in problematica giuridica, in concreto lavoro costituzionale.

La *querelle* è prevalentemente austriaca e possiede scansioni e tempi peculiari: ora si arresta di fronte a specifici, ma emblematici problemi istituzionali, ora, invece, specialmente nelle pagine di Kelsen, si trasforma in problematica di grande generalità nella quale i delicati rapporti tra politica e istituzioni, tra partiti e amministrazione, tra *Demokratie* e *Verwaltung* appunto, confluiscono e si affollano in un tormento concettuale che è sia di teoria della democrazia sia di disegno costituzionale e amministrativo, ma la cui soluzione finale — il primato della democrazia della legislazione — è tutta funzionale a quel tipo ideale di amministrazione di garanzia, di amministrazione legittima da cui aveva preso le mosse il grande lavoro kelseniano di smantellamento e di completamento della sintesi mayeriana.

Incontriamo dunque un'ulteriore riprova della circolarità e degli intrecci delle tematiche amministrative in una prospettiva che sembra a prima vista abbracciare esclusivamente i massimi

sistemi di teoria della democrazia, ma che sfocia in una riaffermazione del principio di legalità, imboccando di nuovo conosciuti, ma ormai problematici, sentieri amministrativi.

Siamo cioè di fronte a preoccupazioni sinceramente garantiste anche quando la fedeltà ad un tipo ideale di amministrazione esecutrice di legge trova riscontri sempre più flebili e controversi proprio in quella categoria, sempre più strategica, dell'amministrazione diretta che lo stesso Kelsen aveva individuato con notevole intuito.

Dall'altro lato, però, sullo sfondo — lo vedremo nel secondo capitolo — c'è già pronta, agguerrita una letteratura, sempre più impetuosa a partire dalla seconda metà degli anni '20, chiaramente proiettata verso nuovi obiettivi costituzionali, tutta protesa verso un aggiornamento dell'ormai tramontato principio monarchico nella nuova « alleanza » tra *Reichspräsident* e burocrazia.

E qui il problema s'inverte radicalmente: « dimenticati » gli interrogativi sulle possibilità e i limiti dei processi di democratizzazione del potere amministrativo, se ne sposano altri in una rincorsa verso nuovi disegni ed equilibri costituzionali. La burocrazia, ormai anche come concreto soggetto storico, si erige ad argine e baluardo da opporre all'avanzante e « distruttiva » politica dei partiti.

Il dibattito, sia che sorgesse da appartati problemi istituzionali ed acquistasse toni generali in un confronto serrato tra la mutata forma di governo e il conservato *monarchisches Beamtentum*, sia che muovesse dalla preoccupazione — per molti versi opposta — di attribuire alla burocrazia una precisa « missione » costituzionale nella nuova, conflittuale, « demolitrice » politica dei partiti, ci dischiude comunque nella sua complessità una tematica modernissima e contrastata, tra deficit di legittimazione ed « occupazione » delle istituzioni, ci svela tentativi ancora fiduciosi nella possibilità di fissare margini chiari e precisi tra partiti e statualità, tra politica e diritto, tra legge e amministrazione.

Se la *Parteienstaatlichkeit* — come recita il titolo di una recente relazione della *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* — pone ancora oggi, e forse più di ieri, il costituzionalista di fronte all'interrogativo: « Krisensymptome des demokratischen

Verfassungsstaats? » ([3]), non è possibile allora eludere il confronto con quell'esperienza repubblicana degli anni '20 nella quale il conflitto tra statualità e partiti, tra burocrazia e politica, sfociò sì — almeno nelle pagine di Carl Schmitt — nella proclamazione della « morte » del *Beamtenstaat* di origine prussiana ([4]), ma dette anche vita a ben altre e devastanti burocrazie.

1. *Democrazia e amministrazione*: *una* querelle *austriaca degli anni venti.*

Può forse suonare faceto far seguire ad un'endiadi che tanto sa di massimi sistemi, come quella di democrazia e amministrazione, la specificazione all'apparenza così riduttiva di *querelle* austriaca.

In realtà le riflessioni che all'inizio degli anni '20 impegnarono la Scuola di Vienna intorno ad un tema istituzionale, questo sì caratterizzato da forti specificità austriache, quale quello della *Bezirksverwaltung* ([5]), c'immettono in una problematica che non

---

([3]) M. STOLLEIS - H. SCHÄFFER - R.A. RHINOW, *Parteienstaatlichkeit. Kriesensymptome des demokratischen Verfassungsstaats?*, in *VVDStRL*, Heft 44, Berlin und New York, 1986, pp. 7 e ss.; pp. 46 e ss.; pp. 83 e ss.

([4]) SCHMITT, *Stato, movimento, popolo*, cit., pp. 211-12. Si veda anche quanto abbiamo scritto nel capitolo precedente.

([5]) Questa amministrazione « distrettuale » di tipo autocratico (ecco la definizione di R. WALTER - H. MAYER, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, 5. Aufl., Wien, 1985, p. 254: « die Bezirkshauptmannschaften sind monokratisch organisierte, erstinstanzliche Landesbehörden zur Besorgung aller Angelegenheiten der Bundes- und Landesverwaltung, die nicht anderen Behörden zugewiesen sind; ihre Sprengel überziehen das gesamte Landesgebiet mit Ausnahme der Städte mit eigenem Statut ») rappresenta ancora oggi una struttura portante dell'ordinamento austriaco, venendo a collocarsi in posizione intermedia tra le assemblee dei *Länder* e quelle dei *Selbstverwaltungskörper*. La ricostruzione storica della *querelle* che affrontiamo nel testo si tinge perciò in Austria sempre di precisi riferimenti al diritto positivo ed è molto spesso sollecitata dalla periodica riproposizione del programma di « democratizzazione ». Cfr. F. ERMACORA, *Demokratie und Verwaltung 1970*, in *Festschrift für Adolf Merkl zum 80. Geburtstag*, hrsg. von M. Imboden e altri, München-Salzburg, 1970, pp. 63 e ss.; H. MIEHSLER, *Demokratisierung der Bezirksverwaltung in Österreich*, in *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, hrsg. von A. Merkl e altri,

solo affonda in quei massimi sistemi, ma che tra burocrazia e ordinamento democratico, tra apparati e parlamentarizzazione dello Stato diventerà presto una delle questioni centrali del primo dopoguerra.

L'episodio austriaco nelle sue peculiarità diventa allora emblematico ed il problema, a prima vista così appartato della democratizzazione della *Bezirksverwaltung*, assurge a nodo fondamentale di un periodo conteso tra democrazia dei consigli e continuità amministrative, tra *Volks- und Beamtenstaat*, tra parlamentarismo e Stato dei partiti da una parte, *monarchisches Beamtentum* dall'altra.

Il rapporto tra democrazia e amministrazione esce allora dagli ormai angusti confini della giovane repubblica austriaca per inserirsi in una tematica contraddistinta da una notevole circolarità culturale, da forti connessioni costituzionali, dalla presenza di un solido retroterra istituzionale che fa della politica burocratica in Austria come in Germania un crocevia centrale e delicatissimo dei precari equilibri politici esistenti (6).

Wien, 1971, pp. 141 e ss.; T. ÖHLINGER - M. MATZKA, *Demokratie und Verwaltung als verfassungsrechtliches Problem*, cit., pp. 445 e ss.; J. DEMMELBAUER - W. PESENDORFER, *Demokratisierung der Bezirksverwaltung*, Linz, 1980; e da ultimo DEMMELBAUER, *Die Bezirkshauptmannschaften in der österreichischen Verwaltungsorganisation*, in *Die Verwaltung*, 19 (1986), pp. 451 e ss.

Sulle diverse vicende dei *Landkreise* tedeschi basti qui rinviare a K. G.A. JESERICH, *Das Reich als Republik 1918-1932. Kommunalverwaltung und Kommunalpolitik*, cit., pp. 497-500.

(6) Oltre ai lavori indicati alla nota 1, cfr. almeno BRACHER, *Die Auflösung der Weimarer Republik*, cit., pp. 157 e ss., il capitolo « Das Problem der Bürokratie »; H. SCHMAHL, *Disziplinarrecht und politische Betätigung der Beamten in der Weimarer Republik*, Berlin, 1977; H. FENSKE, *Monarchisches Beamtentum und demokratischer Staat. Zum Problem der Bürokratie in der Weimarer Republik*, in *Demokratie und Verwaltung*, cit., pp. 117 e ss.; ID., *Beamtenpolitik in der Weimarer Republik*, in *Verwaltungsarchiv*, 64 (1973), pp. 117 e ss.; G. PÜTTNER, *Das Reich als Republik 1918-1932. Der öffentliche Dienst*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 4, cit. ,pp. 525 e ss.; HATTENHAUER, *Geschichte des Beamtentums*, cit., pp. 295 e ss. Sulla situazione austriaca cfr. invece W. GOLDINGER, *Verwaltung und Bürokratie*, in *Österreich 1918-1938. Geschichte der ersten Republik*, Bd. 1, cit., pp. 195 e ss.

Un nugolo di fatti storici, di analisi sociologiche, di concrete proposte politiche rendono improvvisamente attuale con la caduta dell'Impero asburgico e di quello guglielmino un tema sino ad allora a dir poco esoterico nella letteratura amministrativa e se mai affidato a problematiche tradizionali, dall'autonomia comunale alla contrapposizione tra funzionari onorari e burocrazia professionale, mediata per lo più dal modello inglese del *selfgovernment* o più recentemente, grazie a Fritz Fleiner, anche dall'esperienza svizzera ([7]).

È evidente che, se di democrazia e amministrazione si inizia a parlare anche nelle pagine dei giuristi, le spinte non possono essere questa volta individuate in esigenze di tipo sistematico o di rielaborazione dogmatica: la recentissima esperienza sovietica, ma più che altro la ben più tangibile realtà della rivoluzione tedesca del novembre del 1918, la diffusione in Germania come in Austria di potenti *Arbeiter- und Soldatenräte* ([8]) immettono di prepotenza nelle fasi concitate della vita politica dei primissimi periodi postbellici un modello consiliare che si caratterizza proprio per il « superamento della antitesi storica fra potere esecutivo e legislativo » e che dovrebbe assicurare « la sostituzione del governo burocratico sul popolo con l'autogoverno delle masse popolari emancipate » ([9]).

([7]) Cfr. per tutti R. von GNEIST, *Selfgovernment, Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England*, Berlin, 1871 (« dritte, umgearbeitete Auflage » della *Geschichte und heutige Gestalt der englischen Communalverfassung oder des selfgovernment*, Berlin, 1863); F. FLEINER, *Beamtenstaat und Volksstaat*, in *Festgabe für Otto Mayer zu seinem 70. Geburtstag*, Tübingen, 1916, ora in ID., *Ausgewählte Schriften und Reden*, Zürich, 1941, pp. 138 e ss.

([8]) ROSENBERG, *Storia della repubblica di Weimar*, cit., pp. 11 e ss.; A. WANDRUSZKA, *Österreich von der Begründung der ersten Republik bis zur sozialistischen Alleinregierung 1918-1970*, in *Handbuch der europäischen Geschichte*, hrsg. von T. Schieder, Bd. 7, *Europa im Zeitalter der Weltmächte*, Stuttgart, 1979, 2. Teilband, p. 831; W. GOLDINGER, *Der geschichtliche Ablauf der Ereignisse in Österreich von 1918 bis 1945*, in *Geschichte der Republik Österreich*, hrsg. von H. Benedikt, München, 1977, pp. 49 e ss., il capitolo « Demokratische Republik oder Rätediktatur ».

([9]) ROSENBERG, *Storia della repubblica di Weimar*, cit., p. 20.

Le esigenze di « normalizzazione » della situazione politica e la necessità di « egemonizzare » il movimento rivoluzionario portarono i socialisti maggioritari sotto la guida di Friedrich Ebert a scegliere ben presto la repubblica parlamentare di tipo « classico » e ad orientare le scelte del « Consiglio dei commissari del popolo », tra il novembre 1918 ed il gennaio 1919 verso gli obiettivi tradizionalmente riformisti del programma socialdemocratico ([10]).

Nello stesso modo l'urgenza di porre un freno all'espansione delle competenze dei consigli ([11]) agì come principale veicolo di una continuità amministrativa che lasciò invariati vertici militari ([12]) e burocratici, inaugurando un totale « Fortbestand des Beamtentums », certo non ultimo fattore dei processi di destabilizzazione della Repubblica ([13]).

L'incapacità dell'*élite* socialdemocratica d'indirizzare il movimento consiliare verso il traguardo della democratizzazione delle strutture imperiali — persone e istituzioni — costituì così alla lunga una causa di debolezza congenita della Repubblica, eretta precariamente su di « un principio controrivoluzionario, un fattore d'ordine » ([14]), che ne schiacciarono pesantemente l'immagine sugli equilibri di potere propri dell'Impero guglielmino.

([10]) *Ibid.*, pp. 29 e ss.

([11]) MORSEY, *Zur Beamtenpolitik des Reiches von Bismarck bis Brüning*, cit., pp. 108 e ss.

([12]) Una continuità dei vertici militari che trovò espressione in particolare negli « accordi informali» che intercorsero, già nel novembre del 1918, tra Friedrich Ebert ed il generale Wihlelm Groener. Sul « compromesso » Ebert-Groener cfr. ROSENBERG, *Storia della repubblica di Weimar*, cit., pp. 38 e ss.; WEHLER, *L'impero guglielmino 1871-1918*, cit., pp. 224-26; RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., pp. 22 e ss.

([13]) MORSEY, *Beamtenschaft und Verwaltung zwischen Republik und « Neuem Staat »*, cit., p. 152; nel senso che questa continuità fosse determinata in gran parte da una » Zwangslage », E.W. BÖCKENFÖRDE, *Der Zusammenbruch der Monarchie und die Entstehung der Weimarer Republik*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 4, cit., p. 15.

([14]) E. TROELTSCH, *Spektator-Briefe. Aufsätze über die deutsche Revolution und die Weltpolitik*, hrsg. von. H. Baron und F. Meinecke, Tübingen, 1924 (Aalen, 1966), trad. ital. a cura di F. Tessitore, *Le lettere dello spettatore. Sulla rivoluzione tedesca e la politica mondiale (1918-1922)*, in ID., *La democrazia improvvisata. La Germania dal 1918 al*

Comunque sia, certo è che la *Demokratisierung der Verwaltung* — indipendentemente dagli scarsissimi risultati raggiunti — rappresentò una parola d'ordine diffusa nell'immediato dopoguerra e che echeggiò ancora — ma ormai quasi esclusivamente nelle file dell'USPD —, anche dopo l'esaurirsi della Repubblica dei consigli, nelle sedute della *Weimarer Nationalversammlung* ([15]), segno di una consapevolezza — almeno al livello, certo semplicistico, dell'alternativa tra burocrazia professionale ed elettiva — dell'esistenza di un problema democratico non limitabile al sistema rappresentativo in senso stretto, ma necessariamente esteso anche agli altri poteri dello Stato.

È noto che la conclusione dei tentativi riformatori fu in tutt'altra direzione e che la più o meno necessitata continuità amministrativa risultò per di più rafforzata dal garantismo costituzionale degli articoli 129 e 130 della *Reichsverfassung* ([16]), tanto che — lo vedremo più chiaramente nel capitolo seguente — non fu difficile, qualche anno più tardi, rispolverare proprio quella continuità come unico possibile baluardo contro la « dissolvente » politica dei partiti, come unica sopravvissuta garanzia di « statualità ».

Del resto, nel momento in cui Kelsen dà alle stampe nel 1920 la prima edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* ([17]),

---

1922, Napoli 1977, p. 34. Il passo è citato anche da WEHLER, *L'impero guglielmino 1871-1918*, cit., p. 227.

([15]) Cfr. FENSKE, *Beamtenpolitik in der Weimarer Republik*, cit., p. 210; W. RUNGE, *Politik und Beamtentum im Parteienstaat. Die Demokratisierung der politischen Beamten in Preussen zwischen 1918 und 1933*, Stuttgart, 1965, pp. 35 e ss.; LANCHESTER, *Alle origini di Weimar*, cit., p. 209; HATTENHAUER, *Geschichte des Beamtentums*, cit., pp. 307 e ss.; e per una valutazione ravvicinata, cfr. L. WITTMAYER, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, 1922, pp. 82 e ss., il capitolo « Die Demokratisierung der Staatsverwaltung als Aufgabe ».

([16]) W. APELT, *Geschichte der Weimarer Verfassung*, 2. Aufl., München und Berlin, 1964 (1ª ed. 1946), pp. 344-48; MORSEY, *Beamtenschaft und Verwaltung zwischen Republik und « Neuem Staat »*, cit., p. 154.

([17]) KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd. 47 (1920-21), pp. 50-85 (esiste anche una edizione a sé stante Tübingen, 1920). Con lo stesso titolo Kelsen pubblicò nel 1929 (ancora Tübingen) un saggio notevolmente ampliato (ora ristampato Aalen, 1963). Di entrambe le edizioni esistono le traduzioni italiane: la prima è infatti riportata in KELSEN, *Lineamenti di una teoria ge-*

l'analisi weberiana — che Kelsen conosce prevalentemente tramite *Parlament und Regierung* ([18]) — ha sì da una parte svelato la tendenza inarrestabile alla burocratizzazione, la stretta funzionalità nei confronti dello Stato moderno di un corpo professionale in possesso di un « sapere » specializzato, la sua crescente indispensabilità con l'espansione estensiva e quantitativa, ma più che altro qualitativa ed intensiva dei compiti amministrativi ([19]); ma appunto per questi motivi pone anche il giurista — e già aveva posto lo stesso Weber — di fronte al problema costituzionale di come ovviare ad uno strapotere che l'apparato amministrativo conquista nei fatti, nella realtà di una democrazia di massa che richiede crescenti specializzazioni.

---

nerale dello Stato e altri saggi, a cura di A. Volpicelli, Roma, 1932, pp. 71 e ss. (e su questa prima divulgazione di Kelsen in Italia, che avvenne prima che in volume nella rivista di regime *Nuovi studi di diritto, economia e politica* diretta dallo stesso Arnaldo Volpicelli, cfr. G. GAVAZZI, *Introduzione* a KELSEN, *La democrazia*, Bologna, 1981, pp. 7 e ss.). La seconda edizione è stata tradotta invece a cura di Nicola Matteucci nella raccolta di scritti kelseniani *Democrazia e cultura*, Bologna, 1955: noi citeremo per la prima edizione direttamente dalla versione tedesca originale, per la seconda dalla traduzione a cura di Matteucci, ora ripubblicata in KELSEN, *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, Bologna, 1966, pp. 5 e ss.

([18]) WEBER, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland*, 1918 (l'opera comprende una serie di articoli pubblicati sulla *Frankfurter Zeitung* nel 1917) ora inclusi in *Gesammelte Politische Schriften*, hrsg. von J. Winckelmann, Tübingen, 1958, trad. ital. *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti*, in *Parlamento e governo e altri scritti politici*, cit., pp. 64 e ss. Non è possibile in questa sede fornire dettagliate informazioni sulla sterminata bibliografia weberiana. Ricordiamo per una valutazione delle ultime acquisizioni della letteratura: P. ROSSI, *Max Weber. Razionalità e razionalizzazione*, Milano, 1982; W. HENNIS, *La problematica di Max Weber*, in *Comunità*, XXXVII (1983), n. 185, pp. 1 e ss.; P.P. PORTINARO, *Il dibattito sulla razionalizzazione nella più recente letteratura weberiana*, in *Teoria politica*, I (1985), pp. 131 e ss.

([19]) WEBER, *Economia e società*, cit., vol. 2°, p. 286. E per una valutazione di come questo aumento dei compiti — letto prevalentemente in chiave evolutiva — abbia alla fine posto in discussione « le stesse categorie interpretative e valutative sulle quali la sociologia weberiana faceva poggiare la legittimità dello stato moderno », cfr. G. REBUFFA, *Costituzionalismo e sociologia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 13 (1984), pp. 205 e ss. (la frase citata è a p. 219).

Conosciamo, anche dalle pagine di *Economia e società*, come si snodava il disegno costituzionale weberiano, tutto elaborato sulla base della riconosciuta inadeguatezza dell'« amministrazione democratica », possibile certo per gruppi sociali limitati per estensione territoriale, ma funzionale ad un tipo di società « semplice » e a compiti amministrativi definiti e scarsamente specializzati ([20]) e quindi messa fuori gioco dalle esigenze della *Massendemokratie* e irriducibile a quello Stato « Betrieb » che in stretta connessione con i modelli dell'economia capitalistica richiedeva la prevedibilità di una *Maschine* ([21]).

Ne discende che i contrappesi costituzionali da opporre allo strapotere burocratico risultano del tutto esterni alla burocrazia, se, com'è vero, l'unica alternativa possibile per Weber all'amministrazione professionale, l'amministrazione onoraria — ma anche in questo caso per lo più il modello concreto è quello notabiliare del *selfgovernment* inglese dell'Ottocento — è stata estromessa dallo stesso processo storico ([22]).

Selezione carismatica dei capi politici, rafforzamento dei poteri del Parlamento — con una particolare attenzione alla possibilità che l'organo parlamentare si doti, tramite le commissioni d'inchiesta, di quel sapere specialistico essenziale ad un effettivo controllo del potere amministrativo ed unica garanzia contro un governo di funzionari —, ruolo dei partiti — e a loro volta delle burocrazie di partito — vengono così a rappresentare gli antidoti allo strapotere burocratico, le soluzioni costituzionali per impedire la « fine della politica in un mondo totalmente amministrato » ([23]).

([20]) *Ibid.*, vol. 2°, pp. 250 e ss.

([21]) *Ibid.*, vol. 2°, pp. 697 e ss. e cfr. N. BOBBIO, *La teoria dello stato e del potere*, in *Max Weber e l'analisi del mondo moderno*, a cura di P. Rossi, Torino, 1981, pp. 215 e ss.

([22]) *Ibid.*, vol. 2°, pp. 287-88. Sullo sviluppo del progetto weberiano « zum Abbau der Beamtenherrschaft in Deutschland » e sulla delineazione di una « bürokratisierte Demokratie », si veda W. SCHLUCHTER, *Bürokratie und Demokratie. Zum Verhältnis von politischer Effizienz und politischer Freiheit bei Max Weber*, ora in ID., *Rationalismus der Weltbeherrschung. Studien zu Max Weber*, Frankfurt am Main, 1980, pp. 111 e ss.

([23]) *Ibid.*, vol. 2°, pp. 697 e ss., il capitolo « L'esercizio del potere statale come amministrazione: direzione politica e potere dei funzionari ».

Se già nella prima edizione di *Vom Wesen und Wert* Kelsen dedica più di un passo al rapporto tra democrazia e amministrazione — passi che diventeranno un intero paragrafo nella seconda edizione del 1929 — sono proprio la « ungeahnte Hypertrophie des Parlamentarismus » nella *Sowjetverfassung* da una parte e le preoccupazioni weberiane sulla tendenza della burocrazia a tradursi in autocrazia dall'altra, a spingerlo in questa direzione ([24]).

Non senza tuttavia una valutazione più schiettamente giuridica e direttamente discendente da quello *Stufenbau* che precisamente in quegli anni Kelsen stava adattando al proprio patrimonio concettuale sulla base di una serie di lavori di Adolf Merkl.

La « scoperta » della realizzazione dinamica dell'ordinamento, estendendo il processo di creazione del diritto al di là della *Stufe* nella quale si esplica la funzione legislativa, non implica soltanto le rilevanti conseguenze « costruttive » che già conosciamo, ma estende immediatamente e di necessità il problema democratico a tutti i gradi di attuazione del diritto: « dann fehlt jeder Grund dafür, das demokratische Organisationsprinzip auf ein mehr oder weniger willkürlich herausgegriffenes Stadium dieser Prozesse zu beschränken » ([25]).

Emerge cioè per il giurista — « Rechtstechniker oder Staatskonstrukteur » ([26]) — la contraddizione, densa di problemi, insita nel rapporto tra un legislativo « democratico » ed un esecutivo organizzato invece in modo « autocratico », una contraddizione

---

La frase citata nel testo è di G.E. Rusconi, *Razionalità, razionalizzazione e burocratizzazione*, in *Max Weber e l'analisi del mondo moderno*, cit., p. 207.

([24]) Kelsen, *Vom Wesen und Wert* (1ª ed.), cit., p. 65; Id., *Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*, Leipzig, 1923 (2. Aufl.), pp. 141 e ss., il capitolo « Demokratie und Räteverfassung ». Si veda anche la traduzione italiana a cura di Roberto Racinaro *Socialismo e stato. Una ricerca sulla teoria politica del marxismo*, Bari, 1978. E per una voce dell'« austromarxismo », cfr. M. Adler, *Die Staatsauffassung des Marxismus. Ein Beitrag zur Unterscheidung von soziologischer und juristischer Methode*, Wien, 1922, trad. ital. a cura di R. Racinaro, *La concezione dello stato nel marxismo. Confronto con le posizioni di Hans Kelsen*, Bari, 1979, spec. pp. 142 e ss.: « La democrazia e la sua organizzazione ».

([25]) Kelsen, *Vom Wesen und Wert*, (1ª ed.), cit., p. 68.

([26]) *Ibid.*, p. 68.

quindi non di tipo logico-teorico, ma direttamente discendente dalle preoccupazioni avvertite con tanta chiarezza nelle pagine di Max Weber: « in dieser Bureaukratie liegt die grösste Gefahr für die Demokratie ». Così, pur con l'« appassionato slancio » con il quale il bolscevismo conduce la propria lotta contro la burocrazia, questa lotta rimane inconfondibilmente « ein Kampf für die Demokratie » ([27]).

Con questo, tuttavia, il problema risulta tutt'altro che risolto e, ripercorrendo considerazioni di marca weberiana, Kelsen — anche se in modo sostanzialmente diverso dagli approdi fissati nel 1929, dopo un intenso itinerario concettuale, nella seconda edizione di *Vom Wesen und Wert* — ci svela la « realtà » delle esigenze della divisione del lavoro, della professionalizzazione, delle conoscenze specialistiche, una realtà che può certo non piacere al « Philosoph der unmittelbaren Demokratie » ([28]), ma che rimane pur sempre il segno tangibile della modernità ed un argine contro quella tendenza al primitivismo che il giurista austriaco vede realizzarsi nel bolscevismo come « radikaler Demokratismus » ([29]).

L'ideale della democrazia come *Führerlosigkeit* si scontra così, nel campo amministrativo, con quelle stesse esigenze di specializzazione, di compiti altamente qualificati dal punto di vista tecnico che Weber aveva individuato come elementi centrali del processo di burocratizzazione e al tempo stesso come le armi fondamentali di quell'« impresa di potere » racchiusa nell'apparato amministrativo ([30]).

Il problema costituzionale non è comunque risolto, od almeno quello specifico problema costituzionale che il giurista Kelsen, abituato come tale a maneggiare problemi classici come quelli della

---

([27]) *Ibid.*, pp. 70-71.

([28]) *Ibid.*, p. 71.

([29]) *Ibid.*, p. 72: « auch in diesem Punkte, in dieser Tendenz zum Primitivismus, erweist die politische Theorie des Bolschewismus nur ihren demokratischen Charakter. In dem Über- und Unterordnungsverhältnis der bureaukratischen Organisation sieht Lenin das Charakteristikum jenes Staates, dessen ' Absterben ' mit der Diktatur des Proletariates beginne ». E cfr. anche p. 73 per la citazione di un discorso di Lenin sulle necessità « autocratiche » dei processi di trasformazione rivoluzionaria.

([30]) WEBER, *Economia e società*, vol. 2°, cit., p. 694.

Selbstverwaltung o del governo parlamentare ([31]), immediatamente intuisce come problema di democratizzazione della stessa funzione esecutiva, come specifico problema di rapporto tra democrazia e amministrazione, oltre il complessivo e complesso quadro costituzionale che lo stesso Weber si era immediatamente dato pensiero di disegnare accanto ed in funzione della propria analisi sociologica sui fenomeni di burocratizzazione dello Stato moderno.

Ed è esattamente un problema costituzionale quello che Kelsen e Merkl affrontano di lì a pochi mesi di fronte alle ricorrenti proposte di democratizzazione della *Bezirksverwaltung*. Un problema che richiede per la precisione di « stabilire un equilibrio di forze: e questo è il compito proprio di ogni tecnica costituzionale » ([32]).

Si dischiude cioè una tematica ormai concretamente istituzionale, nella quale il giurista è chiamato ad esprimere il proprio parere, « risolvendo » il conflitto d'interessi che contrappone gli ideali della democrazia diretta, che per essere conseguente non dovrebbe possedere forme di burocrazia professionale ([33]), alle necessità opposte della « modernizzazione » che proprio alla burocratizzazione e al suo tesoro specialistico si affidano.

Si fissano così anche le specificità e le peculiarità dell'approccio della Scuola di Vienna ad un tema passibile nella sua generalità di una moltitudine di livelli, peculiarità per altro decisive per la valutazione della posizione che si viene delineando.

Già le pagine di *Vom Wesen und Wert* lasciavano intendere che il problematico rapporto tra democrazia e amministrazione tendeva a calarsi nella dicotomia tra democrazia e autocrazia.

Le considerazioni weberiane da una parte, l'esperienza dei consigli dall'altra, indirizzavano la riflessione verso un modello democratico di amministrazione che rispetto alla tradizionale struttura burocratica si contraddistingueva per la designazione elettiva degli organi amministrativi da parte degli amministrati.

([31]) KELSEN, *Vom Wesen und Wert*, (1ª ed.), cit., p. 68.

([32]) KELSEN, *Demokratisierung der Verwaltung*, in *Zeitschrift für Verwaltung*, LIV (1921), pp. 5 e ss., trad. ital. a cura di C. Geraci, *La democrazia nell'amministrazione*, in *Il primato del Parlamento*, cit., p. 75.

([33]) KELSEN, *Vom Wesen und Wert*, (1ª ed.), cit., p. 71.

E questo modello, pur non riducendosi all'antitesi stretta tra nomina ed elezione — che non toccando, o potendo non toccare, i due elementi centrali del tipo burocratico, carica vitalizia e conoscenze specialistiche, non esprimeva a pieno un modello amministrativo alternativo —, finiva in sostanza per vedere i problemi di democrazia dell'amministrazione come estensione al potere amministrativo delle forme della democrazia rappresentativa ([34]).

Questo escludeva quindi dalla tematica affrontata un profilo di per sé, a livello teorico, pienamente legittimo: non era in gioco né un problema di democratizzazione del diritto amministrativo in quanto tale, o meglio non era questo il *punctum controversiae*.

Sappiamo bene quanto sia stato decisivo nell'itinerario kelseniano, dai *Hauptprobleme* in poi, il processo di smantellamento del diritto amministrativo ispirato al principio monarchico, un processo che, abbandonate le pregiudiziali soggettivistiche per una tematica ordinamentale, si era via via sviluppato erodendo in ogni settore le gelose prerogative della pubblica amministrazione e riscrivendo in gran parte la dogmatica amministrativa in funzione del ruolo centrale assunto dall'organo parlamentare già nella stessa monarchia costituzionale e poi vieppiù nelle nuove forme di governo del dopoguerra.

Affidati i compiti di giuridicizzazione dell'ordinamento amministrativo — e quindi nel caso concreto l'estensione della legge parlamentare nei domini dell'esecutivo — ad una corrosiva *Ideologiekritik* e a quella notevole capacità costruttiva che abbiamo imparato ad apprezzare nelle pagine precedenti, il problema della democratizzazione amministrativa o ripercorre le contrapposizioni tradizionali tra burocrazia onoraria e professionale o si risolve nella coesistenza — o nell'alternativa — di diverse istanze rappresentative all'interno dell'ordinamento unitario, abbracciando quindi una problematica la quale, più che alla democratizzazione delle strutture burocratiche, fa riferimento ad una dinamica tra centro e periferia.

In questa direzione spingevano del resto le proposte di democratizzazione delle *Bezirkshauptmannschaften* che portano Kel-

([34]) Sul punto cfr. le precise osservazioni di W. MANTL, *Partizipation in der Verwaltung*, cit., pp. 469-97.

sen dopo le pagine di *Vom Wesen und Wert* a riprendere in mano il problema ed Adolf Merkl ad affrontarlo. La specificità istituzionale della democratizzazione delle strutture amministrative (autocratiche) a livello distrettuale orienta così in modo definitivo l'approccio al problema della Scuola di Vienna.

Riconfermate l'insostituibilità della struttura burocratica — ma difficilmente, posta la questione in tali termini, la soluzione specie dopo le pagine di Weber poteva essere diversa — e la razionalità dell'alternativa burocrazia-primitivismo, la democratizzazione del potere amministrativo — identificata la democrazia in un tipo di produzione dell'ordinamento sociale — tende a prendere la strada della contrapposizione tra gli ordinamenti.

Il problema dell'amministrazione distrettuale, unico gradino autocratico nella piramide assembleare che nella giovane repubblica austriaca andava — e va — dal consiglio comunale al consiglio nazionale, passando per la dieta del *Land*, porta ad assorbire il « dilemma » costituzionale sorto dal contrasto in cui una burocrazia con aspirazioni autocratiche può venire a trovarsi con l'essenza più intima della democrazia, in un'alternativa tra « democrazia del tutto e democrazia della parte, tra la volontà dell'intero popolo e quella di gruppi più o meno arbitrariamente definiti » ([35]).

L'amministrazione distrettuale diventa perciò agli occhi di Kelsen « la trave portante di tutto il nostro edificio amministrativo » ([36]), un elemento centrale di unità di un ordinamento che nella « räumliche Gliederung des Staates » ([37]), particolarmente accentuata in una repubblica federale, ha bisogno di ritrovare nella legge come nella sua esecuzione l'unità normativa necessaria all'esistenza stessa dell'ordinamento giuridico.

Non per nulla nel momento in cui, nella *Allgemeine Staatslehre*, Kelsen affronterà questa « articolazione spaziale dello Stato » insieme alla dialettica accentramento-decentramento, la *Selbstverwaltung* verrà considerata in primo luogo come una *Teilordnung*; particolarmente qualificata certo, se le sue « Normen de-

([35]) KELSEN, *Demokratisierung der Verwaltung*, cit., pp. 74-75.

([36]) *Ibid.*, p. 66.

([37]) KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 163 e ss., il sesto capitolo: « Die räumliche Gliederung des Staates. (Die Lehre von der Zentralisation und Dezentralisation, sowie von den Staatenverbindungen) ».

mokratisch erzeugt werden » e con profonde ramificazioni storiche tipiche di una lotta per l'autonomia locale che è stata prima di tutto lotta per la democratizzazione dell'apparato amministrativo locale ([38]).

Tuttavia, la prospettiva dinamica assunta tende sì a tradurre la tematica autonomistica in un rapporto tra ordinamenti diversi e a risolvere appunto in questa complessa stratificazione normativa il contrasto tradizionale tra amministrazione locale e statale — quello stesso contrasto che ha portato i giuristi a considerare l'autonomia comunale in termini di personalità giuridica e di diritto soggettivo, e che sarebbe oggi un errore ripetere ([39]) —, ma ripropone poi lo stesso filtro normativo per l'amministrazione comunale che si conferma in tutto uguale a quella statale e anch'essa sintetizzata esclusivamente attraverso il parametro della legalità.

Non si tratta tanto, ai nostri fini, di stabilire l'effettiva importanza che le autonomie e il decentramento ottengono nel disegno kelseniano che si trova ad operare d'altra parte e in un ordinamento come quello austriaco con forti tradizioni autonomistiche ed ormai incasellato in una struttura federale ([40]) e in un momento in cui la letteratura giuridica tradizionalmente impegnata sul terreno della *Selbstverwaltung* vive un periodo di disorientamento, alla ricerca di nuovi significati per l'autonomia locale nella « parlamentarische Demokratie », che non solo è tendenzialmente centralistica, ma ha tolto anche rilievo al conflitto tutto ottocentesco tra corpi locali organizzati democraticamente e struttura rigidamente *obrigkeitlich* della monarchia costituzionale ([41]).

([38]) KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p .181, per un nesso tra la definizione di *Selbstverwaltung* e la « democraticità » della produzione normativa del corpo locale, che non ritroveremo nella definizione di MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 352 che sposa invece una « Formaldefinition ». Si vedano a questo proposito le osservazioni di M. WELAN - B. GUTKNECHT, *Selbstverwaltung*, in *Allgemeines Verwaltungsrecht*, hrsg. von F. Ermacora, cit., p. 401.

([39]) KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 180 e ss.

([40]) Basti qui rinviare a F. ERMACORA, *La pubblica amministrazione in Austria*, Milano, 1971, pp. 20 e ss. e pp. 43 e ss.; P. PETTA, *Il sistema federale austriaco*, Milano, 1980.

([41]) Cfr. H. PETERS, *Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preussen*, cit., pp. 43-44: « durch Einführung der parlamentarischen De-

È significativo invece — e può avere anche qualche conseguenza sulla soluzione « finale » data dalla Scuola di Vienna al problema della democratizzazione delle strutture amministrative — che manchi in Kelsen un interesse ad indagare le specificità « verwaltungsrechtlich » dell'amministrazione comunale ([42]). Man-

---

mokratie » la *Selbstverwaltung* ha perduto « eine kräftige Stütze ». ID., *Zentralisation und Dezentralisation. Zugleich ein Beitrag zur Kommunalpolitik im Rahmen der Staats- und Verwaltungslehre*, Berlin, 1928, pp. 4 e ss.: « der moderne Staat ist monistisch, die Staatsgewalt ihrem Wesen nach einheitlich und unteilbar ». La tendenza del presente si esprime in una « Neigung zur Zentralisation ». E nello stesso senso già F. STIER-SOMLO, *Die neueste Entwicklung des Gemeindeverfassungsrechts in Deutschland*, in *VVDStRL*, Heft 2, Berlin und Leipzig, 1925, p. 128: « die Demokratie der Nachkriegszeit, die bürgerliche wie erst recht die sozialistische, hatte aber einen durchhaus unitarischen und zentralisierenden Zug, der sich auch in der Reichsverfassung niederschlug ». Una *Selbstverwaltung* che pure si era alimentata teoricamente nella tradizione tedesca del progetto di Hugo Preuss di riunificare sistema parlamentare ed autonomia comunale sulla base della « wesentliche Gleichartigkeit des Organisationsprinzips von Verfassungsstaat und anderen Selbstverwaltungskörpern » (H. PREUSS, *Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveranität*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband*, 2. Bd., Tübingen, 1908, p. 204. E si veda S. GRASSMANN, *Hugo Preuss und die deutsche Selbstverwaltung*, Lübeck und Hamburg, 1965, spec. p. 33). I pericoli di disgregazione della compagine nazionale, la tradizione centralistica tedesca insieme con i problemi posti dal rapporto tra *Reich* e *Länder*, reso precario dalla posizione di preminenza che la Prussia conservava nel nuovo ordinamento repubblicano, e dalle tendenze alla continuità delle strutture burocratiche, costrinsero lo stesso *Staatssekretär des Reichsamts des Innern*, Hugo Preuss, incaricato da Ebert e dal Consiglio dei commissari del popolo di redigere il progetto di costituzione, a disegnare il nuovo *Reich* « sulla base di un pronunciato ' Unitarismus ' » (LANCHESTER, *Alle origini di Weimar*, cit., p. 213). « Die Weimarer Republik war dabei doch erheblich unitarischer als das kaiserliche Deutschland » (H. HEFFTER, *Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert. Geschichte der Ideen und Institutionen*, Stuttgart, 1950, p. 771. Cfr. anche REBENTISCH, *Die Selbstverwaltung in der Weimarer Zeit*, cit., pp. 86 e ss.; C. TOMMASI, *Dal Kaiserreich a Weimar: la forma di governo in Germania e nell'opera di Hugo Preuss*, cit.

([42]) Ancora più drastico MERKL, *Demokratie und Verwaltung*, Wien und Leipzig, 1923, p. 42, per il quale « die Selbstverwaltung ist, sofern man sie ungefähr als eine Verwaltung des Volkes durch das Volk definiert, eine fromme Mär für politische Kinder ».

chi cioè un'attenzione al diverso rapporto che l'attività amministrativa ha in questo caso nei confronti della legge la quale opera essenzialmente come limite negativo, mentre — per la stretta contiguità degli organi amministrativi e rappresentativi — l'azione amministrativa si pone in stretta connessione con le esigenze della collettività, modificando lo stesso concetto di discrezionalità e stabilendo un flusso continuo tra esigenze, accertate democraticamente, ed interventi dell'apparato e fissando così un nesso del tutto peculiare tra politica e amministrazione ([43]).

Il filtro normativo in questo caso risulta pesante e l'assimilazione completa che nelle pagine di Kelsen l'amministrazione locale consegue nei confronti dell'amministrazione statale — rafforzata per di più dal venir meno del conflitto ottocentesco di cui dicevamo poco sopra — già prefigura il ruolo decisivo che il principio di legalità assumerà nella soluzione del problema conflittuale « Demokratie und Verwaltung », definita esclusivamente nella partecipazione democratica all'emanazione della norma e quindi in funzione di una concezione eminentemente rappresentativa della democrazia.

Ed è appunto in questa direzione che già nel 1921 si tenta di sciogliere il « dilemma » convogliando ogni problema di democrazia amministrativa nella scelta tra democrazia del tutto e della parte e proponendo quindi il salvataggio della *Bezirksverwaltung* in forma autocratica a tutto vantaggio della democrazia espressa nelle « circoscrizioni superiori » — in questo caso a favore della democrazia del *Land*, responsabile, a sua volta, della « dissoluzione » della democrazia dello Stato in una serie di democrazie federali ([44]) —.

È comunque in alcuni scritti di Adolf Merkl contemporanei a quelli di Kelsen che il problema assume toni più definitorii e persino assiomatici e si avvia verso conclusioni di tipo generale.

In due articoli pubblicati nel 1920 e poi rielaborati e sviluppati nel volumetto pubblicato nel 1923 e che reca appunto il titolo di *Demokratie und Verwaltung*, il problema della demo-

---

([43]) Basti qui rinviare per lo sviluppo di queste tematiche a G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1968.

([44]) KELSEN, *Demokratisierung der Verwaltung*, cit., p. 73.

crazia amministrativa diventa sostanzialmente un falso problema e la *Laienverwaltung* viene condannata senza appello come pericolosa per il primato della legalità ([45]).

A questo punto la questione imbocca i binari della contrapposizione rigida tra *Demokratisierung* e *Gesetzlichkeit* — poi ripresa, ma con maggiori sfumature, da Kelsen nella distinzione tra *Demokratie der Gesetzgebung* e *Demokratie der Vollziehung* ([46]) — e la burocrazia, da struttura pericolosa anche se indispensabile per la democrazia, si converte nel principale garante della legittimità e di qui, *tout court*, della stessa democrazia.

E sempre nelle pagine di Merkl — questa volta nel volumetto del 1923 — un ulteriore ordine di problemi si affaccia e si fa strada, segno del rapido affievolirsi dell'alternativa consiliare e di quella contrapposizione con la « Staatsauffassung des Marxismus » ([47]) di cui ancora negli scritti di Kelsen si conservavano tracce consistenti, ed in definitiva sintomatico anche del venir meno delle preoccupazioni weberiane ed in certa misura — con rilevanti distinguo ideologici comunque — anticipatore dell'ambito tematico in cui si collocherà nella seconda metà degli anni '20 il problema burocratico.

Emerge cioè il polo opposto della *Demokratisierung der Verwaltung* e la parola d'ordine della spoliticizzazione inizia a serpeggiare tra i giuristi ([48]): in Merkl ancora in funzione del pri-

---

([45]) MERKL, *Die Stellung des Verwaltungsjuristen in der künftigen Verwaltung*, in *Zeitschrift für Verwaltung*, 53 (1920), pp. 41 e ss.; ID., *Die gedanklichen Grundlagen der Forderung einer demokratischen Verwaltung*, in *Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft*, München und Leipzig, 1920, pp. 523 e ss.; gli articoli vennero poi ampiamente sviluppati nel volumetto già citato *Demokratie und Verwaltung* il cui contenuto era comunque apparso nel 1922 nella *Zeitschrift für Verwaltung*. Citeremo dall'edizione Wien und Leipzig, 1923.

([46]) Un Kelsen — non dimentichiamolo — che si era mosso direttamente dalle preoccupazioni weberiane per il fenomeno burocratico: « in dieser Bureaukratie liegt die grösste Gefahr für die Demokratie. Alle Bureaukratie neigt notwendigerweise zur Autokratie ». *Vom Wesen und Wert*, (1ª ed.), cit., pp. 70-71.

([47]) M. ADLER, *Die Staatsauffassung des Marxismus*, cit.; KELSEN, *Sozialismus und Staat*, cit.

([48]) MERKL, *Demokratie und Verwaltung*, cit., p. 86.

mato della legalità ed in un tentativo di separare zone d'influenza del partito e zone riservate alle istituzioni, qualche anno più tardi invece — e specialmente nella dimensione tedesca — ormai chiaramente proiettata verso la delineazione di nuovi equilibri costituzionali.

Il problema comunque s'inverte e le iniziali preoccupazioni per la burocrazia — « die grösste Gefahr für die Demokratie » ancora nella prima edizione di *Vom Wesen und Wert* — iniziano a convergere sulla « Parteiherrschaft » e sulla « parteipolitische Gesetzgebung », senza dubbio più « sopportabile » se quest'ultima viene mediata « durch eine unparteische, objektive Justiz und Verwaltung » (49).

L'unica corretta funzione democratica che paradossalmente deve svolgere la *Demokratisierung der Verwaltung* — che appunto per questo deve ispirarsi a modelli organizzativi di tipo autocratico — diventa allora il salvataggio del contenuto politico della legislazione, certo più agevole se affidato ad una « unparteische Verwaltung », mentre il rapporto antinomico originario tra burocrazia e democrazia o, se si vuole, tra autocrazia e democrazia, si scioglie in un più corposo confronto tra « Parteimänner » e « eine das Parteiwesen neutralisierende Verwaltung », nell'individuazione cioè di un concreto « Gegengewicht » da opporre al pericolo di una « Parteidiktatur » (50).

Pur senza approdare a disegni costituzionali di tipo eversivo ed anzi tutta giocata sul valore « legalità », la problematica originaria ha compiuto così una significativa involuzione e l'iniziale preoccupazione kelseniana di proiettare il mutamento della *Staatsform* anche sui « gradi » della *legis executio* non solo trova nelle pagine di Merkl la conferma di un'autonomia, almeno relativa, della struttura amministrativa rispetto alla forma di governo, ma il rinnovarsi di un topos tradizionale che fa dell'amministrazione e della burocrazia i principali « rimedi » alla politica dei partiti (51).

---

(49) *Ibid.*, p. 76. Merkl usa per la precisazione l'aggettivo « erträglich ».

(50) *Ibid.*, p. 76 e p. 92.

(51) Cfr. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 334 e ss.,

I vari tasselli si aggiustano comunque di lì a poco, accantonate le proposte di riforma della *Bezirksverwaltung* e sedimentatesi le contrapposizioni costituzionali dell'immediato dopoguerra, nelle pagine di un Kelsen ormai spinto a trarre conclusioni di tipo generale da una *querelle* le cui origini istituzionali valgono ora tutt'al più come *exemplum*, significativo certo, ma di una problematica che abbandona scansioni e specificità austriache per abbracciare considerazioni tendenzialmente valide per ogni ordinamento democratico-rappresentativo ([52]).

Dall'*Allgemeine Staatslehre*, passando per una serie di scrittarelli dedicati a questioni costituzionali e di teoria della democrazia, sino all'approdo nel 1929 alla seconda edizione di *Vom Wesen und Wert*, la democratizzazione delle strutture amministrative si snoda tutta lungo la contrapposizione tra democrazia della legislazione e democrazia dell'esecuzione ([53]): il valore « legittimità » orienta in modo inequivoco la vecchia parola d'ordine della *Demokratisierung der Verwaltung*, offre una precisa soluzione al « dilemma » costituzionale sorto dall'antinomia tra burocrazia e democrazia.

Cambiano anche toni e valutazioni — e qui proprio gli scritti di Merkl possono avere influito — se si considera ormai un errore il vedere nei fenomeni di burocratizzazione un indebolimento

---

un paragrafo che pure è intitolato « Verwaltung und Staatsform ». Ancora più netta la posizione in ID., *Entwicklung und Reform des Beamtenrechts*, in *VVDStRL*, Heft 7, Berlin und Leipzig, 1932, pp. 55 e ss.

([52]) KELSEN, *Vom Wesen und Wert*, (2ª ed.), cit., p. 80.

([53]) Cfr. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 361 e ss. il paragrafo « Demokratie der Vollziehung »; *Staatsform als Rechtsform*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, V (1925-26), ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., Bd. 2, pp. 1689 e ss.; *Zur Soziologie der Demokratie*, in *Der österreichische Volkswirt*, XIX (1926), ora *ibid.*, Bd. 2, pp. 1729 e ss.; *Demokratie*, in *Schriften der deutschen Gesellschaft für Soziologie*, I Serie, V Bd., *Verhandlungen des Fünften Deutschen Soziologentages vom 26. bis 29. September 1926 in Wien*, Tübingen, 1927, pp. 37 e ss., ora *ibid.*, Bd. 2, pp. 1743 e ss., trad. ital., *La democrazia*, in *Il primato del Parlamento*, cit., pp. 3 e ss.; *Geschworenengericht und Demokratie. Das Prinzip der Legalität*, in *Neue Freie Presse*, 3 febbraio 1929, ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., Bd. 2, pp. 1777 e ss.; *Vom Wesen und Wert*, (2ª ed.), pp. 78 e ss.

della democrazia ([54]). Più che di fronte ad eclatanti mutamenti di rotta, a rilevanti conversioni concettuali, sono tuttavia sempre lo stesso « dilemma » ([55]), il problema costituzionale del rapporto tra i principii democratici ed i vari gradi del processo di creazione della volontà statale, l'alternativa democrazia-autocrazia che, cogliendo il nucleo centrale della *Staatsform*, si riproietta sul piano delle stesse norme individuali, oltre il grado legislativo di produzione del diritto, ad affaticare il giurista, a porre interrogativi al politologo ([56]).

Indirizzata anche dalla posizione assunta sul problema concreto dell'amministrazione distrettuale, si è ormai delineata in modo chiaro una soluzione a quel « dilemma » e sin dalle pagine della *Allgemeine Staatslehre* il rapporto tra « Demokratie der Gesetzgebung und Demokratie der Vollziehung » si dispone secondo un deciso primato della democrazia della legislazione ([57]).

Siamo di fronte ad una soluzione costituzionale quindi prima che ad una scelta di teoria della democrazia, che non mette in dub-

([54]) KELSEN, *Zur Soziologie der Demokratie*, cit., p. 1734.

([55]) KELSEN, *La democrazia*, cit., p. 15: « da questa natura a gradi della produzione della volontà collettiva deriva però un ostacolo ancora più grave per la libertà, che è rimasto a lungo inosservato. ... Nella richiesta di democrazia ci si era fino ad allora accontentati di pretendere una struttura specifica per l'organo legislativo, cioè per l'organo di normazione generale: diritto di voto generale e uguale, referendum. Orbene, dopo il soddisfacimento di questa richiesta, nasce il problema della democratizzazione dei due gradi del processo di creazione della volontà statale, s'introduce il postulato della forma democratica di quegli atti individuali della volontà statale che, come la giurisdizione e l'amministrazione, vengono indicati con il nome di esecuzione ».

Sottolineano invece la rilevanza della « conversione » kelseniana, A. KÖTTGEN, *Entwicklung und Reform des Beamtenrechts*, in *VVDStRL*, Heft 7, cit., p. 10 in nota; BRACHER, *Die Auflösung der Weimarer Republik*, cit., p. 163 in nota.

([56]) KELSEN, *Staatsform als Rechtsform*, cit., pp. 1689 e ss.

([57]) KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 361 e ss. e spec. pp. 366 e ss., con l'unica rilevante eccezione delle ipotesi caratterizzate dalla presenza di estesi poteri discrezionali: « nur bei weitgehender Ermessensfreiheit ist eine erspriessliche Funktion demokratischer Verwaltung zu erwarten ». E per uno sviluppo di questa prospettiva, cfr. R. WALTER, *Partizipation an Verwaltungsentscheidungen*, in *VVDStRL*, Heft. 31, cit., pp. 147 e ss. e spec. p. 157.

bio il piano ideale, il quale, allo stesso modo in cui contrappone burocrazia e democrazia, oppone anche democrazia diretta a democrazia rappresentativa ([58]). Ma proprio perché soluzione costituzionale necessariamente e programmaticamente ordinativa di una situazione concreta, di una « realtà », si risolve in un tentativo di disinnescare il conflitto tra specializzazione e primitivismo, tra burocrazia e democrazia, in scansioni più pervie al costituzionalista, in un più tradizionale conflitto tra i poteri dello Stato.

Ed in funzione di questa soluzione costituzionale va valutata secondo noi la proposta kelseniana: non ha senso cioè bollare come fastidiosa caduta autocratica, come improvviso cedimento di una posizione che è senza incertezze democratica o come necessario complemento in senso correttivo dell'assemblearismo tipico della costituzione austriaca del 1920 ([59]), la chiusura che in definitiva il primato della legalità oppone alle richieste di democrazia dell'amministrazione.

E non ha senso proprio perché il primato della politica, la centralità dei partiti nella forma moderna di democrazia, la loro assoluta indispensabilità, la risposta kelseniana al *Problem des Parlamentarismus* ([60]) sono indissolubilmente intrecciati con la potente carica antiautoritaria contenuta nella negazione del concetto della *Regierung* — sostenuta non solo contro la dottrina tradizionale ma sopra tutto contro i recenti tentativi di fare del governo il fulcro del processo d'integrazione ([61]) — e con una fedeltà alle

---

([58]) KELSEN, *Vom Wesen und Wert*, (2ª ed.), cit., p. 213.

([59]) BRAUNEDER-LACHMAYER, *Österreichische Verfassungsgeschichte*, cit., p. 213.

([60]) KELSEN, *Das Problem des Parlamentarismus*, cit., pp. 173 e ss.; *Vom Wesen und Wert*, (2ª ed.), cit., pp. 23-24.

([61]) KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 244-46; MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 59-60. A questo proposito cfr. B. Ch. FUNK, *Der Einfluss der 'Wiener Schule des Rechtspositivismus'*, cit., pp. 115-16. Per la dottrina « tradizionale » cfr. per tutti G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Berlin, 1919 (1ª ed., Heidelberg, 1900), pp. 616-21; MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., pp. 4-5. Ma la critica della Scuola di Vienna ha di mira in particolare R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München und Leipzig, 1928, ora in ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, 1955, pp. 119 e ss. (spec. pp. 205 e ss.). Per la figura di Smend mi limito qui a rinviare al capitolo,

concezioni del relativismo e del compromesso che si traduce puntualmente in una difesa del sistema elettorale proporzionale, ed in una posizione lucida e disincantata sulla rappresentanza corporativa ([62]).

E tutto questo orienta la *Entpolitisierung* amministrativa del giurista austriaco lungo direttrici diversissime da quelle dei vari Schmitt, Smend, Triepel e che se mai corrono, almeno in parte, verso una distinzione tra politica e amministrazione che troviamo negli stessi anni anche in un altro giurista non sospettabile come Hermann Heller ([63]).

Se vogliamo vedere i limiti della soluzione kelseniana bisogna allora sposare un'altra prospettiva e spostare i riflettori, per così dire, dalla democrazia alla legalità, illuminando direttamente quel valore della legittimità che rappresenta in uno Stato democratico che è « wesentlich ein Gesetzesstaat » l'« oberster Grundsatz » ([64])

« Der Staat als Leben in der ' Integrationslehre ' von Rudolf Smend », del già citato lavoro di W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatstheoretische Diskussion in der Weimarer Republik*, pp. 52 e ss.; SONTHEIMER, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, cit., pp. 82 e ss.; e da ultimo, M. FRIEDRICH, *Rudolf Smend 1882-1975*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 112 (1987), pp. 1 e ss. Kelsen dedicherà alla confutazione della tesi di Smend il lavoro *Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung*, Wien, 1930, ora in ID., *Drei kleine Schriften*, cit., pp. 7 e ss., e — per la critica alla categoria della *Regierung* (« Smend identifiziert hier den Staat als Integration mit der Regierung ») — pp. 74 e ss.

([62]) KELSEN, *Das Problem des Parlamentarismus*, cit., pp. 181 e 186 e ss. Fra le molte critiche al sistema proporzionale sollevate in periodo weimariano cfr. O. KOELLREUTTER, *Die politischen Parteien im modernen Staate*, Breslau, 1926, pp. 67 e ss.; G. LEIBHOLZ, *Die Wahlrechtsreform und ihre Grundlagen*, in *VVDStRL*, Heft 7, Berlin und Leipzig, 1932, pp. 159 e ss. e l'intervento di Heinrich Triepel nella discussione sulla relazione dell'allievo Gerhard Leibholz, *ibid.*, pp. 194-98.

([63]) Vedremo l'indirizzo prevalente che assumerà la parola d'ordine della *Entpolitisierung* nella seconda metà degli anni '20, nel prossimo capitolo.

([64]) KELSEN, *Geschworenengericht und Demokratie. Das Problem der Legalität*, cit., p. 1777, in un intervento in cui il primato della democrazia della legislazione viene applicato all'esercizio del potere giurisdizionale e sintomatico dello sfavore kelseniano per l'istituto della giuria popolare.

e che quasi giacobinamente reclama il proprio primato, l'assoluta neutralità di giurisdizione e amministrazione e copre con il manto della propria, conquistata democraticità tutto l'ordinamento sottostante, ridisegnando istituti — come la stessa autonomia comunale — che non possono più riproporre la tradizionale ed ottocentesca conflittualità con una legge che non è più l'espressione della volontà del monarca.

Bene si è fatto a sottolineare, a questo proposito, l'attaccamento e la fiducia kelseniani « forse anacronistici » ad una centralità del Parlamento trasferita senza equivoci nel testo costituzionale austriaco del 1920 ([65]), ma certo problematica, non solo nell'esperienza conflittuale del primo dopoguerra, ma probabilmente anche come progetto globale di tradurre in modo univoco e senza ulteriori concessioni quel primato della politica — di cui dicevamo poco sopra — in un immediato primato della legge, come se tutto il politico potesse tradursi senza sbavature, tramite la suprema metamorfosi legislativa, in statuale, come se questa equivalenza fra politico e statuale e correlativamente una precisa delimitazione tra politica e diritto potessero riproporsi indefinitamente anche per la società del ventesimo secolo ([66]).

Sussiste tuttavia anche una specificità amministrativa che ci pare decisiva per una completa valutazione della posizione kelseniana sulla *vexata quaestio* del rapporto tra democrazia e amministrazione.

Se le esigenze, sinceramente avvertite da Kelsen, di democrazia dell'amministrazione prendono senza incertezza la strada della legalità, si affidano ad un modello ideale di amministrazione legittima, questo non deriva soltanto dalla necessità di fissare un argine solido, ma anche netto e preciso tra partito e amministrazione, tra *Parteienstaat* e *Rechtsstaat*, tra *legis latio* e *legis executio*.

([65]) P. PETTA, *Presentazione* a *Il primato del Parlamento*, cit., p. XXIV. E sulla centralità dell'istituto parlamentare espressa nella costituzione austriaca del 1920 cfr. *retro* il secondo capitolo della seconda sezione della prima parte.

([66]) L. ORNAGHI, *Stato e corporazione*, cit., pp. 79 e ss.; G. GOZZI, *Stato contemporaneo*, cit., spec. pp. 1131-32, cui rinviamo anche per l'indicazione della principale letteratura politologica in materia.

In questo modo si offre certo una risposta concreta, costituzionale — perché la legalità non è soltanto un principio astratto, ma si sustanzia in una peculiare organizzazione dei poteri e dei controlli, a partire dall'intreccio tra giustizia amministrativa e costituzionale ([67]) — alle preoccupazioni originarie nei confronti della burocratizzazione e si disegna un modello alternativo alla temuta democrazia dei consigli per approdare infine ad un equilibrio costituzionale tra Parlamento e amministrazione sempre molto ragionato, programmato nel disegno kelseniano sulla base di un « radikales Rechtsstaatsdenken » e di un « Antiabsolutismus » ([68]) che — non dimentichiamolo — innervano di continuo le costruzioni dogmatiche della Scuola di Vienna ed attribuiscono un inconfondibile contenuto sostanziale a quel principio di legalità.

Quell'« oberster Grundsatz » che si concreta nella legalità come principio supremo della funzione amministrativa non rappresenta però soltanto la faccia *verwaltungsrechtlich* di un preciso modello costituzionale, ma è anche un elemento, fondamentale, di un preciso — e ottocentesco — modello amministrativo.

La crisi della legalità non è soltanto la crisi del Parlamento, della sua capacità di esprimere tramite il confronto tra i partiti una società sempre più conflittuale e complicata da un ramificarsi contraddittorio di interessi contrastanti, ma è la stessa crisi — in stretto parallelismo con la crisi del tipo ideale, la legalità appunto, che meglio la sintetizza — dell'amministrazione « tradizionale ».

La soluzione kelseniana dell'imperativo « democratizziamo l'amministrazione » non è altro che l'ultima pennellata di un disegno già tutto implicito nelle pagine dei *Hauptprobleme*, in quel processo di giuridicizzazione di un diritto amministrativo ancora fortemente ispirato al principio monarchico — che aveva trovato la sua sintesi più espressiva e più lucida nell'opera di Otto Mayer — e che la Scuola di Vienna ha magistralmente tracciato nel campo dell'amministrazione indiretta, smussandone in ogni angolo

---

([67]) KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, cit., p. 156.

([68]) FUNK, *Der Einfluss der 'Wiener Schule des Rechtspositivismus'*, cit., p. 111.

più riposto i residui di un'ormai tramontata autonomia costituzionale, riconducendo ogni espressione di potere alla razionalità dell'autorizzazione legislativa, dotandola di un compiuto « processus juridique » ([69]).

La crisi della legalità è certo crisi della legge, non più *Rechtssatz*, ma concetto formal-procedimentale, vuoto nel contenuto, contesa tra *Gesetzesflut* ed un crescente carattere pazionato e privatistico che rende sempre più improbabile una *Loi expression de la volonté générale*, « crassa finzione » del costituente dell'89 già nelle stesse pagine di Kelsen che si dimostra capace di essere *Ideologiekritiker* anche nei confronti dei suoi stessi modelli e certo assai poco disponibile a raffigurazioni unitarie ed organicistiche di un tessuto sociale compreso nella sua intima conflittualità ([70]).

L'opzione per il parlamentarismo non a caso non è la fiducia per un organo in grado di « rivelare » verità, ma il consapevole affidamento ad una conciliazione tra l'idea assoluta della libertà politica ed il principio di divisione del lavoro, ad uno strumentario costituzionale certo non in grado di dispensare certezze metafisico-religiose, ma almeno idoneo a produrre una decisionalità che, nascendo dall'intervento di « *tutti* i gruppi politici » e dall'« intendersi » di maggioranza e minoranza, assicuri almeno « la libertà della democrazia, cioè del compromesso, della pace sociale » ([71]).

([69]) F. WEYR, *La notion de « processus juridique » dans la théorie pure du droit*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, vol. 2°, Modena, 1931, pp. 414 e ss.

([70]) Cfr. sui temi cui accenniamo nel testo rispettivamente E.W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetzesbegriff und Gesetzesvorbehalt. Bemerkungen zur Entwicklung und zum heutigen Stand der Diskussion*, cit., pp. 375 e ss.; R. NOVAK, *Gesetzgebung im Rechtsstaat*, cit., pp. 40 e ss.; N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato*, ora in ID., *Stato, governo, società*, cit., pp. 16-17. Cfr. anche *retro* nota 179 (prima parte - prima sezione). R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, 1931 (ed ora ristampata con una prefazione di Georges Burdeau, Paris, 1984); KELSEN, *Das Problem des Parlamentarismus*, cit., p. 178.

([71]) *Ibid.*, rispett. p. 199, p. 178, p. 195, p. 202 per affermazioni che sono in gran parte in diretta polemica con C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, München und Leipzig, 1923 (2ª ed.

La crisi della legalità non è però soltanto l'effetto riflesso della perdita di sostanza del *Gesetzesbegriff*, lo svuotarsi del contenuto della stessa « vollziehende Gewalt » « condannata » — in stretta connessione ai destini di quella legge di cui deve essere esecuzione — ad una dimensione formal-procedimentale — un « contenuto » quindi recuperabile eventualmente lungo i sentieri della *Wesentlichkeitstheorie* ([72]) —, ma è anche il frutto di un processo di trasformazione che colpisce le stesse strutture amministrative.

Il progressivo disarticolarsi dell'amministrazione non è infatti soltanto di tipo organizzativo né discende esclusivamente dal sovrapporsi di una pluralità di statuti d'azione, dall'affollarsi di modelli consensuali ed imperativi di determinazione della volontà amministrativa, dalla divisione tra *Eingriffs-* e *Leistungsverwaltung*. Ma è anche la conseguenza di un crescente « politicizzarsi » delle strutture amministrative, di uno Stato non più « überparteilich » ([73]), di un'amministrazione alla quale non è più permesso di rinserrarsi nella *turris eburnea* della propria neutralità ed ormai costretta a crescenti e delicate mediazioni di interessi alle quali supplire non con l'esecuzione del compromesso legislativo ma « socializzando » la propria organizzazione, istituendo nei « collegi » una precisa forma di raccordo tra organizzazione ed interessi ([74]).

Il « compromesso » non è più limitabile a quel « politico » che poi confluisce nella metamorfosi dell'atto legislativo, ma in-

---

1926), per il quale « das Parlament. wie es sich im 19. Jahrhundert entwickelt hat, seine bisherige Grundlage und seinen Sinn verloren (hat) ». Citiamo dalla ristampa della seconda edizione, Berlin, 1969, p. 63.

([72]) Ancora BÖCKENFÖRDE, *Gesetzesbegriff und Gesetzesvorbehalt*, cit., pp. 375 e ss., per l'esame della c.d *Wesentlichkeitstheorie* elaborata dalla Corte costituzionale della Repubblica federale tedesca e secondo la quale l'ordinamento dei « wesentliche Lebensbereiche » deve necessariamente spettare al potere legislativo, almeno per la determinazione dei lineamenti fondamentali della normativa.

([73]) STOLLEIS, *Parteienstaatlichkeit. Krisensymptome des demokratischen Verfassungsstaats?*, cit., p. 24.

([74]) Cfr. in particolare M. CAMMELLI, *L'amministrazione per collegi. Organizzazione amministrativa e interessi pubblici*, cit.

veste in pieno un'attività amministrativa che nello sfumare dei confini tra Stato e società si fa essa stessa pazionata, politica ([75]) — e questo indipendentemente dalla tendenza dei partiti ad « occupare » le istituzioni ([76]) — e che con l'appannarsi dell'autorità ed il parallelo emergere delle tematiche organizzative perde anche la propria neutralità.

Gli ombrelli kelseniani, la legalità, la capacità di chiusura della giuridicità dell'ordinamento garantita dalla giustizia amministrativa e costituzionale — e quindi da un'interpretazione del controllo in forme presso che esclusivamente giurisdizionali e secondo quel peculiare tipo di giurisdizione che si esprime nel sindacato di legittimità —, il procedimento come forma di realizzazione giuridica del potere prima che struttura partecipativa, non vengono improvvisamente spazzati via, ma non riescono però neppure a coprire nella sua interezza il tessuto amministrativo: validi e ancora « attuali » per quella faccia di *puissance* che l'amministrazione ciò nonostante conserva, problematici ed insufficienti

---

([75]) Sulla « Politisierung der Verwaltung » conseguentemente alla perdita d'incisività della legge nel trasformarsi del rapporto tra questa e l'attività amministrativa, cfr. T. ÖHLINGER - M. MATZKA, *Demokratie und Verwaltung als verfassungsrechtliches Problem*, cit., pp. 450 e ss.; C. OFFE, *Rationalitätskriterien und Funktionsprobleme politisch-administrativen Handelns*, in *Leviathan*, 1974, trad. ital., *Criteri di razionalità e problemi della funzione dell'agire politico amministrativo*, in *Le trasformazioni dello Stato. Tendenze del dibattito in Germania e USA*, a cura di G. Gozzi, Quaderni di *aut aut*, n. 9, Firenze, 1980, pp. 95 e ss.; mentre sui problemi della *Parteipolitisierung* nel rapporto tra indirizzo politico e amministrazione, da ultimo R. WAHL, *Zur Lage der Verwaltung Ende des 20. Jahrhunderts*, cit., pp. 1206-1208.

([76]) Profilo sul quale invece convergono le attenzioni e le preoccupazioni — specialmente giornalistiche (cfr. per tutti M. PIRANI, *Il partito senza qualità. La classe politica ha scoperto la legge del potere perpetuo*, in *La Repubblica*, 12 (1987), n. 65 del 18 marzo 1987, p. 7) — per le contingenze e le degenerazioni del sistema politico italiano. Mentre per un tentativo di rinverdire contro l'invadenza della classe politica progettualità tipicamente ottocentesche (nella specie il celebre discorso di Bergamo di Silvio Spaventa *Giustizia nell'amministrazione*, ora in ID., *La politica della Destra. Scritti e discorsi* raccolti da Benedetto Croce, Bari, 1910, pp. 55 e ss.) cfr. il *pamphlet* di G. GUARINO, *Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1985.

per quell'amministrazione dello « Stato di servizi » che è prima di tutto un'amministrazione diretta (77).

La politicizzazione delle istituzioni ha reso troppo valicabile quella linea di confine, cui Kelsen ancora credeva, tra legittima influenza dei partiti nel gioco costituzionale ed illegittima interferenza nel santuario dell'esecuzione: se la pubblica amministrazione oggi sta stretta sotto il mantello dell'interpretazione kelseniana della democrazia dell'esecuzione, non è tanto perché quell'interpretazione costituiva un rigurgito di autocrazia necessario per disinnescare la « repubblica dei consigli », ma perché la legalità ha perso di effettività e di garanzia con il venir meno del modello dell'imperatività, con la « fuga » dell'azione degli apparati nel diritto privato, con l'impetuosa *Gesetzesflut*, con l'affiancarsi di una *zweckprogrammierte Verwaltung* ad un'amministrazione « regolata » secondo il tradizionale modulo condizionale d'indicazione del contenuto normativo (78).

Appannatisi oggi gli entusiasmi pluralistici e partecipativi (79), individuati i limiti intrinseci che le possibilità offerte dalla *Partizipation* e dal procedimento offrono nel compensare i deficit di legittimazione del potere amministrativo (80), in un momento in cui alle strutture, ai servizi, alle funzioni amministrative si chiede sopra tutto efficienza, la problematica di *Demokratie und Verwaltung* può forse suonare anacronistica.

Se la vogliamo comunque riaprire, non possiamo più affidarci con la stessa fiducia di Hans Kelsen a quel tipo ideale di legalità

---

(77) NIGRO, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, cit., p. 225, per l'« abisso » che divide « l'amministrazione accentrata ed unitaria, legalistica ed autoritativa, separata ed astratta dello stato liberale da quella pluralistica e discentrata, procedimentalizzata e concordataria, servente e giustiziale dello stato di servizi ».

(78) Cfr. *retro* la nota 179 (prima parte - seconda sezione).

(79) STOLLEIS, *Parteienstaatlichkeit*, cit., p. 21: « die Zeit der optimistischen Pluralismustheorien scheint vorbei zu sein. Die Ungleichgewichte und Blockierungen des Willensbildungsprozesses werden heute schärfer gesehen ».

(80) Cfr. W. SCHMITT GLAESER, *Partizipation an Verwaltungsentscheidungen*, cit., pp. 203 e ss.; R. WAHL, *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, cit., pp. 185-86.

che appare oggi incapace di restituirci in tutte le sue fattezze il volto dell'amministrazione contemporanea.

2. *Il potere « neutrale »: la missione politica della burocrazia nella crisi della Repubblica di Weimar.*

Esauritisi i « furori » consiliari, sposata da parte dei socialisti maggioritari la logica, « necessitata », della continuità amministrativa, la parola d'ordine della *Demokratisierung der Verwaltung* si spense rapidamente, non divenne un nodo centrale delle contrapposizioni politiche alla *Nationalversammlung* che vide solo i gruppi dell'estrema sinistra impegnarsi nella difesa del programma di Erfurt e per una formulazione di quello che sarebbe poi divenuto l'articolo 129 della costituzione ispirata al principio guida del *Wahlbeamtentum* ([81]).

Non si chiusero naturalmente con l'approvazione delle disposizioni costituzionali i problemi della politica burocratica ed in particolare di una *Personalpolitik* che nel drammatico susseguirsi degli omicidi politici e dei tentativi di *Putsch* si veniva intrecciando sempre più agli stessi destini della Repubblica ([82]): la parola d'ordine del ministro socialdemocratico degli interni della Prussia, Carl Severing, — « das Beamtenrevirement zum Schutz der Republik » ([83]) — dimostrava con chiarezza quali significati stesse

---

([81]) La *Fassung* proposta dall'USPD per il primo comma dell'articolo 129 recitava: « Die Beamten werden durch Wahl berufen ». Vedila citata in FENSKE, *Beamtenpolitik in der Weimarer Republik*, cit., p. 120. Si vedano anche le indicazioni fornite *retro* nota 6.

Sulla rinuncia della SPD a quella parte del programma di Erfurt del 1891 che prevedeva la « Wahl der Behörden durch das Volk », cfr. HATTENHAUER, *Geschichte des Beamtentums*, cit., pp. 301 e ss.

([82]) FENSKE, *Beamtenpolitik in der Weimarer Republik*, cit., pp. 122-23 in particolare sugli scarsi effetti concreti della *Beamtenpolitik* dei primi governi della Repubblica e sulla limitata incidenza della legge 21 luglio 1922 « über die Pflichten der Beamten zum Schutz der Republik » approvata subito dopo l'omicidio di Walter Rathenau in collegamento con il *Republikschutzgesetz*.

([83]) Sulla politica di Carl Severing in Prussia cfr. ROSENBERG, *Storia della repubblica di Weimar*, cit., pp. 186 e ss.; ed in particolare sulla po-

assumendo il programma di democratizzazione di un apparato che solo con forti resistenze e grande diffidenza, se non addirittura ostilità, si avvicinava al nuovo ordinamento costituzionale ([84]).

Gli scarsi successi che in questa direzione registrò il programma di democratizzazione condizionarono non poco la precarietà di una repubblica nata « ohne republikanische Beamte » ([85]) che se non trovò nell'apparato burocratico un fattore diretto della propria crisi, non vi trovò neppure un potenziale attivo per la propria difesa, un baluardo contro i processi di disgregazione del patrimonio costituzionale ([86]).

Se la politica burocratica s'insabbia in tentativi, per lo più destinati al fallimento, di conquistare alla Repubblica e alle sue istituzioni costituzionali il *monarchisches Beamtentum*, con l'affossamento della prospettiva consiliare anche i propositi di adeguare le strutture amministrative alla nuova forma di governo furono immolati alle ragioni di una rigida continuità.

---

litica burocratica, W. RUNGE, *Politik und Beamtentum im Parteienstaat. Die Demokratisierung der politischen Beamten in Preussen zwischen 1918 und 1933*, cit., pp. 100 e ss. Mentre sul ritorno di Severing (già ministro degli interni federale nell'ultimo gabinetto parlamentare della Repubblica, guidato da Hermann Müller) alla carica di ministro degli interni prussiano nell'autunno 1930 come « arma » di difesa contro il montante movimento nazista, cfr. M. BROSZAT, *Die Machtergreifung. Der Aufstieg der NSDAP und die Zerstörung der Weimarer Republik*, München, 1984, trad. ital. *Da Weimar a Hitler*, Bari, 1986, pp. 65 e ss.

([84]) H. SCHMAHL, *Disziplinarrecht und politische Betätigung der Beamten in der Weimarer Republik*, cit., pp. 43 e ss., per la ricostruzione delle controversie che già nel 1919 infuriarono sulla nuova formula di giuramento dei *Beamte*: (« Ich schwöre Treue der Reichsverfassung ») e che costrinsero il governo a limitare la « fedeltà » della burocrazia alla stretta attività di servizio, anche in relazione alla disposizione dell'articolo 130 comma 2 della *Reichsverfassung* secondo il quale « Allen Beamten wird die Freiheit ihrer politischen Gesinnung und die Vereinigungsfreiheit gewährleistet ». Cfr. anche MORSEY, *Beamtenschaft und Verwaltung zwischen Republik und 'Neuem Staat'*, cit., p. 155.

([85]) MORSEY, *Zur Beamtenpolitik des Reiches von Bismarck bis Brüning*, cit., p. 111.

([86]) MORSEY, *Beamtenschaft und Verwaltung zwischen Republik und 'Neuem Staat'*, cit., pp. 166-68; H. SCHULZE, *Weimar. Deutschland 1917-1933*, cit., pp. 105 e ss.

L'unica, importante eccezione fu rappresentata dall'estensione, sulla base dell'articolo 17 della *Reichsverfassung*, del sistema proporzionale anche all'elezione degli organi rappresentativi di *Länder* e comuni: un tentativo di riforma che venne però quasi subito sentito da parte di una copiosa letteratura come responsabile di un processo di politicizzazione dell'amministrazione comunale che snaturava la tradizione della *Selbstverwaltung* e all'origine di una crisi che da questa si andava propagando per tutto il *Reich* ([87]).

L'*Amtsproblem* ([88]) si dislocava così, anche nelle pagine dei giuristi, secondo una direttrice del tutto confliggente con gli iniziali entusiasmi « democratici » e la difficile coesistenza tra democrazia e amministrazione, le preoccupazioni per il rapporto antinomico tra i processi di burocratizzazione dello Stato moderno e quelli di democratizzazione del sistema politico si convertono presto in timori di tutt'altro segno che affidano ormai senza riserve proprio a quello stesso *Berufsbeamtentum* una decisiva « missione politica » nei confronti di quel mondo dei partiti, questo sì sentito e vissuto come grave anomalia costituzionale, come principale responsabile dei fenomeni di dissoluzione dell'unità statale ([89]).

Del resto, lo stesso testo costituzionale autorizzava una lettura giuridica del sistema politico weimariano nel senso del rifiuto del così detto « Parteienstaat » ([90]), una formula che si diffuse

---

([87]) D. REBENTISCH, *Die Selbstverwaltung in der Weimarer Zeit*, cit., pp. 86 e ss. e cfr. *retro* il primo capitolo della seconda parte.

([88]) Secondo una distinzione tra « Amts- » e « Beamtenproblem » utilizzata da A. KÖTTGEN, *Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie*, Berlin und Leipzig, 1928, p. 4.

([89]) Da ultimo LANCHESTER, *Alle origini di Weimar*, cit., pp. 229 e ss.

([90]) E in questo senso ancora oggi E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. VI, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Stuttgart, 1981, p. 511, secondo il quale, con gli articoli 128-131, la costituzione avrebbe conservato il *Beamtenstaat* non limitandosi quindi a fondare un puro *Parlamentsstaat*. E sulla controversia Conze-Bracher sulla possibilità di definire la Repubblica di Weimar uno « Stato di partiti » cfr. *retro* nota 68 (seconda parte). Secondo STOLLEIS, *Parteienstaatlichkeit*, cit., pp. 7 e ss., il termine « Parteienstaat » compare, forse per la prima volta, nei saggi di O. KOELLREUTTER, *Die politischen Parteien im modernen Staat*,

rapidamente a partire dalla seconda metà degli anni '20, ma con segni valutativi fortemente differenziati.

La *Reichsverfassung* nominava infatti la parola « Partei » una sola volta e per di più in quell'articolo 130 dedicato proprio alla burocrazia che al primo comma proclamava il principio secondo il quale « die Beamten sind Diener der Gesamtheit, nicht einer Partei ».

Una formulazione certo non felice ([91]), non tanto per l'affermazione del principio in quanto tale, del tutto coerente — si veda la formula adottata dall'articolo 98 comma 1 della Costituzione della Repubblica italiana ([92]) — se interpretato in funzione della necessaria imparzialità dell'azione amministrativa, ma non altrettanto « neutrale » in un testo costituzionale come la *Reichsverfassung* che nessuna altra disposizione dedicava alla figura e alle funzioni del partito politico.

In quest'ultimo caso la contrapposizione tra « Gesamtheit » e « Partei », complicata anche dalla disposizione del secondo comma dell'articolo 130 che riconosceva ai pubblici impiegati « die Freiheit ihrer politischen Gesinnung », lasciava un varco di notevole ampiezza alla legittimazione, almeno formale, dei tentativi di conservare alla burocrazia il ruolo di decisivo fattore costituzionale.

Nella particolare situazione del primo dopoguerra e di fronte alla tradizionale compattezza ed efficienza del ceto burocratico tedesco, l'articolo proiettava in modo equivoco sul sistema politico repubblicano l'ombra di un conflitto tra *Parlaments-* e *Beamtenstaat* ([93]), tra partiti e statualità che non tardò a risvegliarsi, una

---

cit.; ID., *Der deutsche Staat als Bundesstaat und als Parteienstaat*, cit. Si veda comunque, per un'importante anticipazione, lo scritto di Richard Thoma, citato *infra* nota 95.

([91]) MORSEY, *Beamtenschaft und Verwaltung zwischen Republik und 'Neuem Staat'*, cit., p. 154.

([92]) Sul quale basti qui rinviare a F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, 5ª ed., Padova, 1975, pp. 247-48.

([93]) Ancora MORSEY, *Beamtenschaft und Verwaltung zwischen Republik und 'Neuem Staat'*, cit., p. 154; E.R. HUBER, *Die Weimarer Reichsverfassung*, cit., p. 511.

volta compiuti, senza successo, gli sforzi di democratizzazione dell'apparato amministrativo.

Lo stesso, celebre, discorso pronunciato da Heinrich Triepel dall'autorevole tribuna del rettorato della università di Berlino nell'agosto del 1927 — e dedicato appunto a *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien* (94) — pur del tutto confliggente con le posizioni sostenute sul problema « partito » da un Kelsen o da un Thoma (95), non poteva considerarsi direttamente eversivo della *Reichsverfassung* e tendeva anzi a presentarsi come un'interpretazione puntuale del testo costituzionale.

Secondo Triepel (96) proprio l'articolo 130 individuava una clausola generale che si riassumeva in « eine deutliche Wendung gegen den Gedanken des Parteienstaates » e che non solo costringeva il giurista a ricostruire altrove la statualità, il più lontano possibile dalla mutevole ed inaffidabile volontà di queste formazioni sociali — « die unberechenbarsten aller Massenzusammenhänge » —, ma confinava il partito — « als etwas Nichtstaatliches » — in un indistinto sociale, irrilevante — non tuttavia nell'effettività e di qui i problemi e le apprensioni del costituzionalista — per la formazione della volontà dello Stato (97).

---

(94) H. TRIEPEL, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, cit. E su questa *Rektoratsrede* di Triepel ed in generale sulla « Kritik am Parteienstaat » nel passaggio dalla democrazia parlamentare al *Präsidialstaat* cfr. BRACHER, *Die Auflösung der Weimarer Republik*, cit., pp. 34 e ss.; SONTHEIMER, *Antidemokratisches Denken*, cit., pp. 86 e ss. e sulla vita e le opere di Heinrich Triepel (1868-1946) cfr. A. HOLLERBACH, *Zu Leben und Werk Heinrich Triepels*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 91 (1966), pp. 417 e ss.

(95) KELSEN, *Das Problem des Parlamentarismus*, cit., pp. 181 e ss.; ID., *Vom Wesen und Wert*, (2ª ed.), cit., pp. 23 e ss.; R. THOMA, *Der Begriff der modernen Demokratie in seinem Verhältnis zum Staatsbegriff. Prolegomena zu einer Analyse des demokratischen Staates der Gegenwart*, in *Hauptprobleme der Soziologie. Erinnerungsgabe für Max Weber*, Bd. 2, Berlin, 1923, pp. 37 e ss., e spec. p. 95: « Demokratien sind notwendig immer irgendwie Parteienstaaten ».

(96) È infatti ad Heinrich Triepel che si rifà Karl Dietrich Bracher per negare alla repubblica weimariana il carattere di « Stato di partiti »: *Geschichte und Gewalt. Zur Politik im 20. Jahrhundert*, cit., p. 78.

(97) TRIEPEL, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, cit., pp. 28-30.

La constatazione che posizioni di questo tipo emergevano all'interno di quel *Methodenstreit* che aveva individuato nelle vuotezze formalistiche della Scuola di Vienna uno degli obiettivi polemici prioritari e che, con molta consapevolezza, svelava l'insopprimibile natura politica del diritto pubblico ([98]) — e che su questa base reclamava l'esigenza di una *teleologische Methode* che adeguasse gli strumenti del giurista ai giudizi di valore necessari per risolvere i conflitti d'interesse che solcavano lo *Staatsrecht* — niente toglie al fatto che simili « innovazioni » metodologiche erano poi in ultima analisi costrette a riscoprire armamentari concettuali del tutto tradizionali, dall'organicismo alla « Rechtsidee » sino alla « ewige Gerechtigkeit » che potessero illuminare il lavoro del costituzionalista ([99]).

E di lì a poco proprio su formule di questo tipo s'iniziò a lavorare per individuare i concreti fattori costituzionali cui affidare il « salvataggio » di quella *Staatsidee*, dispersa nell'inaffidabile e conflittuale pluralità dei gruppi politici.

Così, già nel 1926, in un volumetto in cui si passano al setaccio « Wirksamkeit und Grenzen des deutschen Parteienstaates », Otto Koellreutter ha già individuato nella burocrazia professionale il baluardo principale contro il « soffocante » Stato dei partiti ([100]).

La spoliticizzazione diventa allora un obiettivo da conseguire non più in funzione di quella democrazia della legislazione che nell'imparzialità dell'esecuzione trova una conferma della sovranità del Parlamento e della legittima superiorità costituzionale della

---

([98]) ID., *Staatsrecht und Politik*, cit., p. 12: « das Staatsrecht hat ja im Grunde gar keinen anderen Gegenstand als das Politische ». E sulla letteratura relativa alle controversie metodologiche della *Staatslehre* weimariana cfr. retro nota 117 (prima parte - seconda sezione).

([99]) Cfr. TRIEPEL, *Staatsrecht und Politik*, cit., p. 40; ID., *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, cit., p. 36: « denn eine sichere Schutzwehr gegen das Vordringen des Parteienstaates wird erst dann aufgerichtet sein, wenn die atomistisch-individualistische Staatsauffassung, aus der er geboren ist, aufgegeben und durch eine organische ersetzt worden ist ».

([100]) KOELLREUTTER, *Die politischen Parteien im modernen Staate*, cit., pp. 86 e ss.

sfera d'intervento dei partiti nella « determinazione della politica nazionale » ([101]) e diviene un diretto « Gegensatz zur der parlamentarischen Führung », che proprio per questa funzione antiparlamentare si rimette fiducioso al patrimonio storico e alla tradizione consolidata offerti dalla continuità del « deutsche Beamtentum » ([102]).

Di contro all'incapacità dei partiti di rappresentare il tessuto sociale o meglio di fronte alla possibilità di vederlo restituito esclusivamente nella conflittualità che lo contraddistingue, la burocrazia oppone la sua immediata consonanza « mit Volk und Staat » ed offre così al costituzionalista l'ultimo appiglio per ricostruire su di una base organicisticamente unitaria l'essenza della statualità ([103]).

È comunque nel periodo che va dal ritorno della SPD al governo nel 1928 sino al passaggio delle consegne dalla *grosse Koalition* e dal governo Müller nelle mani di Brüning e quindi nel momento in cui il *Parteienstaat* cede alla repubblica presidenziale ([104]) che tutta questa tematica entra nel vivo ed i topoi tradizionali che ruotano intorno al principio di *Eigenständigkeit* del potere amministrativo acquistano nuovi e precisi significati costituzionali.

A questo punto il nucleo problematico che ha accompagnato la questione burocratica abbandona — salvo che in alcune isolate riprese in personaggi in posizione di fronda rispetto all'*opinio communis* quali Heller o Kirchheimer ([105]) — i profili della lega-

---

([101]) Per usare l'espressione dell'articolo 49 della Costituzione della Repubblica italiana.

([102]) KOELLREUTTER, *Die politischen Parteien im modernen Staate*, cit., p. 80: « denn im deutschen Verwaltungsstaate ist das Fachbeamtentum im Gegensatz zu der parlamentarischen Führung das ältere Element und Träger der staatlichen Tradition ».

([103]) ID., *Der deutsche Staat als Bundestaat und als Parteienstaat*, cit., p. 37.

([104]) Cfr. BRACHER, *Die Auflösung der Weimarer Republik*, cit., pp. 26 e ss. e il capitolo « Von der parlamentarischen Demokratie zum Präsidialstaat ».

([105]) Lo vedremo poco più sotto. Abbiamo invece ricostruito la posizione della Scuola di Vienna nel primo capitolo di questa parte del lavoro.

lità e della natura esecutiva della funzione amministrativa — profili che conservano comunque un loro significato « tecnico » nella tradizionale letteratura amministrativa dei manuali — e l'accento si sposta verso modelli concettuali in grado di fissare nuovi momenti d'identità tra *Staat* e *Beamtentum*.

In questa direzione un posto di rilievo spetta proprio ad un allievo di Otto Koellreutter, quell'Arnold Köttgen che negli stessi anni abbiamo trovato impegnatissimo a pilotare i processi di trasformazione dell'amministrazione verso rassicuranti binari pubblicistici — è il caso della *öffentliche Anstalt* o dell'attività economica dello Stato — e a svelare, insieme ad Ernst Forsthoff, i meandri della « Krise der kommunalen Selbstverwaltung » — un tema ulteriore in cui ancora una volta sia i rapporti tra politica (partiti) e burocrazia sia quelli tra apparati pubblici e processo economico giocano un ruolo decisivo.

Proprio in una monografia di Köttgen dal titolo a prima vista ingannevole di *Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie* ([106]), pubblicata nel 1928, il rapporto tra democrazia e amministrazione porta a compimento la propria parabola e le ormai lontane preoccupazioni di Max Weber si convertono in preoccupazioni di segno diametralmente opposto.

La traccia è quella additata due anni prima da Koellreutter e non sarebbe di per sé particolarmente originale rispetto a quella « tradizione storica dello Stato tedesco (di) pensare innanzitutto alle istituzioni ed ai metodi di uno Stato burocratico ed in ciò cercare il vero contrappeso agli effetti dissolventi del labile Stato delle coalizioni partitiche » ([107]), se proprio questa tradizione non

([106]) A. KÖTTGEN, *Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie*, cit. Si può vedere, sempre dello stesso Köttgen, anche il volumetto *Beamtenrecht*, Breslau, 1928 ed in particolare il capitolo riassuntivo « Der deutsche Beamte in der Gegenwart », pp. 13 e ss.

([107]) SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 156; ID., *Das Problem der innerpolitischen Neutralität des Staates*, 1930, ora in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, p. 45: « die gegenwärtigen Zustände in Deutschland sind dadurch gekennzeichnet, dass die staatliche Willensbildung auf labile, von Fall zu Fall wechselnde Parlamentsmehrheiten zahlreicher, in jeder Hinsicht heterogener Parteien angewiesen ist. Der Staat ist, mit einem Wort, ein *labiler Koalitions-Parteien-Staat* ».

venisse in modo assai consapevole piegata alle esigenze della repubblica di Weimar ed altrettanto lucidamente « attualizzata ».

Nelle pagine di Köttgen la parola d'ordine della *Entpolitisierung* che nella genericità dell'opzione « via i partiti dall'amministrazione » poteva contare non solo sulla lettera dell'articolo 130, ma su di un raggio di consensi quasi unanime nella stessa giuspubblicistica, compie una metamorfosi completa e l'identità spoliticizzazione-legalità — o nel linguaggio della Scuola di Vienna il primato della « Demokratie der Gesetzgebung » sulla « Demokratie der Vollziehung » — si trasformano in un nuovo asse concettuale che in modo solo apparentemente contraddittorio coniuga spoliticizzazione e fuga dai partiti con la fondazione di una nuova « missione politica » e di nuovi parametri della neutralità.

Gli argomenti, presi isolatamente, possono anche appartenere al patrimonio consolidato del problema burocratico: ritroviamo perciò le posizioni di Hugo Preuss e di Max Weber che difendono nelle discussioni costituzionali immediatamente successive alla caduta dell'Impero guglielmino la necessità di una burocrazia professionale anche in un sistema politico democratico, che sostengono la totale inadeguatezza di un'organizzazione di tipo onorario ormai confliggente con la tendenza inarrestabile alla specializzazione e quindi con gli stessi processi di modernizzazione ([108]).

E ritroviamo il *corpus* normativo cui il costituente ha affidato le proprie scelte in materia burocratica ed in particolare ancora quell'articolo 130 che sembra indirizzare tutte le riflessioni sui

---

([108]) KÖTTGEN, *Das deutsche Berufsbeamtentum*, cit., pp. 40-41. Cfr. M. WEBER, *Deutschlands künftige Staatsform*, in *Frankfurter Zeitung*, 1918, trad. ital., *La futura forma istituzionale della Germania*, in ID., *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania e altri scritti politici*, cit., p. 268: « l'amministrazione sarà anche in tutti gli anni a venire un'amministrazione esercitata da *funzionari di professione*. E fondamentalmente da funzionari di professione *nominati* dall'alto, *non* eletti dal popolo ». Di Hugo Preuss si può vedere l'intervento alla 59ª seduta (giovedì 17 luglio 1919) della *Nationalversammlung* (riportata in *Die deutsche Nationalversammlung im Jahre 1919 in ihrer Arbeit für den Aufbau des neuen deutschen Volksstaates*, hrsg. von E. Heilfron, Berlin, o.J., Bd. VI, pp. 3973-75, che accoglie la « Verankerung » dei *Beamtenrechte* nel testo costituzionale anche come risposta alle preoccupazioni, diffuse fra i pubblici impiegati, per una « Beseitigung » dell'intero apparato burocratico.

rapporti tra *Beamtentum* e *Partei* e che dà origine a quel binomio tra democrazia e burocrazia che ritroviamo nello stesso titolo del lavoro di Köttgen.

Ma delle preoccupazioni weberiane, dei timori kelseniani per una burocrazia che possiede la tendenza, innata, a tradursi in autocrazia non c'è più traccia: gli scopi e gli obiettivi sono precisamente opposti e tutti gli sforzi vengono indirizzati a mettere in rilievo « die Bedeutung der Staatsidee für das Beamtentum » ([109]).

Il blocco normativo fondato sull'articolo 130 si proietta ben oltre gli angusti e specifici confini dell'imparzialità amministrativa per abbracciare a pieno titolo un livello eminentemente costituzionale su cui costruire una precisa e solida alternativa al sistema parlamentare.

La *Entpolitisierung* e la liberazione degli apparati dalle influenze nefaste dei partiti passano a questo punto in secondo piano e tutta l'argomentazione è ormai rivolta a ricercare nuovi cementi ideologici su cui erigere un vincolo necessario e strettissimo tra *Beamtentum* e *Staat*.

La distanza concettuale necessaria per fondare un canale rappresentativo parallelo e alternativo a quello della rappresentanza politica si accorcia in un lampo ed il corposo modello della *Nation* va a sostituirsi all'evanescente e « farblose » espressione di *Gesamtheit*, in cui, sempre all'articolo 130, « in modo spiacevole » il costituente ha preteso di costringere la volontà, questa però chiarissima per Köttgen, di ricondurre la burocrazia professionale alla « nationale Staatsidee », a quel « metaphisisches Band » che ne scandisce la vigorosa continuità storica ([110]).

E di fronte a questa prodigiosa continuità la costituzione diventa un episodio marginale; la trasformazione radicale della forma di governo, attuata con la rivoluzione del novembre 1918, si conferma una variabile poco significativa di un sistema politico che può forse cambiare i propri *idola*, ma che trova nel modello vivissimo della « lebendige Nation » il rassicurante e diretto « Nachfolger des Monarchen » ([111]).

([109]) KÖTTGEN, *Das deutsche Berufsbeamtentum*, cit., p. 90.
([110]) *Ibid.*, p. 75.
([111]) *Ibid.*, p. 119.

L'apparato burocratico si conferma un corpo estraneo al sistema repubblicano, dotato di una propria ed autonoma vitalità; le stesse disposizioni della *Reichsverfassung*, anche quando coinvolgono le posizioni soggettive dei singoli impiegati, non possono immiserirsi nela formula consueta del diritto soggettivo e divengono una « garanzia istituzionale » della stessa burocrazia professionale ([112]), il riconoscimento della rilevanza costituzionale dell'autonomia che nel nuovo ordinamento conserva un corpo preso di peso dall'Impero guglielmino e da questo trapiantato negli esili equilibri weimariani.

Le controversie che nei primi anni della Repubblica si erano addensate sul problema del giuramento dei pubblici impiegati al nuovo ordinamento costituzionale sono recise di netto: non può essere un giuramento pronunciato su di una costituzione, che come tale rimane sempre « ein totes Gesetz », a sostituire quel vincolo personale tra il funzionario e lo Stato che nella monarchia legava la burocrazia al proprio sovrano — « nicht einer toten Verfassung, sondern der lebendigen Nation dient der Beamte » ([113]).

Fatta giustizia dell'evanescenza e dell'impalpabilità della norma giuridica astratta, la burocrazia scopre di possedere un proprio elemento rappresentativo ed il *Beamte* da « Diener der Gesamtheit » si ritrova membro di una « Gesinnungsgemeinschaft » del tutto speculare rispetto al partito: la burocrazia nella sua complessità acquista così il significato di « ein eigenes politisches Kraftzentrum » ([114]).

L'imparzialità amministrativa, la neutrale oggettività dell'apparato esecutivo di un sistema legislativo nel quale si devono scaricare gli impulsi politici della collettività e il conflitto-confronto tra i partiti sono lontanissimi, sepolti da una dimensione costituzionale che a tutti i costi ripercuote — in una nuova lettura, certo, tutta giocata sulla diversa realtà dello Stato parlamentare

---

([112]) SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 231.

([113]) KÖTTGEN, *Das deutsche Berufsbeamtentum*, cit., pp. 118-19 e cfr. *retro* nota 84.

([114]) *Ibid.*, p. 132; e pp. 267 e ss.: la burocrazia è divenuta nello Stato parlamentare « ein eigener, ein selbständiger Faktor in dem allgemeinen politischen System ».

— sugli equilibri di Weimar un principio monarchico sopravvissuto a se stesso, anima durevole degli equilibri costituzionali e delle costruzioni giuridiche.

Ai deputati « Vertreter des ganzen Volkes » ([115]) si affianca la burocrazia professionale come « Diener der Gesamtheit », in un combinato normativo quanto meno dubbio, ma sufficiente a legittimare la funzione costituzionale della burocrazia, il vero contenuto di quella « garanzia istituzionale » infelicemente offerta dalla *Reichsverfassung*. Ecco la « politische Mission des Beamtentums », di una burocrazia chiamata, in un sistema di potere che prevede ormai una pluralità di centri politici, a garantire la « Staatsstabilität », a proseguire nell'ordinamento repubblicano il compito assicurato sino al 1918 dalla Corona ([116]).

Al « movimento » insicuro e fluttuante, inaffidabile ed incerto delle forze politiche — a quella stessa *Bewegung* che troveremo di lì a pochi anni fattore decisivo e fondamentale della « politische Einheit » ([117]) — la burocrazia oppone la stabilità che le deriva dalla propria continuità storica: la *Staatsverfassung* che Heinrich Triepel vedeva precariamente edificabile sulle mutevoli ed irresponsabili, contraddittorie e conflittuali ideologie dei partiti, ha già trovato delle sicure e solide fondamenta.

Neutralità e spoliticizzazioni rinnovano una tradizione consolidata: quante volte da Rudolf von Gneist in poi — e solo per rimanere alle scansioni cronologiche dell'Impero guglielmino — Stato di diritto e statualità sono stati pensati, progettati, costruiti il più possibile lontano dall'instabilità del governo parlamentare, « die Möglichkeit einer gesetzmässigen Regierung durch Parlamentsparteien und Parteienministerien » ([118]) è stata affidata alle strutture amministrative, alle rassicuranti mani della *Verwaltung*!

([115]) Così infatti recitava l'articolo 21 della *Reichsverfassung*: « Die Abgeordneten sind Vertreter des ganzen Volkes. Sie sind nur ihrem Gewissen unterworfen und an Aufträge nicht gebunden ».

([116]) KÖTTGEN, *Das deutsche Berufsbeamtentum*, cit., p. 123.

([117]) SCHMITT, *Stato, movimento, popolo*, cit. e cfr. *retro* il terzo capitolo della seconda parte.

([118]) GNEIST, *Selfgovernment, Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England*, cit., p. 516.

Ma appunto rinnovano quella tradizione: non più una neutralità che si esaurisce nella giuridicizzazione della vita politica, una neutralità fatta di semplice opposizione di burocrazia e partito, di legalità e di politicità, ma una spoliticizzazione che è tale solo in quanto significa un distaccarsi dalla politica dei partiti per un'altra politica, tutta alternativa a quella, fondata su di una *Staatsidee* che trasforma in « Treuverhältnis » il rapporto di pubblico impiego — e che di conseguenza richiede precise distinzioni tra economia e amministrazione per evitare il disperdersi della sovranità in una visione esclusivamente economicistica — e che offre, di contro alla visione conflittuale del sociale propria della rappresentanza politica, l'immediata, sicura, organica visibilità della *Staatlichkeit* ([119]).

La « parteipolitische Neutralisierung » ([120]) non è più allora la premessa indispensabile per offrire al contenuto politico della legge la possibilità di diffondersi nell'ordinamento, ma la condizione essenziale della stessa missione politica della burocrazia.

L'autonomia dal partito e la libertà dal Parlamento — neppure in un sistema parlamentare si può infatti affidare al Parla-

---

([119]) KÖTTGEN, *Das deutsche Berufsbeamtentum*, cit., pp. 115 e ss.; ID., *Die Entwicklung des deutschen Beamtenrechts und die Bedeutung des Beamtentums im Staat der Gegenwart*, in *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, hrsg. von G. Anschütz und R. Thoma, Bd. 2, cit., p. 9. Cfr. anche *retro* il primo e il secondo capitolo della seconda parte del lavoro. Mentre per un'altra voce contraria alla *Entbeamtung*, dato che « die Beamten die Organe des Staates sind, die Beamtenschaft den Staat selbst darstellt », cfr. F. GIESE, *Das Berufsbeamtentum im deutschen Volksstaat*, Berlin, 1929, p. 25.

([120]) KÖTTGEN, *Das deutsche Berufsbeamtentum*, cit., p. 264. Cfr. anche ID., *Politische Betätigung des Beamtenschaft*, in *Verwaltungsarchiv*, 37 (1932), pp. 247-71.

Si veda infine la critica, molto significativa, di Köttgen (*Das deutsche Berufsbeamtentum*, cit., p. 117 in nota) al tentativo di Hans Nawiasky (*Die Stellung des Berufsbeamtentums im parlamentarischen Staat*, München, 1926) di prospettare una « ' negative ' Überparteilichkeit » della burocrazia, funzionale a quel *parlamentarische Staat* che « in der heutigen Gesamtlage der gesellschaftlichen Entwicklung die gegebene Form der Ordnung des öffentlichen Lebens ist » e che trova il proprio principale fondamento nella necessità di incanalare la « steigende Differenzierung der Bevölkerung » (*Die Stellung des Berufsbeamtentum*, cit., p. 7).

mento « keinerlei Einfluss auf die Verwaltungsgeschäfte », e con questo delle preoccupazioni weberiane si fa definitiva giustizia ([121]) — rappresentano i corollari necessari di quell'assoluta « Selbständigkeit » che sola può permettere alla burocrazia di erigersi ad « eigener, selbständiger Faktor in dem allgemeinen politischen System » ([122]).

In questo radicale, totale, irreversibile capovolgimento della « questione burocratica », il disegno dei giuristi o meglio di quella fetta consistente della scienza giuridica destinata a svolgere un ruolo di tutto rilievo sotto il nazismo, acquista i toni sicuri ed inconfondibili del disegno unitario.

Certo, non troveremo nessuna monoliticità se nelle pagine di Hans Gerber si riproporranno più tradizionali distinzioni tra politica e burocrazia, tra « Rechtsfunktion » e « politische Funktion » ed il salvataggio della burocrazia come *Kraftquelle* e della statualità in pericolo sarà affidato ad una neutralità ideologica principale garanzia del mantenimento dello Stato — « denn in erster Linie durch sein Beamtentum besteht der Staat als Macht » ([123]) — oppure se l'idea di estendere alla burocrazia il concetto di *Repräsentation* incontrerà proprio in Leibholz e Schmitt due decisi oppositori ([124]).

([121]) ID., *Die Entwicklung des deutschen Beamtenrechts*, cit., p. 9. E per le preoccupazioni weberiane cui accenniamo nel testo vedi *retro* il primo capitolo.

([122]) KÖTTGEN, *Das deutsche Berufsbeamtentum*, cit., p. 267.

([123]) H. GERBER, *Entwicklung und Reform des Beamtenrechts*, in *VVDStRL*, Heft 7, Berlin und Leipzig, 1931, pp. 16 e ss.; ID., *Vom Begriff und Wesen des Beamtentums*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, LVII (1930), p. 85.

([124]) Cfr. in particolare KÖTTGEN, *Die Entwicklung des deutschen Beamtenrechts*, cit., pp. 6 e ss. per l'inserimento del *Beamte* fra le figure « rappresentative » all'interno dell'organizzazione dello Stato. Di contrario avviso invece SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., pp. 357-60, che proprio negando ogni elemento di rappresentanza all'amministrazione esclude anche — già a livello teorico — ogni possibilità di democratizzazione delle strutture amministrative (« Un'amministrazione attuata secondo il principio dell'identità democratica è praticamente impossibile e secondo principi democratici teoricamente non è neppure un problema, poiché nell'amministrazione (a differenza che nel governo) non c'è nessuna rappresentanza »). Cfr.

Ma scopriremo un convergere, anche se da punti di partenza diversi e secondo sviluppi che ammettono scansioni differenziate, verso una direttrice unitaria: l'autonomia della burocrazia, la necessità di affidare al *Beamtentum*, come più corposo elemento di continuità nei rivolgimenti costituzionali, un ruolo decisivo nel sistema politico rappresentano l'ultima tessera di un disegno multiforme, ora impegnato a disinnescare le novità strutturali delle trasformazioni amministrative e l'intersecarsi di Stato ed economia, di apparati e processo produttivo, ora a pilotare la *Wendung zum totalen Staat* verso un punto di ricostituzione dell'unità cui la burocrazia offre un perno insostituibile.

Trasformazioni dell'amministrazione, disgregazione dell'unità amministrativa e dell'unità politica in una moltitudine di tendenze policratiche e pluralistiche, rapida *Wendung zum Wirtschaftsstaat* costituiscono tutti gli ingredienti di un'analisi che legge invariabilmente sotto il segno della crisi la realtà conflittuale della Repubblica e che si adopera immediatamente per « salvarla », individuando i concreti *Träger* costituzionali cui affidare il ristabilimento dell'unità ([125]).

Se nelle pagine dedicate alla « erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand » la statualità è compromessa dall'allentarsi dei confini tra Stato e Società e tra economia e amministrazione e ci si affida a tipologie amministrative — l'*Anstalt*, per fare un esempio che ci è familiare — di sicura natura pubblicistica,

---

anche GERBER, *Entwicklung und Reform des Beamtenrechts*, cit., p. 23. Si veda infine G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems. Ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre*, Berlin und Leipzig, 1929, spec. pp. 72 e ss. per l'individuazione del carattere di *Unabhängigkeit* (di cui sarebbe sprovvista la burocrazia, dipendente dalla *Regierung*) come elemento fondamentale della posizione del rappresentante e quindi del concetto stesso di *Repräsentation*; e la critica di Arnold Köttgen nella recensione al volume di Leibholz apparsa in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 58 (1930), pp. 290 e ss. Qualche cenno a questo proposito in V. HARTMANN, *Repräsentation in der politischen Theorie und Staatslehre in Deutschland. Untersuchung zur Bedeutung und theoretischen Bestimmung der Repräsentation in der liberalen Staatslehre des Vormärz, der Theorie des Rechtspositivismus und der Weimarer Staatslehre*, Berlin, 1979, pp. 270 e ss.

([125]) Si vedano anche *retro* i primi due capitoli della seconda parte.

per recuperare una « razionalità » di distinzioni sommersa dal travolgere incalzante delle trasformazioni ([126]); in una dimensione più costituzionale quella stessa *Staatlichkeit* è preda del confliggere devastante dei partiti e la burocrazia ancora una volta s'incarica di fissare un binario lungo il quale rintracciare un'unità politica la cui dissoluzione rappresenta il presupposto « reale » che legittima appunto il suo ricostituirsi il più lontano possibile dal sistema parlamentare.

Entpolitisierung, *Neutralisierung*, ruolo e funzioni — politiche o giuridiche — della burocrazia sono comunque più che mai al centro dell'attenzione della giuspubblicistica se la stessa seduta — l'ultima prima della parentesi nazista e della ripresa del secondo dopoguerra — della *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* dedicata nel 1931 ad *Entwicklung und Reform des Beamtenrechtes*, ad una problematica cioè che doveva essere più tradizionalmente rivolta agli elementi « soggettivistici » del rapporto di pubblico impiego, finisce inevitabilmente per privilegiare il significato della burocrazia come « wichtige Grundeinrichtung des Staates » sugli aspetti più « tecnici » dell'instaurazione e della durata del rapporto o su quelli della retribuzione e della responsabilità del pubblico impiegato ([127]).

Sembrerebbe che il cerchio aperto con le riflessioni della Scuola di Vienna sui contrastati rapporti tra democrazia e amministrazione potesse chiudersi senza difficoltà visto che il ruolo di correlatore alla relazione di Hans Gerber è affidato proprio ad Adolf Merkl, di cui evidentemente fa fede la specializzazione sul tema risalente agli scritti di ormai dieci anni prima che già conosciamo ([128]).

In realtà invece quel primato della democrazia della legislazione elaborato dalla Scuola di Vienna in un'interpretazione forse centralizzatrice della democrazia, ma comunque sorto da preoccupazioni di tutt'altro genere rispetto a quelle che ormai monopoliz-

---

([126]) KÖTTGEN, *Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, cit.; ID., *Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt*, cit.

([127]) GERBER, *Entwicklung und Reform des Beamtenrechts*, cit., p. 3.

([128]) MERKL, *Entwicklung und Reform des Beamtenrechts*, cit., e cfr. *retro* il primo capitolo.

zano il dibattito tedesco ed in stretta contiguità con una visione della centralità del nesso tra politica, partiti, Parlamento che orienta tutto il disegno costituzionale, ha ormai scarse possibilità di recezione in un contesto come quello weimariano che ha imboccato la strada dei gabinetti presidenziali ed affida la propria legalità alle ordinanze emanate sulla base dell'articolo 48 ([129]).

La questione a questo punto non è più nemmeno tanto quella del venir meno del problema « democrazia » nell'ambito amministrativo, con la conferma di un'almeno relativa autonomia della struttura amministrativa rispetto alla forma di governo — che indirizza ormai in modo definitivo una posizione che nello stesso Merkl si era pure orientata secondo la prospettiva « Verwaltung und Staatsform » — e con la riproposizione quasi inalterata degli argomenti sostenuti in *Demokratie und Verwaltung.*

L'indispensabilità ed i vantaggi dell'organizzazione di tipo burocratico in relazione alla crescita della complessità dei compiti amministrativi; la spoliticizzazione come principale garanzia della « Rechtmässigkeit » e fondamentale ostacolo a quella « Gefahr der Demokratie » causato dall'ingresso del *Parteipolitiker* nel santuario della giustizia e della amministrazione rappresentano argomenti ed obiettivi prospettati senza grandi variazioni anche al congresso di Halle nell'ottobre 1931 ([130]).

E se il cerchio non si chiude la colpa non è tanto per i toni e le prospettive dell'intervento del correlatore, quell'Hans Gerber che nel panorama tedesco sulla spoliticizzazione ne offriva comunque un'interpretazione piuttosto moderata ([131]), ma perché nel rapido succedersi degli eventi che contraddistingue il declino della Repubblica, la parola d'ordine della « Entpolitisierung der Beam-

---

([129]) Basti qui rinviare a BRACHER, *Die Auflösung der Weimarer Republik*, cit., pp. 47 e ss. il paragrafo « Die Diktaturgewalt nach Artikel 48 »; SCHWAB, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., pp. 118 e ss.

([130]) MERKL, *Entwicklung und Reform des Beamtenrechts*, cit., p. 70 e pp. 127-30 lo *Schlusswort.* Il paragrafo « Verwaltung und Staatsform » compare, come sappiamo, in *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 334 e ss.

([131]) Notizie biografiche su Hans Gerber (1889-1981), con l'avvento del nazismo curatore dell'*Archiv des öffentlichen Rechts*, si possono leggere nel necrologio di M. BULLINGER, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 106 (1981), pp. 651-54.

tenschaft » — cui ancora l'anno precedente, nel 1930, lo stesso Hermann Heller si affidava, fiducioso nella possibilità di separare con nettezza « politische Führung » e « Ausführung », *Regierung* e *Verwaltung* ([132]) — non riesce più a conservare, anche nelle mani dei sinceri difensori della *Reichsverfassung*, il valore originario racchiuso nel primato della legalità.

In questo contesto l'interpretazione « legalistica » della *Entpolitisierung*, l'affidamento ad una linea di demarcazione tra politica e diritto tracciata a partire dal primato del principio di legalità rischiano di diventare formule evanescenti, crisalidi vuote ed inutilizzabili in un sistema costituzionale che sta trasformando i propri principi.

Lo svelò con grande lucidità Otto Kirchheimer nel 1932 in un saggio dal titolo di *Legalität und Legitimität* che esce con qualche anticipo sull'omonimo e contemporaneo saggio di Carl Schmitt ([133]).

L'irrompere di « un nuovo potere legittimo » sulla scena politica sta dando il colpo di grazia ad uno Stato legislativo stremato dalla rottura dei compromessi propri di una « democrazia contrattata », reso impotente di fronte alle « difficoltà di una democrazia divisa in classi » ([134]).

Ed in questa situazione, in una « sovranità democratico-popolare » saltata a piè pari nei processi di mediazione, in una « dissoluzione » dello Stato legislativo che emargina completamente dal gioco politico il Parlamento ed i partiti in esso rappresentati,

---

([132]) H. HELLER, *Das Berufsbeamtentum in der deutschen Demokratie*, in *Die Neue Rundschau*, 1930, ora in *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, *Recht, Staat, Macht*, cit., pp. 381 e ss. E più in generale sugli scritti di Heller negli ultimi anni di Weimar, cfr. A. BOLAFFI, *Verfassungskrise und Sozialdemokratie. Hermann Heller und die Kritiker der Weimarer Verfassung am Vorabend der Krise der Republik*, in *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*, cit., pp. 235 e ss.

([133]) O. KIRCHHEIMER, *Legalität und Legitimität*, in *Die Gesellschaft*, IX (1932), trad. ital. a cura di A. Bolaffi, *Legalità e illegittimità*, in ID., *La costituzione senza sovrano*, cit., pp. 115 e ss. Sulla datazione del saggio cfr. BOLAFFI, *Il dibattito sulla Costituzione e il problema della sovranità: saggio su Otto Kirchheimer*, cit., p. CVIII in nota.

([134]) RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., p. 30; KIRCHHEIMER, *Legalität und Legitimität*, cit., p. 116.

Entpolitisierung e « missione politica » della burocrazia trovano la loro definitiva conciliazione.

Nello stesso momento in cui il dissolversi dello Stato legislativo trascina irreparabilmente con sé una versione della spoliticizzazione ispirata proprio a quel primato della legge democraticamente approvata, compromesso ormai in modo irrimediabile, si allarga a dismisura lo spazio per il dispiegarsi della « missione politica » della burocrazia ed il modello di un *Beamtentum* rappresentante immediato della compagine nazionale si diffonde provvido, rassicurante a consolidare, nel venir meno dei tradizionali fattori legittimanti, « lo stadio intermedio del dominio onnicomprensivo della burocrazia amministrativa » ([135]).

Uno « stadio intermedio » appunto, perché se la burocrazia diventa « the frame of the constitution » ([136]) e ne sorregge gli ultimi brandelli autoritativi nel dissolversi dello Stato legislativo, poco credibile è pensare alla possibilità di un « dominio di una aristocrazia burocratica », perché « la burocrazia ha fallito completamente dove è stata investita di questioni politiche », perché « non è compito del funzionario entrare da attore nel conflitto politico con le proprie convinzioni », se « il suo orgoglio consiste invece nel difendere l'imparzialità... » ([137]).

E poco credibile perché, se ha un senso parlare di « missione politica » per una burocrazia che si limita a fare da antagonista del partito, assai più problematica appare la possibilità di riconvertire i tesori del potere burocratico, la specializzazione, la legalità, la neutralità alle funzioni di una guida politica completa ed in questo momento assai « difficilmente la burocrazia resasi indipendente potrà consolidare in un durevole e autonomo dominio statale il suo essere neutrale, essere al di là delle classi, borghesia e proletariato » ([138]).

([135]) *Ibid.*, p. 117.

([136]) KIRCHHEIMER, *The Growth and the Decay of the Weimar Constitution*, in *The contemporary Review*, n. 144, 1933, pp. 599 e ss., citato secondo BOLAFFI, *Il dibattito sulla Costituzione e il problema della sovranità*, cit., p. LXII.

([137]) WEBER, *Economia e società*, vol. 2°, cit., p. 745.

([138]) KIRCHHEIMER, *Legalität und Legitimität*, cit., p. 116.

Così se « la burocrazia e le forze armate non sono di per sé né una fonte propria di legalità né un fondamento di legittimità » — e « perciò esse non potrebbero tenere in piedi da sole lo Stato amministrativo » ([139]) — il sistema politico va alla ricerca di nuovi fattori legittimanti e quel modello un po' approssimativo della *Nation*, cui si erano affidati, pochi anni prima, i tentativi di fare della burocrazia « ein eigenes politisches Kraftzentrum », non solo conosce intrecci assai più sofisticati tra diritto e politica, ma scopre nel « Presidente dell'Impero eletto dal popolo tedesco » un concretissimo *Träger* costituzionale, « una nuova base », una « legittimità plebiscitaria » del tutto in grado di sostituire la « legittimità dinastica » del dissolto principio monarchico ([140]).

Le spoliticizzazioni, la *Neutralisierung*, la stessa continuità amministrativa a questo punto non sono più sufficienti, armamentari ad un tempo teorici e concreti, costruiti o rispolverati per il *Parteienstaat* ed ora inutilizzabili, se proprio questo Stato di partiti ed il suo Parlamento si stanno « finalmente » dissolvendo lasciando lo spazio ad un altro equilibrio costituzionale.

Crolla con fragore, rovinosamente la *Entpolitisierung*, per quel tanto di strada percorsa insieme al principio di legalità, ridotta ora a poco più che un velo pietoso, ma sottilissimo, di fronte alla potente ventata con cui la legittimità plebiscitaria spazza i fondamenti ormai inconsistenti della democrazia rappresentativa.

In uno stato d'eccezione che sembra assumere gli spazi ed i tempi della normalità si perfezionano le trasformazioni costituzionali e si iniziano a scandire i tempi della *Auflösung* della Repubblica: « il passaggio dalla legge della maggioranza parlamentare al sistema di ordinanza sostitutivo della legge significa in realtà già

([139]) SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, Leipzig-München, 1932, trad. ital. *Legalità e legittimità*, in *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 220.

([140]) Cfr. rispettivamente KÖTTGEN, *Das deutsche Berufsbeamtentum*, cit., p. 122; NIGRO, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, cit., pp. 691 e ss.; SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, cit., p. 222; *ibid.*, p. 340 (citiamo però in questo caso dall'edizione tedesca in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., per i paragrafi non riportati nella traduzione italiana in *Le categorie del 'politico'*): « das stärkste Motiv jener Tendenzen zur *auctoritas* liegt aber, verfassungstheoretisch gesehen, in der Situation selbst und entspringt unmittelbar dem Faktum, dass gegenwärtig die plebiszitäre Legitimität als einziges, anerkanntes Rechtsfertigungssystem übriggeblieben ist ».

lo stadio decisivo nella lotta per la legittimazione del potere, poiché ogni governo, sciolto dal vincolo di legge, solo mediante l'affermazione del carattere universalmente vincolante dei propri scopi si attribuisce da sé, per così dire, il consenso altrui che gli viene meno » ([141]).

La legittimità ha fatto giustizia della legalità; dalle ceneri della statualità, dai frantumi della policrazia e del pluralismo, pronto a ricostruire nella « totalità del popolo tedesco » l'unità dissolta dallo « Stato pluralistico dei partiti », si erge possente un nuovo difensore della costituzione.

« Incapace di prendere per conto suo una decisione politica », la burocrazia professionale, « limitata alla giustizia e alla amministrazione », non può svolgere un'autonoma funzione di governo ([142]).

Nel momento in cui da contropolo della politica dei partiti, da ancora di salvataggio di una statualità non affidabile alle sabbie mobili delle ideologie conflittuali, da fattore di neutralità nell'esecuzione della legge « politica », la burocrazia si candida in senso pieno a portatrice esclusiva della statualità, quella stessa neutralità, quella *Entpolitisierung* che è tale solo in quanto è rivolta contro il partito, devono farsi « politiche »; il blocco normativo incentrato sull'articolo 130 deve trovare un soggetto pienamente costituzionale, la mediazione tra *Staat* e *Beamtentum* un nuovo interprete politico della collettività.

Nell'« insufficienza della maggior parte delle neutralizzazioni » si salva un significato positivo della neutralità, un significato eminentemente politico, capace di condurre ad una « decisione » e lungo questa via la parola d'ordine ormai frusta della spoliticizzazione si rigenera in una nuova, vigorosa vitalità ([143]).

([141]) KIRCHHEIMER, *Legalität und Legitimität*, cit., p. 121.

([142]) SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 157.

([143]) *Ibid.*, pp. 165 e ss. Per la crescente impossibilità di distinguere politica e *Staatsrecht* e per un'impietosa proclamazione del venir meno della « liberale Auffassung » nel minaccioso addensarsi del conflitto politico, si può vedere O. KOELLREUTTER, *Parteien und Verfassung im heutigen Deutschland*, in *Festgabe für Richard Schmidt zu seinem siebzigsten Geburtstag. Gegenwartsfragen aus der allgemeinen Staatslehre und der Verfassungstheorie*, hrsg. von H. Gmelin und O. Koellreutter, Leipzig, 1932, Bd. 1, pp. 107 e ss.

Pouvoir neutre e decisione politica si stringono in un vincolo forse contorto, ma tutto animato della contraddittorietà che ha pervaso sino a questo momento il discorso dei Triepel e dei Koellreutter, dei Gerber e dei Köttgen: la « neutralità come espressione di una unità e globalità che abbraccia i raggruppamenti contrapposti e che perciò relativizza in sé tutta questa antitesi » ([144]) è l'ipostasi « giusnaturalistica » ([145]) di sempre — ma quanto concreta sul piano costituzionale! ([146]) —, quella « finzione » dell'unità che ha rappresentato sin qui il lievito onnipresente delle costruzioni incaricate di « risolvere » l'antinomico rapporto tra « die Staatsverfassung und die politischen Parteien ».

Sono solo cambiati gli interpreti o meglio, in un crescendo di

---

([144]) *Ibid.*, p. 175. Sulla riutilizzazione schmittiana del concetto di « pouvoir neutre » elaborato da Benjamin Constant (in un disegno costituzionale che ben poche analogie aveva comunque con la situazione weimariana: cfr. N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino, 1976, pp. 209 e ss.; A. ZANFARINO, *Introduzione* a B. CONSTANT, *Antologia di scritti politici*, Bologna, 1982, pp. 3 e ss.) cfr. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il 'custode della costituzione'*, cit., pp. 532 e ss.; SCHWAB, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., pp. 122 e ss. E per un'interpretazione « benevola » del progetto schmittiano cfr. J.W. BENDERSKY, *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*, Princeton, 1983, pp. 107 e ss., il capitolo « The *pouvoir neutre* as defender of the constitution ».

([145]) KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, cit., p. 288.

([146]) Basterebbe ricordare la posizione fondamentale assunta da Carl Schmitt nella difesa del *Reich* nell'episodio chiave del commissariamento del governo socialdemocratico prussiano disposto da Hindenburg il 20 luglio 1932 con la nomina a *Reichskommissar* dello stesso cancelliere Franz von Papen e che ebbe un seguito « giurisdizionale » nel celebre processo « Preussen contra Reich » celebrato nell'ottobre 1932 a Lipsia di fronte al tribunale costituzionale. Per la ricostruzione della vicenda rinviamo a BROSZAT, *Da Weimar a Hitler*, cit., pp. 177-78. La posizione di Schmitt è espressa in modo chiarissimo nella *Schlussrede vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig*, ora in ID., *Positionen und Begriffe*, cit., pp. 180 e ss. e spec. p. 183: « Da eine Verfassung ein politisches Gebilde ist, bedarf es ausserdem (oltre la protezione giurisdizionale offerta dal tribunale costituzionale, cioè) noch wesentlicher politischer Entscheidungen, und in dieser Hinsicht ist, glaube ich, der Reichspräsident der Hüter der Verfassung, und gerade seine Befugnisse aus Art. 48 haben sowohl für die föderalistischen als auch für die anderen Bestandteile der Verfassung vor allem den Sinn, einen echten politischen Hüter der Verfassung zu konstruieren ».

quella stessa « missione politica », la burocrazia professionale ha bisogno d'inserirsi in un *continuum* con il *Reichspräsident*, con questa « figura plebiscitaria » che incarna il regime dell'ordinanza di emergenza ([147]).

E prova ne sia che nessuna difficoltà sussiste per Köttgen, che ritorna nel 1932 sulla « questione burocratica » nell'*Handbuch* di Anschütz e Thoma, in un contributo solo apparentemente imbevuto di legalismi e spoliticizzazioni, ad agganciare i processi di autonomizzazione della burocrazia al potere neutrale del *Reichspräsident* ([148]), in un disegno che « contraddice alle più chiare disposizioni costituzionali » ([149]), ma che ha ancora bisogno di ammantarsi di neutralità e che deve presentarsi perciò sotto le fogge rassicuranti dello « Hüter der Verfassung » ([150]).

Ricondotte oggi le responsabilità della burocrazia e dell'esercito nella caduta della Repubblica ad una lettura più complessiva dell'intersecarsi della pluralità di fattori, più o meno strutturali o « necessitati », che determinarono il « naufragio » della *Weimarer Republik* ([151]), sarebbe presunzione ancora più grave trasporre la « realtà » del discorso giuspubblicistico nella drammatica realtà dell'avvento del nazismo.

([147]) KIRCHHEIMER, *Legalität und Legitimität*, cit., p. 120. Sulla progressiva estensione del significato e degli effetti dell'articolo 48 della costituzione di Weimar, con il passaggio ai gabinetti presidenziali dell'inizio degli anni trenta, e sulla diffusione della prassi dell'ordinanza di emergenza, rinviamo a H. BOLDT, *Der Artikel 48 der Weimarer Reichsverfassung. Sein historischer Hintergrund und seine politische Funktion*, in *Die Weimarer Republik. Belagerte civitas*, hrsg. von M. Stürmer, Königstein/Ts., 1980, pp. 288 e ss.

([148]) KÖTTGEN, *Die Entwicklung des deutschen Beamtenrechts*, cit., pp. 15 e ss.

([149]) KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, cit., p. 281.

([150]) Un difensore della costituzione che — com'è noto (SCHWAB, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., pp. 59 e ss. e pp. 122 e ss.) — rappresentava nell'itinerario teorico di Schmitt il punto di arrivo di una riflessione che si era snodata dai temi della dittatura — e dalla distinzione tra dittatura commissaria e sovrana — (*Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, München, 1921, trad. ital. *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Bari, 1975).

([151]) Per una sintesi cfr. BROSZAT, *Da Weimar a Hitler*, cit., pp. 257-58.

Può essere forse più onesto rileggere questo itinerario concettuale che dalle preoccupazioni weberiane per il ruolo del *Berufsbeamtentum* e dalla collegata necessità d'individuare una soluzione politica (costituzionale) del problema burocratico si è snodato lungo tutto il corso degli anni '20 tra *Demokratisierung* ed *Entpolitisierung* per approdare stabilmente, con i primi gabinetti presidenziali, a quel trasformarsi sostanziale della neutralità secondo un disegno costituzionale che si piega ed è piegato alle esigenze del presente e del suo mutare, come uno dei fattori di quella « crisi », come il sintomo tangibile di una *Parteienstaatlichkeit* sempre o quasi sempre lontana dal suo equilibrio ideale, intimamente conflittuale, contrattata, tra solide continuità amministrative e deboli innovazioni parlamentari, infido sostegno per il primato, quanto mai precario, della *Demokratie der Gesetzgebung*.

Che questi equilibri tra neutralità e politicità si siano continuamente modificati nel discorso costituzionale, dislocandosi tra la crisi della Repubblica ed il nazismo ora secondo un massimo di neutralità, ora secondo un massimo di politicità o che l'amministrazione sia stata eretta ora ad autonomo fattore costituzionale, ora sia stata ricondotta, nella fragorosa proclamazione della morte del *Beamtenstaat*, alle esigenze del « movimento », non ci pare decisivo.

Sullo sfondo, mentre scorrevano i diversi scenari costituzionali, fermi e immutabili nella loro fissità, i bersagli sono rimasti — e sono rimasti a lungo anche nella Repubblica federale ([152]) — gli stessi: il *Koalitionsparteienstaat* e la politica dei partiti, il compromesso e quella « specialissima » legalità cui addebitare la *Schwächung* della *Staatlichkeit*.

Non sappiamo dire quale valore paradigmatico per le sorti del sistema di governo democratico-rappresentativo conservi ancora oggi la vicenda della repubblica di Weimar. Certo però che se per la statualità del presente occorrono nuovi modelli concettuali e nuovi progetti giuridici, quell'esperienza può intanto dirci dove non andare a cercarli.

([152]) Cfr. in particolare FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, cit., pp. 79 e ss.: « Exkursus: das Gewicht der Verwaltung innerhalb der Trias der Gewaltenteilung ».

INDICE DEI NOMI

Ableitinger, A., 158.
Achterberg, N., 58, 89, 119, 149, 185, 208.
Adamovich, L., 196, 203.
Adamovich, L.K., 49, 180, 184, 185.
Adler, M., 324, 332.
Allegretti, U., 309.
Amirante, C., 214, 290.
Anderbrügge, K., 285.
Anschütz, G., 105, 356, 366.
Antoniolli, W., 61, 89, 160, 184, 194, 196, 206.
Apelt, W., 146-149, 321.
Arrigo, G., 228.
Astuti, G., 79.

Bachelet, V., 169.
Bachof, O., 55, 58, 68, 95, 144, 146, 166, 214, 253, 306.
Badura, P., 39, 125, 151, 152, 185, 193, 203, 215, 222, 256, 277, 278, 301, 302.
Bähr, O., 32.
Balboni, E., 48.
Baron, H., 320.
Bauer, W., 162.
Becker, F., 194.
Bedürftig, F., 289.
Behrend, J., 41, 94, 173.
Bendersky, J.W., 365.
Benedikt, H., 319.
Benvenuti, F., 118, 188, 191, 347.
Benz, W., 281.
Berg, W., 65, 224, 225, 227, 228.
Bernatzik, E., 136, 195-197.
Berti, G., 48, 58, 175, 191, 192, 226, 249, 331.
Bettermann, K.A., 192.
Binder, B., 248.
Bismarck, O. von, 73, 314, 320, 345.
Blau, J., 162.
Bluntschli, J.K., 95.
Bobbio, N., 24, 31, 55, 56, 157, 170, 204, 216, 247, 323, 340.
Böckenförde, E.W., 51, 165-167, 175, 185, 215, 320, 340, 341.
Boelcke, W.A., 225, 305.
Bolaffi, A., 230, 244, 361, 362.
Boldt, H., 366.
Borchardt, K., 228.
Bracher, K.D., 220, 233, 274, 282, 301, 318, 335, 346, 348, 350, 360.
Branca, G., 251.
Brauneder, W., 158, 194, 196, 283, 336.
Breuer, R., 251, 260, 266.
Broszat, M., 281, 286, 345, 365, 366.
Brüning, H., 220, 228, 314, 320, 345, 350.
Buchner, H., 275.
Bühler, O., 35, 36, 47, 141, 229.
Bull, H.P., 126, 127, 149, 151, 216, 222, 246, 250, 277.
Bullinger, M., 360.
Burdeau, G., 340.

Calabrò, G., 161.
Cammelli, M., 225, 341.

Cammeo, F., 49, 57, 75, 176, 201.
Candeloro, G., 46.
Cantimori, D., 281.
Cappellini, P., 31, 103, 107, 157.
Caracciolo, A., 20, 230.
Caravita, B., 187.
Carré de Malberg, R., 97, 98, 160, 171, 340.
Carrino, A., 245.
Cassese, S., 216, 248, 256.
Castrucci, E., 41, 71.
Catania, A., 208, 247.
Cheli, E., 176.
Chevallier, J., 254.
Chiovenda, G., 199.
Collotti, E., 104, 274, 282, 286, 289, 292, 305.
Constant, B., 365.
Conze, W., 232, 346.
Corni, G., 284.
Cosgrove, R.A., 104.
Costa, P., 40, 90, 91, 94, 173.
Cotta, S., 103.
Craig, G.A., 104, 220, 282.
Croce, B., 342.
Currie, D.P., 184.

D'Alberti, M., 139.
Del Vecchio, G., 340.
Demmelbauer, J., 318.
De Nitto, A., 256.
Dennewitz, B., 29, 275, 287.
Devolvé, P., 130.
Dicey, A.V., 104.
Diehl-Thiele, P., 281.
Drath, M., 162.
Dreier, H., 90.
Duguit, L., 131, 254, 257.

Ebert, F., 320, 330.
Ehmke, H., 74.
Eichenberger, K., 184.
Eisennmann, C., 130.
Elster, A., 154.
Erdmann, K., 220.
Erichsen, H.U., 203.
Erler, A., 39.
Ermacora, F., 41, 89, 185, 192, 317, 329.

Faber, H., 279.
Falcon, G., 126, 148, 149.
Fattorini, E., 284.
Febvre, L., 222.
Fenske, H., 318, 321, 344.
Ferrarotti, F., 233.
Fioravanti, M., 29, 31, 43, 44, 47, 52, 63, 97, 99, 124, 167, 251, 293.
Fleiner, F., 6, 29, 30, 37, 40, 61-68, 70, 131, 145, 150, 215, 229-231, 262, 266, 267, 270, 319.
Fleischmann, M., 66, 67, 221, 263.
Fois, S., 59, 169.
Forsthoff, E., 15-17, 88, 183, 214, 215, 217, 218, 227, 232, 236, 237, 240-243, 246, 249, 273, 275-278, 282, 286-292, 294-299, 301, 303-308, 351, 367.
Fraenkel, E., 158, 162, 283-285, 288, 294.
Frank, H., 273, 286-288.
Friedrich, M., 37, 337.
Funk, B.Ch., 48, 49, 89, 156, 180, 336, 339.

Galgano, F., 126, 250.
Galizia, M., 98, 160.
Gall, L., 222.
Garner, J.F., 48, 104.
Gavazzi, G., 322.
Geraci, C., 14, 33, 48, 187, 326.
Gerber, C.F. von, 167.
Gerber, H., 357-360, 365.
Giacometti, Z., 146, 151, 183, 208.
Giannini, M.S., 4, 29, 44, 48, 54, 56-58, 80, 126, 127, 140, 147, 191, 207, 214, 216, 224, 248, 256, 262.
Giese, F., 356.
Giovannelli, A., 89, 173.

Gmelin, H., 364.
Gneist, R. von, 32, 108, 109, 175, 319, 355.
Götz, V., 184.
Goldinger, W., 318, 319.
Gozzi, G., 216, 338, 342.
Graner, R., 37.
Grass, N., 41.
Grassmann, S., 330 .
Grimm, D., 39, 89, 105, 238.
Groener, W., 320.
Grossi, P., 3, 25, 45, 75, 279, 308.
Guarino, G., 342.
Guicciardi, E., 118, 168.
Gumplowicz, L., 108, 109.
Gutknecht, B., 329.

Habermas, J., 297, 299.
Hablitzel, H., 277.
Häberle, P., 277, 306.
Hartmann, V., 358.
Hattenhauer, H., 314, 318, 321, 344.
Heffter, H., 330.
Hegel, G.W.F., 291, 293, 297.
Heidegger, M., 218.
Heilfron, E., 352.
Heller, H., 25, 101, 161, 162, 169-171, 177, 203, 204, 247, 248, 337, 350, 361.
Hennis, W., 218, 278, 322.
Herrnritt, R.H., 179, 203, 230, 265, 266.
Heyen, E.V., 29, 42, 44, 49.
Hildebrand, K., 293.
Hindenburg, P. von, 365.
Hintze, O., 52, 168, 226.
Hippel, E. von, 151.
Hirschfeld, G., 293.
Hitler, A., 282, 286, 287, 293, 345, 365, 366.
Hollerbach, A., 348.
Holtzendorff, F. von., 175, 200.
Huber, E.R., 52, 215, 220, 225, 233, 237-239, 297, 303, 346, 347.
Hueber, A., 29, 46, 47, 124, 129, 165.
Hüttenberger, P., 282.

Imboden, M., 317.

Jaspers, K., 218, 297.
Jecht, H., 266.
Jellinek, G., 40, 105, 164, 167, 176, 336.
Jellinek, W., 34, 37, 40, 69, 126, 138, 149-151, 229, 231, 232, 267.
Jerusalem, F.W., 273, 289.
Jesch, D., 95, 166.
Jeserich, K.G.A., 29, 40, 84, 243, 318.

Kaufmann, Ekkehard, 39.
Kaufmann, Erich, 11, 15, 36, 37, 41, 44, 66-71, 73-77, 79-82, 84-88, 90-92, 111, 117, 124, 128, 129, 138, 139, 169, 221, 222, 226, 234, 236, 263-265, 269, 296.
Keil, A. von, 37, 221.
Kelsen, H., 7, 11, 14, 19, 20, 23, 24, 33, 41, 45, 49, 50, 53, 56, 57, 68, 73, 74, 85, 88-95, 97-107, 109-121, 123, 128, 133, 135, 139, 140, 142, 153-157, 161-165, 170-172, 174, 176, 179, 182, 186-189, 197, 205, 206, 208, 219, 224, 235, 243-247, 249, 267, 268, 283, 293, 294, 306, 307, 309, 317, 321, 322, 324-332, 334-340, 343, 348, 365, 366.
Kettenacker, L., 293.
Kielmansegg, P. von., 170.
Kipp, T., 250.
Kirchheimer, O., 162, 230, 350, 361, 362, 364, 366.
Klecatsky, H., 56.
Klein, H., 40.
Kleinheyer, G., 29.
Klinghoffer, H., 89.
Kluge, U., 283.

Köhler, L. von, 275, 284, 285, 287.
Koellreutter, O., 218, 239, 285, 287, 294, 303, 337, 346, 349-351, 364, 365.
Köttgen, A., 159, 200, 218, 227, 233-237, 240-242, 260, 268, 269, 271-273, 275, 280-282, 284-288, 291, 292, 294, 295, 305, 306, 335, 346, 351-359, 363, 365, 366.
Kohler, J., 200.
Koja, F., 61, 160, 184, 194, 196, 206.
Korinek, K., 89.
Kormann, K., 37, 135, 138, 141-146, 151, 200, 263.
Kosch, W., 30, 146.
Krawietz, W., 103, 155, 163.
Kubes, V., 88.
Küchenhoff, G., 277.

Laband, P., 30, 31, 40, 47, 65, 79, 95, 97, 103, 107, 125, 128, 129, 131, 132, 135-137, 167, 171, 176, 330.
Lachmayer, G., 158, 283, 336.
Laferrière, E., 77.
Lanchester, F., 41, 51, 73, 84, 104, 321, 330, 346.
Lange, K., 251, 252, 256, 261, 266, 272.
Lassar, G., 69.
Laubadère, A. de, 130, 259, 265.
Laux, E., 282.
Layer, M., 147, 151.
Ledda, F., 135, 147, 148.
Legendre, P., 44.
Leibholz, G., 337, 357, 358.
Lemayer, K. von, 188.
Lenin, N., 325.
Liermann, H., 41.
Listl, J., 184.
Loening, E., 95, 124.
Losano, M.G., 33, 89-91, 100, 121.
Lubasz, H., 216.
Lucchini, P.L., 39.
Luhmann, N., 184, 190.
Luigi XVI, Re di Francia, 46.
Luthardt, W., 283.

Macarel, M., 82.
Mäding, E., 225, 228.
Mannori, L., 44, 55.
Mantellini, G., 79.
Mantl, W., 192, 244, 327.
Marcic, R., 56, 89.
Marino, L., 73.
Marrou, H.I., 276.
Martens, W., 203.
Marzuoli, C., 184.
Mason, T.W., 274.
Massera, A., 177, 247.
Matteucci, N., 82, 216, 322, 365.
Matzerath, H., 286.
Matzka, M., 185, 318, 342.
Maunz, T., 273, 287.
Maurer, H., 83, 148, 184, 272.
Maus, I., 290, 304.
Mayer, H., 194, 317.
Mayer, O., 5, 9, 11-13, 23, 29-31, 33-37, 40, 42, 43, 45-47, 49-51, 53-58, 62, 63, 66-73, 75-82, 85-87, 90-92, 95, 108, 110-115, 117, 118, 120, 123-125, 128, 129, 132-138, 140-143, 146-149, 151-153, 155, 164, 166-169, 176, 178, 180, 191, 196, 201-204, 207, 219-222, 226, 229, 232, 235, 250-262, 265, 266, 268, 270-273, 277, 319, 336, 339.
Mayntz, R., 216, 224.
Meinecke, F., 320.
Melichar, E., 192.
Melis, G., 216, 256, 263.
Merkl, A., 41, 56, 88, 89, 94, 119, 139, 153, 154, 156, 158, 160, 161, 165, 169, 173, 176, 178-180, 189, 194, 202, 203, 205, 206, 208, 248, 249, 267, 268, 271, 272, 283, 285, 317, 324, 326, 328-334, 336, 359, 360.

Mestre, J.L., 44.
Metall, R.A., 33, 161, 283.
Meucci, L., 79.
Meyer, G., 124, 136, 199, 201.
Meyer-Hesemann, W., 16, 29, 30, 36, 38, 39, 41, 124, 151, 159, 166, 217, 230, 274, 277, 285, 289, 296, 305, 306.
Miehsler, H., 317.
Miele, G., 201.
Miglio, G., 47, 242, 247, 288.
Mirabeau, V.R. marchese di, 46.
Mitchell, J.D.B., 48.
Moderne, F., 130.
Möller, H., 281.
Mohnhaupt, H., 54.
Mommsen, H., 282.
Monaco, R., 89.
Morsey, R., 220, 314, 320, 321, 345, 347.
Mortati, C., 161, 173, 186, 214.
Müller, C., 162, 170.
Müller, H., 345, 350.
Müller, I., 284.
Mussgnug, R., 51, 163.

Nawiasky, H., 73, 74, 356.
Neumann, F., 274, 284, 286, 292, 305.
Niemeyer, G., 248.
Nigro, M., 54, 177, 179, 183, 191, 192, 222, 224, 238, 245, 254, 293, 343, 363.
Novak, R., 184, 340.
Nussbaum, M., 223, 231.

Öhlinger, T., 155, 179, 185, 190, 318, 342.
Oertzen, P. von, 105.
Offe, C., 342.
Orestano, R., 250.
Orlando, V.E., 97, 176, 224.
Ornaghi, L., 159, 183, 224, 226, 245, 338.
Ossenbühl, F., 184, 185, 302.

Paggi, L., 220.
Paladin, L., 159.
Panebianco, A., 314.
Papen, F. von, 365.
Papier, H.J., 184.
Pasquino, G., 216, 314.
Pastori, G., 193.
Paulson, S.L., 170.
Pesendorfer, W., 318.
Peters, H., 35, 243, 329.
Petta, P., 163, 244, 329, 338, 365.
Petzina, D., 223-225, 227, 228, 275, 305.
Piga, F., 127.
Piloty, R., 141.
Pirani, M., 342.
Piras, A., 58, 191, 195, 196.
Pisier-Kouchner, E., 254, 257.
Pohl, H., 29, 40, 84.
Portinaro, P.P., 158, 242, 247, 322.
Preuss, H., 51, 330, 352.
Püttner, G., 240, 318.

Racinaro, R., 98, 244, 324.
Ranelletti, O., 177.
Rath, H.D., 101, 105.
Rathenau, W., 344.
Rebentisch, D., 240, 243, 282, 330, 346.
Rebuffa, G., 322.
Rescigno, P., 251.
Richelieu, A.J. du Plessis de, 46.
Richter, L., 236, 268.
Ringhofer, K., 90.
Rhinow, R.A., 317.
Rivero, J., 259, 265.
Roehrssen, C., 89, 98.
Romano, S., 77.
Rosenberg, A., 220, 228, 319, 320, 326, 344.
Rosenberg, H., 223.
Rosin, H., 105.
Rossi, P., 157, 314, 322, 323.
Rottleuthner, H., 274.

Rüfner, W., 184, 226, 252, 255, 259, 260.
Ruffilli, R., 55, 216.
Runge, W., 321, 345.
Rupp, H.H., 95, 203.
Rusconi, G.E., 220, 223-225, 290, 320, 324, 361.

Salandra, A., 195.
Sandevoir, P., 55.
Santilli, M., 48, 127.
Sauer, W., 282.
Savorgnan, F., 109.
Schäffer, H., 317.
Schambeck, H., 56.
Schelsky, H., 103.
Schenk, J., 194.
Scheuner, U., 44, 74, 129, 184, 256.
Schieder, T., 216, 319.
Schiera, P., 51, 52, 110, 168, 216, 226, 242, 284, 288.
Schilly, E., 228.
Schluchter, W., 162, 323, 337.
Schmahl, H., 318, 345.
Schmidt, R., 218, 364.
Schmidt, W., 61, 261, 277.
Schmitt, C., 20, 99, 105, 163, 182, 186, 187, 217, 224, 230, 233, 235, 238, 239, 241, 242, 244, 245, 281, 285, 287, 288, 290-293, 295, 300, 301, 304, 317, 337, 340, 351, 354, 355, 357, 360, 361, 363-366.
Schmitt Glaeser, W., 192, 343.
Schmitz, G., 158, 161.
Schnapp, F.E., 83, 117, 184.
Schnur, R., 265.
Schoen, P., 200, 263.
Schröder, J., 29.
Schulz, G., 225.
Schulze, H., 220, 245, 314, 345.
Schwab, G., 233, 245, 285, 291, 292, 301, 360, 365, 366.
Schwärzler, N., 194.
Scialoja, A., 251.
Seidenfus, H.St., 228.
Severing, C., 344, 345.
Simon, D., 238.
Skalnik, K., 158.
Smend, R., 74, 105, 218, 336, 337.
Sontheimer, K., 41, 71, 105, 337, 348.
Sordi, B., 32, 40, 77, 79, 177.
Spaventa, S., 342.
Spiegel, L., 36, 57, 200.
Staff, I., 162.
Stein, L. von, 37, 296, 297.
Stengel, K. von, 66, 67, 221, 263.
Stier-Somlo, F., 154, 330.
Stolleis, M., 29, 30, 32, 37, 40, 63, 106, 124, 159, 200, 217, 218, 221, 275, 279, 280, 285, 287, 288, 297, 302, 317, 341, 343, 346.
Storost, U., 276, 290.
Stürmer, M., 366.

Teppe, K., 282.
Tessitore, F., 320.
Tezner, F., 100, 194, 196, 198, 199, 201.
Thoma, R., 40, 101, 104-110, 112, 115, 165, 280, 347, 348, 356, 366.
Tocqueville, A. de, 46, 82, 297, 298.
Tommasi, C., 51, 330.
Topitsch, E., 163.
Treves, G., 103, 159.
Triepel, H., 34, 37, 182, 186, 221, 226, 239, 337, 348, 349, 355, 365.
Troeltsch, E., 320.

Ulbrich, J., 195.
Ule, C.H., 200.
Unruh, G.C. von, 29, 40, 84.

Vardaro, G., 228.

Vassalli, F., 79.
Verdross, A., 186.
Vogel, K., 169.
Volpicelli, A., 322.

Wade, H.W.R., 49.
Wahl, R., 84, 192, 342, 343.
Walter, R., 90, 94, 155, 161, 173, 192, 194, 247, 317, 335.
Wandruszka, A., 319.
Weber, M., 19, 73, 74, 109, 157, 314, 322-326, 328, 348, 351, 352, 362.
Wehler, H.U., 51, 84, 105, 220, 223, 320, 321.
Weinberger, O., 88.
Weinzerl, E., 158.
Welan, M., 329.
Werner, F., 219, 304.
Weyr, F., 88, 116, 117, 215, 223, 280, 340.
Wilhelm, W., 39.
Winckelmann, J., 322.
Windscheid, B., 250.
Winkler, G., 184.
Winkler, H.A., 228.
Witt, P.C., 223.
Wittmayer, L., 321.
Wollenschläger, M., 277.
Wyduckel, D., 103.

Zanfarino, A., 365.
Zentner, C., 289.
Zolo, D., 98.

INDICE SOMMARIO

pag.

Prefazione 1

Introduzione 3

PARTE PRIMA

PUBBLICO E PRIVATO: UNA DICOTOMIA INCERTA.
IL DIRITTO AMMINISTRATIVO
DAI MODELLI OTTOCENTESCHI
ALL'AMMINISTRAZIONE DI GARANZIA

Premessa 29

A) *I modelli teorici.*

1. I fondamenti della *opinio communis*: la pubblicizzazione . . 35
2. L'alternativa 'privatistica': un progetto incompiuto? . . . 60
3. Alle origini della 'Scuola di Vienna': l'inconsistenza della dicotomia 88

B) *La realizzazione dei modelli teorici.*

1. Negozialità e unilateralità: la costruzione dogmatica della volontà amministrativa 123
2. Nuovi equilibri costituzionali e aggiornamenti dogmatici: la legalità amministrativa 157
3. I modelli giurisdizionali della pubblica amministrazione: aperture garantistiche e tradizionali linee di continuità . . . 186

PARTE SECONDA

STATO SOCIALE
E AMMINISTRAZIONE PER SERVIZI:
I NODI TEORICI
DI UNA TRASFORMAZIONE STRUTTURALE

Premessa 213

pag.

1. Una sintesi difficile: il problema dell'unità amministrativa . . 219
2. *Die öffentliche Anstalt*: un istituto giuridico per la crescita delle funzioni amministrative 250
3. Modernizzazioni dogmatiche ed inversione dei modelli costituzionali: i primi passi del diritto amministrativo nazionalsocialista . 274

PARTE TERZA

ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA
E DEMOCRAZIA DELL'AMMINISTRAZIONE:
IL RUOLO COSTITUZIONALE DEGLI APPARATI

Premessa 313

1. Democrazia e amministrazione: una *querelle* austriaca degli anni venti 317
2. Il potere 'neutrale': la missione politica della burocrazia nella crisi della Repubblica di Weimar 344

Indice dei nomi 369

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486
Vol. 2 (1973), 8°, p. 798
Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041
Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140
Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648
Vol. 8 (1979), 8°, p. 564
Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590
Vol. 10 (1981), p. 584
Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200
Vol. 13 (1984) 8°, p. 782
Vol. 14 (1985) 8°, p. 646
Vol. 15 (1986) 8°, p. 748

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484

2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399

3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414

4 Maroi Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169

5 Paolo Grossi, «UN ALTRO MODO DI POSSEDERE»
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392

6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429

8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432

9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465

10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259

11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527

13 LA «CULTURA» DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198

14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124

15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E «RECHTSIDEE»
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202

16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204

17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638

18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656

19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416

20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483

21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra ottocento e novecento
(1986), 8°, p. IV-476

22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466

23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230

24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254.

25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378.