

VIII

ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA E SEPARAZIONE
DEI POTERI NEL COSTITUZIONALISMO MODERNO. UNA
RIFLESSIONE RETROSPETTIVA

LUCA MANNORI *

Da sempre, uno dei tratti più caratteristici della cultura giuridica è la sua tendenza ad ipostatizzare i propri contenuti: cioè ad occultare la loro strutturale contingenza e determinatezza a favore di una rappresentazione che sottolinei invece solo la necessità del loro esserci. Per lo più, ciò non avviene a seguito di strategie autoconsapevoli bensì in virtù della stessa economia elementare del discorso giuridico, che ha un andamento dogmatico-deduttivo. In un pensiero che si sviluppa tutto per sillogismi è pressoché inevitabile che i principi generali da cui dipende la tenuta di tutto l'edificio tendano a godere di una rendita di posizione particolare, acquistando una consistenza molto superiore rispetto a quella definita dalla loro storicità.

Tra i tanti casi che potremmo citare a riprova di questo fenomeno uno dei più eloquenti è certamente quello dei tre «poteri» o funzioni dello Stato.

Benché in astratto nessuno abbia mai negato che le tre forme a cui comunemente si riconduce l'attività pubblica siano il prodotto di un'esperienza collettiva storicamente individuata, il pensiero giuspolitico ha interiorizzato a tal punto la teoria dei tre poteri da presentare spesso legislazione, amministrazione e giurisdizione come le funzioni «necessarie» e «naturali» di ogni Stato degno di questo nome: finendo per assegnare alla ricerca storica più il compito di convalidare l'universalità del proprio disegno che non quello di spiegarne le origini. Beninteso, da sempre i costituzionalisti hanno dato per acquisito che per lunghi secoli quelle tre funzioni si sono presentate organicamente confuse nella o nelle perso-

* Professore di Storia delle istituzioni politiche all'Università di Firenze.

ne dei medesimi titolari. Anzi: proprio questa immagine di uno Stato protomoderno in cui il principio separatista era totalmente ignorato ha giocato un ruolo fondamentale nell'esaltare per contrappunto il valore dello «Stato di diritto» ottocentesco, come prima forma di Stato basata su una netta differenziazione di attribuzioni costituzionali e proprio per questo capace di offrire in concreto ai governati garanzie per l'avanti sconosciute. Il punto è però che si è continuato a dare per acquisito che chi viveva negli ordinamenti precedenti a quello contemporaneo condividesse la nostra stessa immagine funzionale del potere pubblico. Pur mal distribuite, le funzioni dello Stato sarebbero state press'a poco le solite di oggi (l'espressione stessa «separazione dei poteri», sulle labbra della maggior parte dei giuristi degli ultimi due secoli, rinvia implicitamente ad un passato in cui legislativo, giudiziario ed amministrativo avevano già una loro distinta identità concettuale, e non aspettavano altro che la grande mano del potere costituente per scoprire il loro ordine immanente).

Più ancora: nell'evocare questa antica «confusione» attribuzionale la dottrina costituzionale classica inclinava più o meno tacitamente ad attribuire una netta prevalenza retrospettiva all'amministrazione, in quanto nella sua visione dell'ordinamento essa era la funzione di gran lunga più «necessaria» alla vita di qualsiasi società organizzata. L'indefettibilità attuale dell'amministrazione – intesa come l'«attività pratica che lo Stato dispiega per curare, in modo immediato, gli interessi pubblici che sono naturalmente nei suoi fini» (ZANOBINI) – le attribuiva un immediato primato storico. A partire da Georg Jellinek, generazioni di giuristi hanno rilevato che con un qualche sforzo si può immaginare uno Stato senza legislazione e senza giurisdizione, ma che uno Stato senza amministrazione è di per sé inconcepibile. Le prime due, infatti, sarebbero funzioni ad esercizio discontinuo ed eventuale; mentre l'amministrazione verrebbe a configurarsi come un'attività «di tutti i giorni e di tutti i momenti» (HAURIOU), senza la quale lo Stato non potrebbe raggiungere gli scopi che consapevolmente si assegna. Una volta accettato, in effetti, già a partire dalla prima metà dell'Ottocento di definire l'amministrazione come «il governo del Paese meno la confezione delle leggi e l'esercizio della giustizia tra i privati» (MACAREL), è stato fatale giungere alla conclusione che «anche storicamente l'amministrazione [sia] la funzione prima della vita dello Stato, a cui solo più tardi si sono aggiunte, o da cui si sono distaccate la legislazione e la giurisdizione» (RANELLETTI). Nella sua essenza, insomma, molto più poliziotto e prefetto che giudice e legislatore, lo Stato moderno avrebbe visto coincidere i propri natali con la formazione del suo apparato amministrativo e lo sviluppo di una correlativa attività di «cura» immediata e diretta degli interessi sociali.

Si può pensare che questa retrospezione, di solito confinata in qualche riga di manuale o magari appena evocata per riferimento implicito, abbia esaurito la

sua funzione nel fornire un appiglio di comodo al giurista intento ad elaborare il proprio edificio sistematico. Ma in realtà essa ha finito per condizionare pesantemente anche altre discipline. E ciò è accaduto proprio perché il suo profilo, a dispetto dei pochi tratti con cui i giuristi lo avevano sbizzato, è stato fino a poco fa uno dei pilastri della stessa teoria generale dello Stato contemporaneo.

Ecco perché vale la pena di spendere qualche parola per chiarire quale fosse l'originario disegno funzionale a cui gli Stati premoderni facevano riferimento e attraverso quale percorso si sia poi consolidato il modello tripartito proprio della nostra tradizione.

1. LA CIVILTÀ MEDIEVALE. «BONUM COMMUNE» E CONCEZIONE MONOFUNZIONALE DEL POTERE

All'origine della vicenda che ci accingiamo a ricostruire sta una concezione (ed una pratica) del potere diametralmente opposta a quella contemporanea. Invece che istituire infatti decisive differenze qualitative tra le varie forme d'esercizio dell'autorità, la cultura medievale concepiva quest'ultima nei termini di una funzione unitaria, definendola mediante un'unico vocabolo: quello di «iurisdictio». «Iurisdictio» è una delle parole-chiave di tutto il mondo spirituale del medioevo, di una ricchezza e complessità semantica che non è qui possibile richiamare neppure per cenni. Limitiamoci a rilevare che, conformemente al suo etimo, essa esprime l'idea centrale di un potere che si manifesta attraverso la lettura e la dichiarazione di un ordine giuridico preesistente, di cui il «potente» è il garante ma non il creatore. Diversamente dall'assetto a noi familiare, in cui la funzione di «dire-il-diritto» occupa un posto ben definito, la mentalità medievale attribuiva a quest'attività una latitudine coestensiva rispetto all'idea stessa dell'autorità pubblica. «Iurisdictio et potestas idem sunt» proclamava senza incertezze la dottrina (BARTOLO), rimarcando come l'unico tipo possibile di «potestas iuris» – cioè di «legitima potestas» – non potesse essere altro che quello consistente nell'esplicitare e nel difendere un diritto già dato.

Questa rappresentazione, pur solidale con uno spesso sostrato culturale (ed in primo luogo con una concezione ontologica e non convenzionale del dato giuridico) trovava però un riscontro immediato anche nei reali assetti delle organizzazioni politiche medievali, che si presentavano tutte come agglomerati di istituzioni largamente autosufficienti rispetto al potere centrale. Di qui, la presa d'atto che l'autorità politica non era tanto chiamata a formare ed attuare un comune progetto di convivenza quanto a mantenere un assetto storicamente dato attra-

verso la ricerca di un giusto equilibrio tra le varie parti dell'ordinamento. E da ciò si ricavava appunto non esistere alcuna difformità radicale tra l'attività del «princeps» e quella dell'ultimo dei suoi baglivi, dato che ad entrambi era assegnato lo stesso compito di comporre i conflitti sociali tramite il richiamo di diritti e doveri già iscritti nell'ordine obbiettivo del mondo. Il potere era sì suscettibile di essere graduato per intensità in una scala corrispondente alla diversa dignità dei suoi titolari; ma nella propria «*substantia rei*» esso restava sempre identico a se stesso. Legge e sentenza differivano nel loro diametro, ma non nella loro essenza, che rinviava sempre alla esplicitazione di un medesimo diritto oggettivo. Ciò che distingueva l'opera del giudice da quella del legislatore era solo il fatto che il secondo poteva «dichiarare» il diritto ad una platea indefinita di soggetti, mentre il primo vedeva limitata la sua autorità alle parti che si erano a lui rivolte.

In questo contesto, dunque, qualunque «separazione» del potere di tipo moderno-contemporaneo era esclusa in radice. Ciò non escludeva, beninteso, che anche all'interno di questo orizzonte non vi fosse la possibilità di costruire certe forme di controllo sull'attività dei governanti. Il fatto stesso, anzi, che ogni manifestazione di autorità fosse ricondotta alla dichiarazione di una norma autorizzava immediatamente i sudditi a verificare la conformità tra il diritto che veniva loro proposto e quello originario, collocato idealmente alle spalle dei loro reggitori. Tutta la teoria medievale del «governo misto» posava in definitiva su questo presupposto, da cui trassero origine le prime, vitalissime forme di pratica parlamentare. Il punto è però che esse non si richiamavano al principio della *separazione* bensì a quello della *condivisione* del potere; in forza del quale i «pochi» ed i «molti» – cioè gli esponenti delle aristocrazie feudali e delle città privilegiate – furono stabilmente coinvolti dal principe nella ricerca del diritto «giusto e buono». Una formula costituzionale, questa, che non solo lasciò intatta la tradizionale rappresentazione monodimensionale del potere, ma che contribuì a prolungarne la vita ben oltre la fine del medioevo.

2. DAL POTERE AI POTERI

Quand'è dunque che comincia ad affiorare l'idea di una differenziazione qualitativa nelle forme di esercizio dell'autorità? Certamente fin dal tardo medioevo la cultura giuridica, condizionata da un ambiente filosofico sempre più imbevuto di umori volontaristici, avverte con crescente disagio la riconduzione di certe funzioni sovrane entro l'alveo onnicomprensivo della giurisdizione. Già Baldo degli Ubaldi, ad esempio, verso la fine del Trecento, scorpora l'«*imperium absolutum*» del «princeps» dalla sfera della «*iurisdictio*»: attività, quest'ultima, che

d'ora in poi sarà considerata essenzialmente propria dei magistrati subordinati. Nel corso del Rinascimento questa divaricazione progressiva tra funzioni apicali e funzioni di base si preciserà ulteriormente: fino al momento in cui la capacità del monarca di derogare liberamente al diritto oggettivo tramite manifestazioni unilaterali ed atipiche di volontà diverrà «la nota essenziale della sovranità, la sua peculiarità specifica» (ISNARDI PARENTE) rispetto ad una platea di autorità inferiori costrette a muoversi entro la cornice di un ordine giuridico indisponibile.

Sul piano della riflessione giuspolitica, però, il punto d'arrivo di questo processo di specificazione funzionale viene raggiunto solo col contrattualismo del Seicento maturo. È solo allora, in effetti, che prende forma la premessa da cui dipende la pensabilità di una separazione dei poteri di tipo moderno: cioè l'idea che l'ordinamento statale si configuri nei termini di una *persona giuridica*. Rompendo definitivamente con la tradizione aristotelico-tomista, il giusnaturalismo moderno proclama in sostanza la necessità di costruire artificialmente un soggetto pubblico capace di imporre la propria volontà su quella – strutturalmente conflittuale ed entropica – degli individui privati. Il diritto dello stato di natura, quello da sempre esistente ed iscritto nell'ordine delle cose, non è in grado di garantire una vita sociale ordinata. La sola via per raggiungere una condizione di pace è dar vita ad un ente collettivo in cui concentrare tutte le potestà prima disperse in capo ai singoli ed a cui riconoscere quindi il diritto esclusivo di determinare le regole della convivenza.

Di qui, la nascita di una nuova rappresentazione dello Stato giocata tutta in chiave antropomorfa. A partire da Hobbes, esso sarà correntemente configurato come «una persona unica, la cui volontà, per i patti di molti uomini, va ritenuta come la volontà di tutti costoro; così che esso può usare delle forze e delle facoltà dei singoli, per la pace e la difesa comune». Questa nuova immagine, certo, per un verso esclude definitivamente la legittimità di ogni condivisione del potere supremo da parte di più protagonisti istituzionali, giacché in questo modo nessuno di essi sarebbe pienamente sovrano e si ricadrebbe immediatamente nello stato di guerra. Ma la condanna senz'appello della vecchia teoria del governo misto, in cui la sovranità veniva divisa *nel suo oggetto*, non implica affatto l'impossibilità di dividerla *nel suo esercizio*, cioè nelle sue diverse forme di manifestazione. Anzi: l'omologazione dello Stato ad una persona fisica suggerisce subito di rappresentare il processo funzionale che si compie al suo interno in stretta analogia rispetto ai moti coscienti della psiche individuale, a loro volta riducibili tutti – secondo la nuova antropologia sensista – al binomio volere-agire. Ciò che caratterizza l'individuo come essere morale è la sua capacità di autodeterminarsi tramite liberi atti di volontà che poi vengono attuati tramite comportamenti conseguenti. Il grande essere artificiale creato per mezzo del patto riproduce in sé questa dinamica attraverso le due funzioni del legiferare e dell'eseguire, che d'ora

in poi diverranno le categorie obbligate per concettualizzare tutta l'attività del corpo politico. Ora, tali funzioni sono perfettamente scorporabili sul piano logico, e possono essere assegnate a titolari diversi senza tema di compromettere l'unità dello Stato in quanto – come noterà più tardi Montesquieu – esse sono «forcées d'aller de concert» per il fatto stesso di essere complementari. Di qui, l'avvio della moderna teoria separatista, che si propone in sostanza di procurare un continuo controllo reciproco tra i vari poteri col renderli autonomi l'uno dall'altro.

Sembra dunque di trovarci su un terreno già contiguo a quello delle rappresentazioni che ci sono familiari. Ancor oggi, la nostra immagine della separazione dei poteri fa tutt'uno con l'intuizione di uno Stato personalizzato – grande «Moi commun» di cui sono predicabili gli stessi attributi della natura individuale –.

Senonché, ad un'occhiata appena più attenta scopriamo subito quanto generica sia la metafora antropomorfica e quanto imprecisi siano i tratti dei «poteri» che essa lascia intravedere.

Intanto, va subito detto che l'economia elementare del modello rinvia all'esistenza non di tre, ma di due sole funzioni. Volere-agire, determinazione della volontà ed esecuzione di essa: queste sono le uniche scansioni veramente necessarie del ciclo funzionale prefigurato, in quanto capaci di trovare un immediato pendant nel microcosmo individuale. Più ancora, solo il primo di questi due momenti ha un contenuto sufficientemente definito, rinviando esso all'idea di una autodeterminazione del sovrano omologa a quella con cui il singolo trascoglie liberamente i fini della propria condotta. Mentre l'analogia col comportamento individuale (in cui l'attuazione del volere si risolve in semplice moto fisico) non aiuta per niente ad immaginare in che modo la funzione corrispondente possa configurarsi in concreto nell'ambito dell'ordine sociale, ove necessariamente l'esecuzione della legge implica una serie di mediazioni istituzionali. L'immagine di partenza, insomma, suggerisce una certa sequenza funzionale, ma non riesce a dettagliarne i contenuti. E questo spiega come mai essa si trovi all'origine di almeno due grandi rappresentazioni delle funzioni pubbliche, solo esteriormente affini.

La prima è quella sei-settecentesca, a cui rimarranno sostanzialmente fedeli i Paesi anglosassoni pur declinandola secondo modelli costituzionali assai diversi tra loro. La seconda invece, nata in Francia tra il 1789 e l'inizio del diciannovesimo secolo, sarà quella destinata a diffondersi nell'ambito dell'Europa continentale. Entrambe propongono tre attività pubbliche fondamentali, etichettate nel solito modo ed in apparenza perfettamente corrispondenti. Ciò che le differenzia in maniera radicale è però il fatto che solo la più recente visualizza la presenza dell'amministrazione, assegnandole quindi fin dall'inizio un ruolo costituzionale;

mentre l'altra non solo non le riserva alcuno spazio significativo, ma ne tarpa fortemente le possibilità di sviluppo.

Vediamo in breve come si definiscono questi due percorsi.

3. I TRE POTERI NEL DISEGNO DEL PRIMO COSTITUZIONALISMO MODERNO

Innanzitutto va detto che la riflessione costituzionale secentesca, nell'atto in cui cominciò ad offrire i primi abbozzi di una teoria separatista, la articolò su due funzioni soltanto – cioè il legiferare e l'eseguire. A sua volta, l'esecuzione di legge fu per un buon lasso di tempo concepita come un'attività di natura esclusivamente giudiziaria. In effetti, in qualunque Stato dell'epoca l'unico modo legittimo e socialmente accettabile di imporre coattivamente ai sudditi l'osservanza della legge era quello di passare attraverso alle maglie delle Corti di giustizia, utilizzando i tradizionali meccanismi di natura processuale.

Solo verso la metà del XVII secolo la «*legis-executio*» comincia a rivelare la sua natura composita, sdoppiandosi in una esecuzione mediante atti giudiziari ed in una esecuzione di carattere più strettamente materiale, corrispondente all'esercizio della coercizione all'interno dello Stato. Tale biforcazione sembra già delinearsi in autori come Lawson, Dallison o nello stesso Hobbes, la cui riflessione si colloca nella fase centrale della Rivoluzione inglese. Il punto è però che questa «*execution*» mediante «*the power of the sword*» continua a presentare una connotazione molto più fattuale che giuridica.

Il potere esecutivo, infatti, è visto innanzitutto come quello che deve proteggere lo Stato dai nemici esterni. In questa veste esso abbraccia perciò il comando dell'esercito, la cura delle relazioni internazionali, la rappresentanza dello Stato nei rapporti con le altre potenze – quell'insieme di prerogative, insomma, che Locke indica globalmente con l'espressione «*federative power*» –. Sul piano interno, invece, esso ha il compito di assicurare il rispetto della legge. Spetta a lui quindi provvedere alla nomina dei magistrati, eseguire le loro sentenze, organizzare gli apparati repressivi: come pure concedere la grazia ed all'occorrenza emanare norme integrative dei precetti legislativi («*proclamations*»). Ma qui finisce la sua area di attribuzioni. E finisce per forza di cose, poiché nello schema concettuale sei-settecentesco la legge è sempre concepita come un comando rivolto ai sudditi, che non lascia altro spazio agli organi dello Stato se non quello di vigilare sulla sua corretta osservanza e di irrogare ai contravventori le sanzioni del caso. In questa prospettiva, l'esecuzione della legge è in primo luogo rimessa ai membri stessi del corpo sociale ed in subordine agli apparati giudiziari preposti a constatare il mancato rispetto dei precetti legali.

Fu così che la raggiunta percezione di un «potere esecutivo» non corrispose affatto all'emergere di una «funzione esecutiva», intesa come un terzo genere di attività pubblica individuabile sulla base di contenuti giuridici *specifici* rispetto alla legislazione ed alla giurisdizione. Ogni qual volta gli scrittori dell'età moderna impiegano l'espressione «potere esecutivo» riferendosi ad un segmento dell'apparato statale *contrapposto* a quello giudiziario, essi pensano semplicemente ad una categoria di ufficiali deputata «a far mettere in esecuzione le sentenze emesse, a pubblicare i decreti sovrani, a soffocare i tumulti, a catturare ed imprigionare i criminali ed a compiere altre funzioni necessarie al mantenimento della pace», dato che «la loro funzione corrisponde a quella delle mani nel corpo naturale» (così ancora HOBBS). Il potere esecutivo in senso stretto non è altro che quello corrispondente all'esercizio della coercizione materiale. Né la realtà effettuale degli ordinamenti dell'epoca permetteva di immaginare qualcosa di diverso.

Chi si chini infatti sugli apparati di un qualunque Stato del Sei-Settecento non potrà che constatare come la loro attività si ispirasse quasi integralmente a moduli di carattere giudiziale, anche quando gli interessi in gioco avessero una spiccata rilevanza pubblica. Ciò è evidentissimo, per esempio, nell'ambito dell'esperienza britannica, ove il compito di tutelare la «pace del re» e di garantire l'attuazione delle leggi del Parlamento in materia amministrativa era essenzialmente rimesso ai magistrati di Contea, e tra questi soprattutto al reticolo dei celebri «Justices of the Peace». Con la stessa autorità con cui componevano una lite tra vicini o punivano l'autore di un furto, questi ufficiali (onorari sì, ma saldamente incardinati nella struttura giudiziaria del Regno) potevano trovarsi a condannare un corpo locale a costruire una «workhouse» o a restaurare un ponte, a disporre la chiusura di uno spaccio di alcolici non autorizzato o a levare una contribuzione per garantire un sussidio ai poveri del villaggio. *Mutatis mutandis*, non diversa era la pratica di governo seguita sul continente: nel senso che l'intenso sviluppo di una fitta regolamentazione sociale (cioè l'emersione di un'attività di «police», come si diceva allora) non implicò da nessuna parte l'immediato passaggio da una gestione giudiziaria ad una gestione esecutiva del potere. Su qualsiasi esperienza soffermiamo il nostro sguardo, quello che ci si rivela è sempre un apparato formato da giudici-amministratori, i quali in tanto esercitano poteri di comando e di disposizione in quanto hanno ricevuto dal Sovrano la potestà di dichiarare ciò che è diritto all'interno dello Stato.

La stessa monarchia francese (citata regolarmente ad esempio di uno Stato amministrativo dai tratti già inconfondibilmente moderni) riuscì a sviluppare il suo reticolo di agenti direttamente dipendenti dal centro mascherandolo dietro lo schermo della giustizia ritenuta del re. Intendenti provinciali e sottodelegati, cioè, riuscirono a far accettare la propria presenza all'interno dell'ordinamento presentandosi (non come degli amministratori di tipo contemporaneo ma) come

gli strumenti di un particolare tipo di giustizia – quella amministrata direttamente dal monarca all'interno del suo Consiglio, in parallelo alla giustizia delegata alle magistrature ordinarie –.

Ancora alla metà del Settecento, perciò, la parola «administration» usata in senso assoluto non ha acquistato alcuna precisa valenza pubblicistica; indicando essa semplicemente (come ci attesta ancora l'*Encyclopédie des Sciences*) o una generica attività di governo dello Stato o una pura gestione di interessi patrimoniali per conto di un qualche soggetto privato, secondo il significato che ancor oggi il termine possiede nell'ambito del diritto civile.

Nessuna meraviglia, dunque, nel constatare come la formulazione più celebre della teoria separatista, offerta da Montesquieu nel famoso capitolo dell'*Esprit des Loix* dedicato all'esame della costituzione inglese, ignori totalmente l'esistenza di una «funzione amministrativa» o di alcunché le somigli.

«Vi sono, in ogni Stato, tre tipi di poteri: il potere legislativo, il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti, e il potere esecutivo di quelle che dipendono dal diritto civile. In virtù del primo, il principe o il magistrato fa le leggi per un periodo limitato o per sempre ... In virtù del secondo fa la pace o la guerra, invia o riceve ambascerie, stabilisce la sicurezza, previene le invasioni. In virtù del terzo punisce i delitti o giudica le controversie tra privati. Chiameremo quest'ultimo il potere giudiziario; e l'altro semplicemente il potere esecutivo dello Stato».

Com'è chiaro, ci troviamo a tutti gli effetti nell'alveo della tradizione precedente. In prima approssimazione, il potere esecutivo di Montesquieu non è altro che quello deputato a curare la politica internazionale (cioè qualcosa di molto simile al potere federativo di Locke); tanto che esso non viene neppure qualificato come «esecutivo» in rapporto alla legge interna dello Stato, ma solo con riferimento allo 'ius gentium'. Mentre tutta l'attuazione del diritto «civile» (ovvero del diritto interno allo Stato) è rimessa al giudiziario. Continuando nella lettura, invece, scopriamo che «la puissance executrice de l'Etat» è chiamata anche, più generalmente, ad «executer les resolutions publiques» e ad attuare la «volonté générale» espressa dal legislativo. Ma è certo che per l'autore dell'*Esprit* e per i suoi lettori contemporanei questo tipo di attribuzioni non superavano la soglia di un mero esercizio materiale della forza pubblica. Qualche decennio dopo, ad esempio, uno dei commentatori più attenti di Montesquieu – l'abate Antonio Genovesi, autore di una fortunata traduzione italiana della sua opera – parafrasava la pagina che abbiamo appena letto nel modo seguente: «si distinguono nella Sovranità ... tre specie di potestà, secondo l'oggetto, sopra di cui il governo si manifesta: ... la potestà legislativa, la potestà giudiziaria, e la potestà esecutrice. In virtù della prima il Sovrano o il Magistrato fa le leggi; in virtù della seconda giudica le azioni de' Cittadini a norma di queste Leggi; e per la terza eseguisce la sua sen-

tenza». La «*puissance executrice*» viene così recuperata al ciclo volontà-azione, ma solo come ultimo anello logico della catena, consistente nell'attuare in via coattiva ciò che gli apparati giudiziari hanno stabilito. La vera «esecuzione di legge» in senso giuridico è ancora pensata come una funzione intrinsecamente giurisdizionale. E la stessa separazione montesquiviana è proposta come un mezzo per difendere questo monopolio del giudiziario nell'applicazione delle norme, impedendo al monarca di cumulare su di sé l'autorità di interpretarle con quella di imporne l'osservanza tramite la coercizione. Sia pure – rileva infatti il *Baron* – che nella maggior parte dei regni europei il principe unisca nella propria persona potere di legiferare e potere di eseguire. Ciò è ancora tollerabile a condizione che egli non pretenda di assorbire su di sé anche la funzione giudiziaria, consistente nell'applicare la legge ai casi concreti. Questo gli conferirebbe una potestà del tutto autosufficiente nel comprimere la libertà dei sudditi, trasformando la monarchia moderata in un regime dispotico del tutto indistinguibile rispetto a quelli orientali od alle screditatissime repubbliche aristocratiche italiane.

Lo schema di Montesquieu, dunque, non solo non contempla l'esistenza di un'amministrazione in senso giuridico, ma è un manifesto lanciato contro quei governi assoluti che stanno lavorando per costruirsi una. L'applicazione della legge è giustizia e solo giustizia; ed ogni tentativo di rompere questa corrispondenza biunivoca è un attentato contro la libertà dei sudditi.

4. POTERI E FUNZIONI NEI MODELLI COSTITUZIONALI ANGLOAMERICANI

Questa definizione dei tre poteri sarà quella che continuerà a dominare la dottrina d'oltre Manica quantomeno fino a tempi a noi molto vicini.

Chi sfogli i classici del costituzionalismo inglese da Blackstone fino a Dicey si trova di fronte ad una presentazione della forma di governo incardinata su due funzioni – «fare le leggi e farle eseguire» (BLACKSTONE). L'esecuzione, affidata al monarca, si sottoarticola a sua volta in una serie di attività corrispondenti ai tradizionali diritti di prerogativa. Di questi ultimi, la maggior parte non ha un legame diretto col governo dei singoli sudditi (difesa del regno, cura dei rapporti internazionali, protezione del commercio con l'estero e così via); mentre sul piano interno il principale potere del re consiste nel suo porsi «come il generale conservatore della pace ed il distributore del diritto». «Eseguire le leggi» nell'ambito del governo civile significa dunque essenzialmente «preservarle dalla violazione o dalla desuetudine» (CHAMBERS) – cioè farle osservare tramite meccanismi giudiziari –. Tale funzione, notano i trattatisti, anticamente esercitata in prima persona dal principe, ha acquisito da gran tempo una esistenza separata da lui a

seguito dell'uso di delegarne l'esercizio a magistrati indipendenti ed irrevocabili «quamdiu se bene gesserint»; sì che, conformemente alla rappresentazione montesquiviana, è possibile parlare di un *terzo* potere, interno all'esecutivo ma sostanzialmente distinto da esso.

Dunque, la sfera operativa veramente propria del monarca (e quindi del governo destinato a surrogarsi in suo luogo con l'affermazione del regime parlamentare) ha carattere residuale. Essa consiste nell'esercizio di una serie di «ministerial functions» prive di connotazione discrezionale e prevalentemente connesse con compiti di autoamministrazione fiscale. Ciò non implica, beninteso, che per far fronte a tali incombenze già nel corso del Settecento non si venga a formare anche in Inghilterra un cospicuo apparato centrale, che a partire dalla fine del secolo assumerà un carattere burocratico-professionale abbastanza definito. Il fatto è però che questo «civil service» continuerà ad esser pensato come privo di veri poteri di supremazia nei confronti dei governati e quindi costretto a ricorrere alle Corti per far valere le proprie pretese nei confronti dei cittadini renitenti. Di qui, la capacità dell'amministrazione di inserirsi nel quadro costituzionale classico senza alterarne i tratti portanti.

Del tutto analogo lo scenario concettuale che troviamo nell'ambito dell'esperienza statunitense. Ispirandosi alla lezione di Locke e di Montesquieu, i costituenti americani identificano la sfera propria dell'esecutivo in attività quali «l'effettiva condotta dei negoziati con le potenze straniere, la preparazione del bilancio, l'amministrazione del denaro pubblico in conformità ai bilanci generali approvati dalle assemblee legislative, l'approntamento dell'esercito e della marina» (così HAMILTON). Mentre la facoltà di incidere i diritti individuali è riservata esclusivamente al giudiziario appunto in quanto esso è tecnicamente un «pouvoir nul», non avendo «né forza né volontà, ma solo giudizio», ed è quindi quello che più difficilmente potrà arrecare loro danno.

Questo è dunque il regime costituzionale che la dottrina anglosassone del secolo scorso amava definire nei termini di un «rule of law», ma che meglio si potrebbe descrivere come un «governo di giudici»: giacché la sua essenza consisteva non tanto nella supremazia del diritto, bensì nel fatto che l'unico modo per costringere un individuo a fare, dare o sopportare qualcosa contro la sua volontà era quello di ottenere contro di lui una sentenza da una Corte di giustizia, non avendo l'esecutivo nelle proprie mani alcuno strumento autonomo di coazione. Sul piano giuridico, l'ordinamento si presentava ai suoi osservatori come uno spazio a due sole dimensioni – legislativa e giurisdizionale –.

Non è qui il caso di entrare nel dibattito, vivo da anni tra gli storici, circa il grado di corrispondenza tra questa immagine e la realtà effettuale degli ordinamenti angloamericani contemporanei. Che quell'immagine abbia assunto nella seconda metà dell'Ottocento una valenza mitologica, impedendo di prender co-

scienza di molte trasformazioni istituzionali che pure stavano riducendo la distanza tra l'esperienza anglosassone e quella continentale, ciò è indubbio. È anche sicuro, però, che l'impianto fondamentale di quella esperienza era e restò a lungo antitetico rispetto a quello destinato ad imporsi nei Paesi del continente a partire dalla fine del Settecento. Da questo punto di vista, le valutazioni comparative di Tocqueville, se correttamente riferite al periodo in cui furono formulate, non hanno perso niente della loro validità. In Inghilterra e in America, l'esecutivo restò a lungo assente dall'orizzonte dell'uomo comune. Nella vita quotidiana di una qualunque periferia inglese o americana del secolo scorso il potere statale era essenzialmente legge e sentenza. E ciò proprio perché la domanda di servizi amministrativi veniva soddisfatta interamente a livello locale, da una miriade di comunità intermedie il cui ciclo funzionale era del tutto indipendente da quello centrale.

Ci troviamo dunque di fronte ad ordinamenti sviluppatisi senza soluzione di continuità da quel modello modello tardo-medievale da cui abbiamo preso le mosse. Di quel modello essi hanno mantenuto prima di tutto il carattere fortemente pluralistico. E questo ha a sua volta permesso di limitare a lungo il ruolo del centro ad un'attività di mediazione, svolta nelle sue forme tradizionali di natura giudiziaria.

5. LA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL POTERE AMMINISTRATIVO NEI SISTEMI CONTINENTALI

Riattraversata la Manica, torniamo ora sul continente ed affrontiamo lo snodo più delicato del nostro percorso. Come quando e perché la nostra civiltà giuridica ha deciso di rompere con la tradizione precedente e di pariordinare l'esecutivo al giudiziario, riconoscendogli un potere di disporre della libertà e dei beni dei singoli concettualmente omologo a quello dei giudici?

Secondo la maggioranza della storiografia tale domanda trova una facile risposta nell'esistenza delle cosiddette «monarchie amministrative» sei-settecentesche. Alcuni Stati assoluti, cioè, – tra cui in primo luogo la Francia – si sarebbero dotati assai per tempo di un capillare apparato parallelo a quello giudiziario, formato da commissari regi e destinato ad eseguire in via autoritativa gli ordini del sovrano nelle materie di rilievo politico-finanziario. L'«invenzione» del potere amministrativo sarebbe dunque una conquista dell'assolutismo maturo, che i regimi costituzionali ottocenteschi avrebbero semplicemente raccolto come una inevitabile eredità, sforzandosi di costruirgli attorno un castello di limiti legali tali da renderlo compatibile con la loro vocazione liberale.

Come tutti i luoghi comuni, questa ricostruzione contiene certamente un nucleo di verità, nel senso che sul piano istituzionale la nascita dell'amministrazione esecutiva è frutto di una lunga gestazione. È tutto da dimostrare, invece, che prima dell'inizio dell'Ottocento i contemporanei avessero una percezione del fenomeno omologa alla nostra; e più ancora che la costituzionalizzazione del potere amministrativo nell'ambito dei regimi contemporanei sia stata una vicenda scontata. Di ciò è agevole rendersi conto quando si esamini senza prevenzioni il caso francese.

Innanzitutto, almeno fino alla metà del Settecento la coscienza collettiva non pare avvertire una vera contrapposizione tra «giustizia» e «amministrazione» quanto semmai tra giustizia delegata e giustizia ritenuta. Da un lato ci sono le magistrature a cui il re ha conferito stabilmente l'incarico di amministrare la giustizia in suo nome; dall'altro c'è invece un'altra giustizia, impartita direttamente dal sovrano sedente nel suo Consiglio, la quale viene distribuita da una rete di «*commissaires departis*» immediatamente dipendenti dal principe. Quest'ultimo tipo di giustizia, certo, si esercita soprattutto nell'ambito della «finance» e della «police», a detrimento della competenza delle magistrature tradizionali; e su di essa si innesta un'attività che, per modalità e scopi, evoca da vicino la futura amministrazione ottocentesca. Ma essa non è ancora qualificata come tale, e lo stesso dibattito costituzionale verte ancora interamente sul diritto o meno del re di giudicare in prima persona.

Il vocabolo «administration», in realtà, comincia ad essere usato per designare nel suo complesso l'attività degli agenti immediati del monarca in contrapposizione a quella dei tribunali solo verso la fine degli anni Cinquanta: ed anche allora con un significato tutt'altro che univoco. Tutto il fronte antiassolutista, infatti, si appropria sì del nuovo concetto-termine, ma solo per rilevare che l'«administration» – appunto perché diversa dalla «jurisdiction» – non può vedersi riconosciuta alcuna potestà di limitare autonomamente i diritti dei sudditi. «Può essere di competenza amministrativa esaminare quale legge è conveniente emanare in materia di finanza – ammonisce per esempio nel 1775 la *Cours des Aides* di Parigi, una delle massime magistrature fiscali del Regno, rivolgendosi al monarca stesso –; ma non potrà mai spettare all'amministrazione di interpretare la legge già fatta, né di giudicare il privato che pretende di esservi conformato». Amministrare significa quindi assistere il monarca nella sua attività di alta direzione politica, informarlo circa i bisogni dei sudditi e magari controllare che i magistrati assolvano ai loro doveri istituzionali; senza pretendere però di disporre di quelle libertà e proprietà dei governati che le leggi fondamentali del Regno pongono sotto l'esclusiva tutela del potere giudiziario.

Alla fine dell'Antico Regime, dunque, l'esistenza di una «administration générale du Royaume» è stata ormai accettata dalla coscienza comune. Ma ciò che non

è affatto pacifico è il tipo di statuto giuridico da riconoscere a questo nuovo soggetto; e se in particolare esso debba essere titolare di una capacità imperativa propria o se invece le sue pretese possano acquistare efficacia esecutoria solo passando al vaglio preventivo dell'autorità giudiziaria. In quest'ultimo caso l'ultima parola resterà ai giudici ed il sistema conserverà ancora qualcosa del profilo che gli è stato proprio per tanti secoli. Mentre nell'altra ipotesi prenderà forma un nuovo «Potere» pubblico, del tutto sconosciuto alla griglia categoriale propria della tradizione.

Questa alternativa, rimasta irrisolta durante l'ultimo, drammatico scorcio di vita della monarchia, venne raccolta dalla Rivoluzione. La quale all'inizio sembrò respingere abbastanza nettamente il modello di una «amministrazione-potere» per orientarsi invece verso quello di un'«amministrazione servizio», operante mediante uno statuto paritetico.

Equanimente ostili, infatti, sia alla vecchia amministrazione giustiziale sia a quella «despotique» degli Intendenti e del Consiglio, i costituenti si incamminarono decisamente lungo una strada nuova (che era poi quella prefigurata dalle assemblee provinciali del 1787). Il progetto fu quello di costituzionalizzare sì l'amministrazione come un apparato nettamente separato dal giudiziario; affidandola però ad una cascata di organismi elettivi per mezzo dei quali la nazione avrebbe dovuto autogovernarsi in prima persona, ormai affrancata da ogni tutela burocratica. Conseguentemente, questa nuova amministrazione, nel suo disegno iniziale – consegnato alla celebre L. 22 novembre 1789 –, avrebbe dovuto avere una caratterizzazione molto più prestazionale che imperativistica. Gli organi amministrativi istituiti ad ogni livello di governo avrebbero dovuto semplicemente raccogliere i tributi dei cittadini ed impiegarli per offrire servizi e realizzare infrastrutture. Certo: dipartimenti e distretti erano concepiti non come comunità autonome, ma come altrettante «sections d'un même tout», cioè come porzioni del grande organismo nazionale; e tutta la loro attività venne così qualificata senza residui come una «esecuzione di legge». Appunto per questo i nuovi «corps administratifs» furono posti alle dipendenze del Re, capo del potere esecutivo, e si videro fin dal principio assegnati una quantità di compiti considerati di rilievo generale (dal mantenimento della sicurezza pubblica alla sorveglianza sull'educazione nazionale). Ma dal quadro legislativo di questi anni non traspare ancora l'idea che a tutto ciò debbano corrispondere definiti poteri di supremazia e di comando nei confronti degli individui. Per i costituenti, l'unica, indiscussa potestà autoritativa conferita all'amministrazione è quella relativa al riparto dell'imposta: funzione che però viene da loro presentata come una specie di «démembrement» straordinario della competenza giudiziaria (come rileva Roederer nel 1790, «decidere che questo o quel cittadino deve pagare una certa contribuzione, sia che egli reclami o no contro la tassa di cui è onerato, significa in effetti statuire per mezzo di un giudizio sulla sua proprietà»).

Per altro verso, chi ripercorra gli interminabili dibattiti dell'89-'90 sulla natura e le attribuzioni generali del potere esecutivo lo trova caratterizzato in un modo strettamente conforme alla sua vocazione tradizionale. Proprio perché estremamente diffidenti nei confronti dell'antico potere monarchico, i costituenti insistono fino alla sazietà nel circoscrivere i compiti del Re ad una «esecuzione di legge» di natura puramente materiale e passiva: arrivando a negargli perfino ogni potestà regolamentare.

Nella sua fase iniziale, dunque, la Rivoluzione allargò sì enormemente il «diametro» concettuale del potere esecutivo, includendo in esso tutta quell'autoamministrazione periferica che fino ad allora aveva avuto una esistenza distinta rispetto al governo statale. Al tempo stesso, però, essa non annoverò tra i suoi programmi quello di creare un'amministrazione centralizzata dotata di un generale potere d'imperio. Tutto porta a ritenere invece che l'esecuzione in via coercitiva del dettato legale fosse ancora concepita come la prerogativa tipica del potere giudiziario, ora completamente separato da quello esecutivo. E se è ben vero che fin dall'inizio ci si preoccupò di stabilire che le amministrazioni pubbliche non avrebbero potuto essere «troublées, dans l'exercice de leurs fonctions ..., par aucun acte du pouvoir judiciaire», è da escludere radicalmente che con questa formula la Costituente volesse attribuire all'esecutivo una qualche zona d'immunità giurisdizionale. Come dimostrano i dibattiti parlamentari, quello che si voleva evitare era semplicemente che i giudici tornassero a svolgere compiti di amministrazione attiva (per esempio emanando *arrêts de reglemens*, secondo il costume delle vecchie Corti sovrane) o che perseguissero gli amministratori pubblici per fatti inerenti alle loro funzioni; senza con questo revocare in dubbio la capacità dei tribunali di conoscere di *qualsiasi* controversia, privata o pubblica che fosse.

In realtà, la nascita dell'amministrazione come soggetto nettamente sovraordinato rispetto ai privati – e dunque la nuova fisionomia ottocentesca del potere esecutivo – non può essere ricondotta a nessuno dei grandi principi coscientemente stabiliti dal legislatore rivoluzionario. Essa fu piuttosto il frutto di una prassi instauratasi nel corso del decennio successivo al di là di ogni enunciato o programma autoconsapevole. Da un lato, infatti, sotto la spinta delle dure contingenze del periodo rivoluzionario, l'amministrazione si trovò investita di tutta una serie di compiti di regolazione e repressione che le conferirono un carattere sempre più «politico» e potestativo. Dall'altro soprattutto (in aperta controtendenza rispetto alle iniziali dichiarazioni d'intento del legislatore) prese consistenza poco a poco l'idea che tutti i reclami contro l'attività amministrativa non potessero essere prodotti davanti all'autorità giudiziaria, ma dovessero essere presentati all'amministrazione stessa, nella persona dell'autore dell'atto o del suo superiore gerarchico. Le ragioni che condussero a questo esito sono complesse ed ancor oggi poco chiare. Ad esentare l'amministrazione dal sindacato giudiziario

concorse sicuramente il peso di una tradizione monarchica che da sempre aveva cercato di sottrarre l'operato degli agenti del Re alla cognizione delle infide magistrature ordinarie; ma è certo che vi furono anche altre concause. Tra queste per esempio una nuova concezione della funzione giurisdizionale, intesa come applicazione impersonale e meccanica della norma ad una certa fattispecie e quindi inadatta a reduplicare valutazioni spesso fortemente discrezionali come quelle retrostanti all'emanazione di molti provvedimenti amministrativi; l'idea giacobina di un «primato del politico» e la conseguente sovraordinazione dell'attività amministrativa (concepita come attuazione immediata della volontà generale) rispetto a quella giudiziaria, per sua natura più neutra e «disimpegnata»; da ultimo, una percezione delle situazioni soggettive tutelabili ancora strettamente limitata alla libertà personale ed alla proprietà, per cui ogni comportamento amministrativo che non costituisse un attentato diretto a questo tipo di diritti non appariva neppure teoricamente suscettibile di dar luogo ad un vero contenzioso. Sia come che sia, questo ritirarsi della giurisdizione dall'area dei rapporti pubblicistici finì ben presto per lasciare l'amministrazione unico giudice dei rapporti tra sé ed i privati; il che equivale a dire che essa si vide autorizzata a disporre dei beni della vita dei sudditi al di là di ogni controllo esterno, autoconfezionandosi in piena autonomia i propri titoli esecutivi.

Affermare che questo effetto si produsse per un accidente storico sarebbe ovviamente grottesco. Ma non meno grottesco è continuare a ritenere che l'amministrazione si presentasse già ab antiquo come *potere* e che quindi nel grande giro di boa di fine Settecento non vi sia, anche da questo punto di vista, alcunché da spiegare o da comprendere. In realtà, nel giro di pochi anni si registrò una trasformazione non solo non auspicata da alcuno, ma considerata tra le più deprecabili da tutto il costituzionalismo del secolo precedente: cioè l'assorbimento di una parte delle attribuzioni giudiziarie ad opera dell'esecutivo.

Questo assetto, così poco consapevolmente ricercato e voluto dagli attori del dramma rivoluzionario, fu invece deliberatamente consolidato da Napoleone. E ciò non solo grazie ad una riorganizzazione dell'amministrazione su base centralistica e professionale, ma anche attraverso la reintroduzione di un Consiglio di Stato a cui fu devoluta la cognizione dei conflitti di attribuzione tra autorità giudiziaria ed amministrativa e che in tale veste divenne il principale garante del nuovo equilibrio tra i due poteri. Soprattutto, però, la responsabilità di aver sacralizzato definitivamente la centralità del potere amministrativo ricade – nel bene e nel male – sulla cultura giuspolitica dell'età della Restaurazione e della Monarchia di Luglio. Pur avendo ancora l'opportunità, dopo il crollo del regime napoleonico, di riallacciarsi alla tradizione settecentesca classica, offrendo un'interpretazione restrittiva dei poteri di supremazia conferiti all'esecutivo, quella cultura non mostrò la minima incertezza nell'accreditare l'esistenza di una ammini-

strazione perfettamente equiparata alla giurisdizione. Premesso infatti il solito distinguo tra legiferare ed eseguire, l'esecutivo risultò sdoppiato al suo interno in due tronconi, corrispondenti a due diverse tecniche di esecuzione della legge, l'una (amministrativa) «par voie d'action», l'altra (giudiziaria) «par voie de decision». Mentre quest'ultima – si disse – si risolve nel dichiarare la norma a richiesta di chi vi abbia interesse, la prima consiste nel darle attuazione spontaneamente, attraverso atti che però «recano, come le leggi stesse, il segno dell'autorità pubblica, ed impongono egualmente l'obbedienza» (MACAREL). Tali atti sono per loro natura sottratti al sindacato giudiziario, in quanto «juger l'administration c'est encore administrer». Le tre funzioni non integrano dunque più nessun ciclo, ma si dispongono piuttosto secondo lo schema di una biforcazione, in cui la legge viene portata a contatto del cittadino mediante due percorsi distinti e paralleli, corrispondenti al dualismo diritto pubblico/diritto privato.

Dopo aver sostenuto quindi per centinaia d'anni la necessaria implicazione tra amministrare e giudicare, al volger del secolo i giuristi appaiono del tutto convertiti e sottolineano l'autonomia reciproca delle due funzioni come se si trattasse di un fatto da sempre riconosciuto. «Amministrare è agire» (PORTIEZ DE L'OISE), è «eseguire per autorità sovrana le azioni che interessano tutto quanto il corpo sociale» (ROMAGNOSI), è «provvedere incessantemente alla sicurezza generale, al mantenimento dell'ordine pubblico e alla soddisfazione di tutti i bisogni della società» (MACAREL). E ciò mediante un'attitudine che nulla ha in comune con l'imparzialità del giudice, ma che impone al contrario all'amministratore di far prevalere sistematicamente l'interesse pubblico-statale (assunto come proprio) su quello privato.

Legittimata grazie a questo quadro di principi generali – del tutto privi, come rilevava polemicamente Tocqueville, di qualsiasi, vera sanzione legislativa – l'amministrazione va a collocarsi al centro del sistema ottocentesco con un'autorevolezza che resterà sostanzialmente incontestata fin quasi ai nostri giorni. Pressoché assente dall'immaginario giuridico di qualche decennio prima, essa diventa ora la funzione mediante la quale lo Stato soddisfa i fini prioritari del suo esistere, candidandosi così ad un netto primato sugli altri modi di manifestazione del pubblico potere.

6. VICENDE CONTEMPORANEE E PROSPETTIVE FUTURE

Alla metà dell'Ottocento, dunque, il panorama europeo propone due modelli fondamentali di rappresentazione delle pubbliche funzioni, divergenti tra loro per vari profili ma prima di tutto per il modo in cui è concettualizzata l'ammini-

strazione. Nell'un caso infatti essa ha acquistato un fortissimo rilievo giuridico mentre nell'altro è ancora un'organizzazione di puro supporto tecnico rispetto agli organi costituzionali. Ritenuti perfettamente appaganti dalle rispettive tradizioni continentale e anglosassone fino ai primi decenni del nostro secolo, questi due quadri di riferimento si sono rivelati in seguito sempre meno capaci di contenere la realtà istituzionale contemporanea. E ciò per motivi formalmente opposti, ma in realtà legati ad uno stesso processo di modernizzazione.

Il modello anglosassone, com'è noto, comincia a mostrare le sue crepe nel momento in cui anche oltre Manica, sotto la spinta di una crescente domanda di regolazione sociale, si diffondono organismi sicuramente estranei al giudiziario e al legislativo, eppur manifestamente titolari di poteri di aggiudicazione e di 'rule-making'. Questo processo (che in Inghilterra prende avvio addirittura con gli anni Trenta dell'Ottocento) fu a lungo ignorato dagli osservatori del sistema costituzionale proprio perché i loro schemi ricostruttivi escludevano l'esistenza di presenze consimili. A tutt'oggi, del resto, benché le amministrazioni angloamericane abbiano raggiunto dimensioni ed acquisito facoltà del tutto comparabili a quelle delle loro consorelle continentali, la loro collocazione costituzionale continua ad essere relativamente incerta. Nel regime di costituzione rigida proprio del sistema statunitense, soprattutto, la presenza di questi soggetti istituzionali continua a provocare ricorrenti sensazioni di disagio, giacché essi non possono essere ricondotti a nessuno dei tre poteri previsti dalla carta fondamentale (e meno che a tutti a quello esecutivo, il cui profilo è rimasto fedele all'immagine tutta «fattuale» tracciata a suo tempo dai *Founding Fathers*).

Nell'ambito dell'esperienza continentale invece il modello trifunzionale classico ha subito intanto una prima scossa già nel momento in cui la monolitica amministrazione ottocentesca si è venuta frantumando in una miriade di soggetti diversi. Il riaffiorare di quel pluralismo istituzionale che si credeva sepolto dietro le Colonne d'Ercole dell'89 ha rivelato che la pretesa di ricondurre tutta l'attività amministrativa entro i confini del solo potere esecutivo statale era puramente velleitaria. Ma soprattutto questa stessa attività amministrativa si presenta oggi, a tutti i livelli, sempre meno come la realizzazione autoritaria di una volontà centrale e sempre più come uno sforzo di composizione e di arbitrato tra interessi divergenti. Come Kelsen avvertì per primo già negli anni '20, la «legis executio» è un'attività sostanzialmente unitaria, che si bipartisce nelle due branche del giudicare e dell'amministrare solo in quanto a ciascuna di esse corrispondono tipi di procedure diversificate, rispettivamente più garantiste nell'un caso e più sollecite nel secondo. Lo Stato ottocentesco, non trovando davanti a sé altro che singoli individui (cioè soggetti incomparabilmente più deboli di lui) e non riconoscendo ad essi diritti ulteriori rispetto a quelli di proprietà e di libertà personale, poté ricorrere con larghezza a procedure amministrative dai tratti fortemente autori-

tari, che marcavano in modo nettissimo la differenza rispetto alle modalità d'azione dell'autorità giudiziaria. Nel nostro secolo, invece, per un verso sono ri-comparsi molti soggetti portatori di interessi collettivi organizzati capaci di dispiegare una notevole capacità contrattuale nei confronti delle pubbliche istituzioni; per un altro, con il passaggio da una società «monoclasse» ad una società aperta, si è allargato a dismisura il ventaglio delle posizioni soggettive degne di tutela. Di qui, quel ridursi della distanza tra giustizia e amministrazione che è ben visibile nel nostro paesaggio contemporaneo.

Di questo trend, l'aspetto più appariscente è dato senz'altro dalla tendenza del legislatore continentale ad estendere al procedimento amministrativo principi propri di quello giudiziario (a cominciare dalla regola del contraddittorio preventivo, che ci riporta direttamente agli scenari premoderni che abbiamo evocato nelle prime pagine di questo contributo). Ma la sensazione di un «ritorno all'antico» è data anche da altri elementi.

Uno di questi, per esempio, è costituito dal fatto che tutti i procedimenti amministrativi di un qualche rilievo tendono oggi a dar luogo ad altrettanti processi davanti al giudice dell'amministrazione. Nella pratica sociale, la fase contenziosa finisce così per divenire un complemento quasi abituale dell'attività d'amministrazione; e ciò di contro ad un modello classico di governo in cui il ricorso ai tribunali amministrativi era concepito come un'eventualità eccezionale. L'amministrazione, certo, è ancora legalmente autonoma rispetto alla giustizia; ma nella sostanza il suo giudice viene coinvolto sistematicamente nell'assunzione degli atti di maggior importanza – il che potrebbe preludere ad una dislocazione sempre più marcata del potere decisorio nelle sue mani e quindi al riprodursi di una sorta di «governo per magistrature» omologo a quello proprio degli Stati preilluministi –.

Ancor più significativo è il diffondersi di moduli organizzativi ispirati allo schema delle c.d. autorità amministrative indipendenti. Ispirati, com'è noto, ad un originario modello statunitense, questi organismi si caratterizzano da un lato per un profilo funzionale che li vede titolari di poteri insieme normativi, contenziosi ed amministrativi; dall'altro per la loro autonomia organica rispetto ai tradizionali poteri dello Stato ed all'esecutivo in ispecie. La loro diffusione, legata alla esigenza di sottrarre le più delicate funzioni di controllo (e segnatamente quelle sul funzionamento del sistema economico) al circuito della politica, si associa strettamente alla riproposizione di una tecnica di governo di tipo semi-giurisdizionale, che ci riporta ancora una volta indietro, all'epoca in cui non vi era differenza alcuna tra attività di «cura» di interessi pubblici ed amministrazione prudenziale della giustizia. Se sono veramente organismi di questo tipo che finiranno per assorbire – come qualcuno prevede – le più importanti funzioni autoritative, lasciando agli apparati amministrativi veri e propri le incombenze di na-

tura essenzialmente prestazionale, il prossimo futuro potrebbe registrare un totale superamento del canone separatista così come inteso a partire dall'inizio dell'Ottocento. Tipico di una civiltà giuridica fondata interamente sulla contrapposizione categoriale tra società civile e Stato, esso pare destinato a tramontare con l'illusione che quel distinguo possa essere mantenuto indefinitamente.

Quale sarà la futura configurazione dei «poteri» dello Stato in questo nuovo scenario naturalmente nessuno può dirlo, e lo storico meno di tutti. Quel che è certo è che l'esistenza delle tre funzioni fa tutt'uno con la metafora di uno Stato personalizzato affermatasi nel corso dell'età moderna in contrapposizione a quella di uno Stato-ordinamento di origine medievale. Questa immagine, che ha trovato la sua massima enfattizzazione nell'ambito dell'esperienza continentale, ha cominciato a mostrare le prime usure con l'inizio del nostro secolo ed è oggi manifestamente incapace di dar conto di ciò che accade nell'ambito dei nostri sistemi. Di qui, la sensazione che la frastagliata e composita società postmoderna ci stia riportando verso una sorta di «confusione dei poteri» omologa a quella dei sistemi pre-illuministi. Confusione che nient'altro era, in definitiva, se non il riflesso di una gestione dell'autorità più orientata al mantenimento di equilibri che non alla realizzazione di progetti.

BIBLIOGRAFIA

Sulla teoria della separazione dei poteri in generale:

VILE M.J.C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford, 1967.

TROPER M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, 1980.

SILVESTRI G., *La separazione dei poteri*, I, Milano, 1979, II, 1984.

Sulle forme del potere pubblico negli ordinamenti tardo medievali e protomoderni:

COSTA P., *Iurisdiction. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale*, Milano, 1969.

MANNORI L., *Per una «preistoria» della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XIX, (1990).

VALLEJO J., *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, 1992.

Sulla configurazione dell'amministrazione e dell'esecutivo nei sistemi anglosassoni:

ROHR J.A., *To Run a Constitution. The Legitimacy of the Administrative State*, Kansas, 1986.

- CASSESE S., *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XIX, (1990).
- AA.VV., *Verwaltung und Verwaltungsrecht in Frankreich und England (18./19. Jh.)*, in «Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte», VIII, (1996).

Sul potere esecutivo durante la Rivoluzione francese:

- VERPEAUX M., *La naissance du pouvoir réglementaire 1789-1799*, Paris, 1991.
- COLOMBO P., *Governo e costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Milano, 1993.
- MANNONI S., *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, vol. I, La formazione del sistema (1661-1815), Milano, 1995.

Sulla costruzione concettuale dell'amministrazione ottocentesca in Francia e in Italia:

- FIORAVANTI M., *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in AA.VV., *Stato e cultura giuridica dall'unità alla Repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Laterza, Bari, 1990.
- MANNORI L., SORDI B., *Diritto amministrativo dal medioevo al XX secolo*, ad vocem in *Digesto IV*, vol. V, pubblicistico, Torino, 1991.
- LACCHÉ L., *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento*, Milano, 1995.
- BURDEAU F., *Histoire du droit administratif de la Révolution au début des années 1970*, Paris, 1995.