

# Il servizio pubblico come prisma del discorso relativo alla gestione\*

*Paolo Napoli*



Dopo aver circolato nella giurisprudenza del Consiglio di Stato sin dalla Restaurazione, la nozione di servizio pubblico si afferma definitivamente nella scienza giuridica francese della Terza Repubblica con, tra l'altro, un'ambizione di grande apertura: tale nozione deve infatti sostituire l'immagine classica della sovranità statale, secondo ciò che preconizzava Léon Duguit, il fondatore della scuola di Bordeaux<sup>1</sup>. Le condizioni storiche che rendono possibile una tale presa di coscienza da parte del giurista sono note: la rivoluzione industriale, lo sviluppo tecnologico, la moltiplicazione dei bisogni sociali, la necessità di centralizzare il funzionamento delle infrastrutture (acqua, gas, trasporti, energia elettrica) così come di proteggere la sicurezza dei posti di lavoro e la sicurezza dei lavoratori attraverso una politica di igiene e di salute. Si tratta di esigenze inedite per lo Stato uscito dalla Rivoluzione, che non può più limitarsi a regolare il libero gioco delle forze economiche e sociali, ma deve ormai assumere un ruolo di produttore di beni pubblici<sup>2</sup>.

Tuttavia, invece di intendere la riflessione sul servizio pubblico come un problema strettamente interno al pensiero giuridico, sarebbe probabilmente più corretto inquadrarlo nell'orizzonte più vasto di una scienza generale dell'amministrazione alla cui elaborazione contribuiscono l'economia, la finanza, la statistica e, naturalmente, il diritto amministrativo. A questo proposito, si può constatare che

\* Il presente saggio è stato pubblicato in francese in A. STANZIANI (ed), *Dictionnaire historique de l'économie-droit. XVII<sup>e</sup> - XX<sup>e</sup> siècle*, Paris 2007, col titolo *Le service public au prisme du discours gestionnaire* e viene qui pubblicato per gentile concessione. La traduzione è di Elena Antonetti.

<sup>1</sup> L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris 1913, p. XIX.

<sup>2</sup> L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari 2001, pp. 400 ss.

una nuova griglia interpretativa di questa scienza comincia a imporsi tra Otto e Novecento. Rientra nei compiti della teoria del diritto amministrativo e della pratica d'impresa di operare la messa in forma di quella funzione unitaria e complessa che si chiama "gestione". La gestione designa contemporaneamente un'attitudine singolare delle istituzioni rispetto all'ambiente sociale a governare e una serie di pratiche normative rilevanti sia per l'amministrazione pubblica che per l'impresa. L'avvento della gestione annuncia, a partire da questo momento, una novità importante per il sistema dogmatico dei giuristi, dei sociologi, degli economisti e di tutti coloro che si interessano del fenomeno amministrativo o, come dice Maurice Hauriou, l'altro grande teorico del servizio pubblico, delle «scienze della condotta dei movimenti sociali»<sup>3</sup>. Gestire è una funzione ben più complessa che comandare o esercitare una prerogativa sovrana classica: quando un potere viene qualificato come gestionale, vengono in causa un nuovo statuto simbolico e forme particolari di regolazione. In questo contesto, la "gestione" si rivela essere uno strumento euristico prezioso per comprendere e inquadrare da un punto di vista storico e concettuale lo sviluppo del servizio pubblico in quanto modalità preminente della prestazione statale nei confronti dei cittadini.

Quanto alla riflessione intorno a una gestione economica propria della direzione delle imprese, essa non è confinata al suo ambiente di riferimento ma s'iscrive in una problematica europea più vasta che è quella dell'industrializzazione dello Stato uscito dalla prima guerra mondiale. Di fronte alla necessità, propria di questo periodo, di un'espansione delle funzioni dello Stato, gli strumenti burocratici, oberati dai danni causati dall'accumularsi di scartoffie e dalla lentezza delle procedure, si rivelavano non più adeguati alla trasformazione in corso. Così, le debolezze amministrative dello Stato si traducevano, secondo Henri Fayol, «in imprevidenza, organizzazione difettosa, cattivo comando, mancanza di coordinamento e controllo insufficiente», cioè nella negazione dei criteri alla base di una buona amministrazione<sup>4</sup>. Essendo evidenti gli inconvenienti nella macchina statale, ci si inizia a interrogare sulla possibilità di regolare i servizi pubblici secondo il regime proprio delle aziende private. A tal riguardo, la critica indirizzata, sempre da Fayol, all'organizzazione e al funzionamento dell'impresa governativa delle poste (P.T.T.) è esemplare: tra gli inconvenienti rilevati, egli metteva in evidenza i capi instabili e incompetenti, l'assenza di programmi a lungo termine, l'as-

<sup>3</sup> M. HAURIOU, *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif*, Paris 1899, vol. I, p. VII.

<sup>4</sup> H. FAYOL, *L'éveil de l'esprit public*, Paris 1918, pp. 7-8.

senza di bilanci, la mancanza di stimoli a incentivare lo zelo e a ricompensare i servizi resi, la mancanza di responsabilità<sup>5</sup>. Un giurista vicino a Fayol, Henri Chardon, sostiene con vigore l'idea di un'organizzazione razionale valida sia per le attività economiche che per le prestazioni pubbliche. Poiché l'intervento statale nel settore economico e finanziario appariva sempre più inevitabile dopo la guerra, s'impose l'esigenza di una razionalità gestionale unitaria in grado di superare la separazione tradizionale tra la modalità di gestione statale e quella industriale. Da quel momento la fusione dei due sistemi si prospetta come «il regime del futuro», perché l'amministrazione è chiamata a produrre un'utilità sociale così come l'impresa deve produrre un'utilità economica<sup>6</sup>.

Non possiamo approfondire qui la componente economico-industriale della pratica gestionale. Ci è sufficiente ricordare che la nozione di servizio pubblico rappresenta meno la griglia d'intelligibilità della gestione che non una reincarnazione puntuale, benché fondamentale, della sua razionalità storica più vasta.

*Gestione e servizio pubblico nel discorso del diritto amministrativo francese*

La connotazione attuale del concetto di gestione risente, in Francia, di alcuni avvenimenti che si sono prodotti alla fine dell'Ottocento. In quel momento, sotto la spinta del crescente interventismo statale, la scienza del diritto amministrativo si sforzava di elaborare una griglia d'intelligibilità generale per la nozione di servizio pubblico. Bisognava inquadrare la prestazione amministrativa nelle linee di principio che giustificavano la condotta statale: la legittimità della prestazione non poteva più fondarsi sul puro esercizio del potere pubblico, poiché veniva ormai richiesta la produzione di un'utilità sociale. Il rispetto della legge nel modo di procedere dell'amministrazione doveva essere accompagnato dalla costruzione di una strategia tesa a una serie di risultati economici e sociali. In realtà, il processo per cui lo Stato post-rivoluzionario s'impegna a sfruttare direttamente settori interi dell'economia risale, come si sa, all'inizio del diciannovesimo secolo e precisamente alla legge del 21 aprile del 1810 che istituiva il regime di monopolio sulle miniere. A partire da questa data sorge e si fa strada, a legittimare la produzione di un servizio pubblico, l'idea di utilità pubblica. In seguito, fu il turno delle ferrovie per le quali la legge dell'11 giugno del 1842 definiva le

<sup>5</sup> Cfr. H. FAYOL, *L'incapacité industrielle de l'État: les P.T.T.*, Paris 1921.

<sup>6</sup> H. CHARDON, *L'organisation d'une démocratie. Les deux forces, le nombre, l'élite*, Paris 1921, p. 35.

modalità di sfruttamento su concessione statale, prima che la legge del 18 maggio 1878 creasse la rete di Stato. Verso la fine del secolo, i giuristi cominciano a interrogarsi sull'espansione del processo di appropriazione da parte dello Stato della ricchezza nazionale, il che li obbliga a ripensare le forme operative di una funzione sovrana che fosse più vicina ai bisogni collettivi<sup>7</sup>. Attraverso la categoria della "gestione amministrativa", essi si rappresentano così un modello di pubblico potere che si esercita meno sotto la forma dell'autorità unilaterale che non sotto il segno della collaborazione con gli amministrati. Il primo a definire la categoria degli atti di gestione è Edouard Laferrière, ma si deve soprattutto a Maurice Hauriou lo studio sistematico di questi atti in quanto opposti agli atti di potere. Nella loro opinione, il potere pubblico esprime la sua funzione di comando su un ambiente (gli amministrati e i funzionari) considerato come il destinatario passivo di questa forza d'ingiunzione: un atto di nomina, per esempio, offre l'esempio classico di questo genere di potere. Invece, con gli atti di gestione «l'amministrazione appare talora come un potere che si afferma, talaltra come un servizio, cioè un lavoro, che si realizza»<sup>8</sup>. Per fare un altro esempio, mediante una concessione sul demanio statale i concessionari possono occupare un terreno per realizzare un interesse strettamente privato, come nel caso di una coltivazione agricola, ma possono anche fornire un servizio pubblico, come nel caso della rete ferroviaria. Nel primo caso, in assenza di una collaborazione per un interesse generale da parte dell'amministrato, si è in una situazione di potere, mentre l'esecuzione di un lavoro utile alla collettività iscrive il secondo tipo di concessione in una situazione di gestione. D'altro canto, ciò non vuol dire che nell'esecuzione di un servizio pubblico il potere pubblico sparisca, perché la costrizione rimane sempre la molla ultima per portare gli individui a collaborare<sup>9</sup>. La funzione della sovranità non è messa in discussione, si tratta piuttosto di coglierla trasversalmente attraverso la prospettiva atipica del suo dinamismo produttivo e non semplicemente nella posizione statica dell'autorità di comando. In questo senso, l'aspetto strettamente gestionale dell'attività amministrativa dipende dalla collaborazione che s'instaura con l'ambiente amministrato. La gestione si manifesta quando si attua un lavoro di cooperazione prolungata e continua tra la volontà

<sup>7</sup> Cfr. B. GENY, *Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'administration*, Paris 1930, pp. 49 ss.

<sup>8</sup> M. HAURIUO, *La gestion administrative*, cit., vol. II, p. 5.

<sup>9</sup> Cfr. P. COUZINET, *La théorie de la Gestion Publique dans l'oeuvre de Maurice Hauriou*, in «Annales de la Faculté de droit et de sciences économiques de Toulouse», 2/1968, p. 165.

pubblica da una parte e i cittadini e i funzionari dall'altra. Secondo Hauriou, il servizio pubblico è precisamente la realizzazione di questo incontro tra la decisione dell'autorità e il concorso attivo dei soggetti coinvolti nell'attuazione della volontà pubblica. Anche Duguit, dal canto suo, esalta il momento della collaborazione ma spinge molto più lontano la revisione delle prerogative classiche della sovranità, perché il servizio pubblico sposta una volta per tutte la posta governativa in gioco dalla parte dei doveri statali di cooperazione e di solidarietà, rimettendo in questione l'opposizione tra diritto privato e diritto pubblico. D'altra parte, Duguit respinge la distinzione tra atti di autorità e atti di gestione, poiché ogni intervento dell'amministrazione persegue, per lui, un fine proprio, irriducibile all'interesse dei privati: il funzionamento legale, cioè, di un servizio pubblico<sup>10</sup>.

Il servizio pubblico in quanto prestazione specifica di un'amministrazione gestionale si affranca da tutte le visioni "mistiche" dello Stato. Nessuna trascendenza della volontà sovrana: la forza e l'autorità dello Stato sono solo prestazioni che esso è in grado di assicurare. In definitiva, lontano dal modello classico del potere e delle sue prerogative di comando e di divieto, la gestione rinvia prima di tutto a un'attitudine dello Stato che consiste nel farsi carico dei bisogni economici: atti di proprietà, utilizzo delle risorse pubbliche, mantenimento delle imprese d'interesse comune, ecc.. Gli atti di gestione governano il corso ordinario dei rapporti sociali, mentre gli atti di potere rientrano essenzialmente nel campo del simbolismo dell'*imperium* e riguardano quindi situazioni solenni, eccezionali se non addirittura violente. In ogni caso, quando l'amministrazione incarna la modalità del potere, essa appare storicamente come il prodotto della Rivoluzione del 1789 e, conformemente a questa origine, funziona come un'istituzione di conflitto piuttosto che di pace, essendo il rapporto con l'amministrazione meno, per ipotesi, nell'ordine della vicinanza che della rottura. Al contrario, questa dimensione del conflitto e della costrizione tende a indebolirsi quando lo Stato si fa "gestionale" e organizza così i mezzi necessari all'appropriazione, alla produzione e al godimento collettivo dei vantaggi indispensabili al pubblico<sup>11</sup>. Questo modello di collaborazione tra pubblici poteri e cittadini è stato favorito, in Francia, dallo sviluppo del processo di decentramento territoriale che si era avviato con

<sup>10</sup> L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris 1913, pp. 145 ss.; L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris 1923, pp. 11 ss.

<sup>11</sup> Cfr. A. MATER, *L'État socialiste et la théorie juridique de la gestion*, in «La Revue socialiste», 223/1903, p. 69; B. GENY, *Essai d'une théorie générale de la collaboration*, cit., pp. 38 ss.

la Monarchia di Luglio e si era definito nel corso del secolo fino alle leggi del 10 agosto 1871 e del 5 aprile 1884, che riconoscevano il valore di diritto comune alle deliberazioni dei consigli generali e delle municipalità. Questo processo è ciò che ha fatto dire a un allievo di Hauriou che «il decentramento è una tendenza alla degradazione dell'amministrazione pubblica verso l'impresa privata; la collaborazione è la tendenza reciproca all'ascesa dell'impresa privata verso l'amministrazione pubblica»<sup>12</sup>.

Un'importante conseguenza pratica riguarda la distinzione tra gli atti di potere e gli atti di gestione. Grazie a questo rapporto di collaborazione tra l'autorità da una parte e i funzionari e gli amministrati dall'altra, la capacità d'intervento del giudice in caso di conflitto sugli atti di gestione, e dunque sui servizi pubblici, è abbastanza estesa. Non si limita ad annullare gli atti che sono l'oggetto di un ricorso secondo la formula tipica dell'eccesso di potere, ma è autorizzato a sostituire la sua propria decisione a quella delle autorità amministrative, prolungando così l'opera di collaborazione con gli amministrati. È per tale motivo che il contenzioso viene detto di piena giurisdizione, a differenza di quello più ristretto d'annullamento semplice, perché i suoi effetti sono più vari. L'atto in questione, per esempio, può essere riformato dal giudice, che detiene anche il potere di assegnare delle indennità<sup>13</sup>. Il momento giurisdizionale, qui, non serve a riparare l'attentato all'ordine formale del diritto di cui la violazione di un interesse particolare sarebbe la conseguenza secondaria. Il giudice interviene piuttosto in accordo pragmatico con l'atto amministrativo che è l'oggetto del ricorso, assicurando a tale atto le operazioni di concreta esecuzione. La rottura della regola non rappresenta il fatto principale che richiede l'intervento del giudice, essendo quest'ultimo stato chiamato più per partecipare a un'opera di "produzione" che per constatare e sanzionare. La gestione esige una tendenza permanente e illimitata ad amministrare, anche nelle situazioni in cui si tratta di formulare un giudizio. Essa si situa nell'ordine temporale della durata e nella modalità funzionale della reiterazione degli atti. Il suo spirito è la ricerca del compromesso tra l'amministrazione e l'amministrato, il quale viene considerato come il *socium* di un'impresa comune – la produzione del servizio pubblico – e non come il destinatario di un atto di potere<sup>14</sup>. L'annullamento dell'atto amministrativo si raggiunge invece nell'unicità della decisione giurisdizionale, nello stesso modo in cui la situazione di potere si compie nel gesto istantaneo del comando sovrano.

<sup>12</sup> B. GENY, *Essai d'une théorie générale de la collaboration*, cit., p. 58.

<sup>13</sup> Cfr. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris 1921<sup>10</sup>, p. 414.

<sup>14</sup> Cfr. M. HAURIOU, *La gestion administrative*, cit., vol. II, pp. 46 ss.

In uno Stato gestionale, il diritto racchiude in sé una forza prima di tutto costitutiva e non semplicemente imperativa, dal momento che le idee di prescrizione e di trascendenza sovrana sono in via di principio condizionate dalle esigenze di organizzazione e di continuità regolamentare. Il funzionamento dello Stato gestionale disegna così una spazializzazione orizzontale del potere che, ponendosi in contatto attivo col pubblico, accresce gli effetti di una normatività meno gerarchica e più diffusa. Nelle situazioni di potere, l'amministrazione incontra l'amministrato come un puro e semplice vicino, come una presenza contingente posta su questa frontiera della legalità che non può essere superata dall'autorità. La regolamentazione della cosa pubblica è un affare oggettivo ed esclusivo dell'amministrazione, che agisce per sé stessa e circoscrive la pretesa dei cittadini allo svolgimento legale degli atti pubblici. Al contrario, le situazioni di gestione implicano una forma di *negotium* tra le parti perché l'amministrato detiene, nei confronti del potere pubblico, diritti che vertono sui contenuti stessi della condotta amministrativa:

«[l'amministrato] ha diritto all'indennità quando, in una materia di gestione, gli è stato causato un pregiudizio dall'amministrazione; egli ha ugualmente il diritto a non realizzare che il suo apporto legale (ciò che spiega il contenzioso delle imposte); [...] ha diritto al regolamento definitivo dell'impresa quando si tratta di un'operazione a termine fisso, come un mercato di lavori pubblici; [...] ha diritto infine alla divisione dei benefici (mensilità, pensioni dei funzionari ecc.)»<sup>15</sup>.

Si comprende bene allora la sottolineatura un po' sibillina del docente di Tolosa che constata come la categoria della gestione sia «flessibile, insinuante, agente indefinito di progresso per mero diritto amministrativo»<sup>16</sup>. La penetrazione sociale del servizio pubblico si giustifica, di conseguenza, sulla base di questa nuova piega del potere amministrativo incarnata dalla gestione.

La definizione della natura e dell'estensione della nozione di servizio pubblico passa nondimeno attraverso il lavoro della giurisprudenza del Tribunale dei conflitti e del Consiglio di Stato. La presa di possesso del giudice competente rappresenta l'occasione per precisare la situazione giuridica che caratterizza un servizio pubblico. Nel celebre *affaire Terrier* davanti al Consiglio di Stato (6 febbraio 1903), il commissario del governo Jean Romieu, che aveva letto Hauriou<sup>17</sup>, osserva che, indipendentemente dal tipo di mezzo impiegato, atto d'autorità o contratto, quando la questione riguarda l'organizzazio-

<sup>15</sup> M. HAURIUO, *La gestion administrative*, cit., pp. 57 ss.

<sup>16</sup> Ivi, p. 32.

<sup>17</sup> Cfr. J. RIVERO, *Hauriou et l'avènement de la notion de service public*, in *L'évolution du droit public. Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris 1956, pp. 461-471.

ne e l'esecuzione dei servizi pubblici, generali o locali, la competenza è della giurisdizione amministrativa. Il soddisfacimento di un interesse collettivo pone subito l'amministrazione sul terreno della gestione pubblica; ma dal momento in cui l'amministrazione opera come un privato che gestisce il suo dominio privato o che contratta con un altro privato allora essa si situa in un rapporto di diritto comune ed è sottoposta ai tribunali giudiziari. Questa eccezione residuale, che poneva l'amministrazione sul terreno della gestione privata, non era per questo in grado di indirizzare gli orientamenti della giurisprudenza e di quella che stava diventando la scuola del servizio pubblico ispirata a Duguit. Se il commissario di governo Léon Blum nella decisione *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (Consiglio di Stato, 3 giugno 1912) prolungava la distinzione tra gestione pubblica e gestione privata inaugurata dalla decisione *Terrier*, già la decisione *Feutry* (Tribunale dei conflitti, 29 febbraio 1908), presa in base alle conclusioni del commissario di governo Georges Teissier, aveva respinto la fondatezza di tale distinzione e aveva qualificato come amministrativo ogni atto compiuto in vista di un servizio pubblico. La conseguenza di ciò era l'applicazione massiva del contenzioso amministrativo ai rapporti extra-contrattuali tra amministrazioni dipartimentali e privati, un risultato che la decisione *Thérond* (Consiglio di Stato, 4 marzo 1910), che accoglieva le argomentazioni del commissario di governo Georges Pichat, avrebbe esteso alla materia contrattuale nei rapporti coi comuni. A questa evoluzione giurisprudenziale corrisponde la presa di posizione di giuristi come Roger Bonnard, Marc Réglade, Louis Rolland e soprattutto Gaston Jèze, i quali, seguendo tutti Duguit, si rifanno anche loro all'antica distinzione tra gestione pubblica e privata per giungere a una visione monista: agli occhi di Jèze, il servizio pubblico non era altro che il risultato dei procedimenti messi in atto dal governo per soddisfare l'interesse generale. Si tratta di una conclusione che mostrava la difficoltà per la dottrina di emancipare la sfera del servizio pubblico e la sua dimensione gestionale dall'impresa tradizionale esercitata dall'amministrazione di potere<sup>18</sup>.

Ma al di là di queste dispute dottrinarie che mirano, in definitiva, a utilizzare la nozione di servizio pubblico per regolare la competenza a giudicare, è altrettanto importante cogliere il servizio pubblico in azione, nella misura in cui esso configura, per esempio, un errore dell'amministrazione. I commissari di governo Romieu (*affaire Cames*, 21 giugno 1895), Teissier (*Le Berre*, 28 maggio 1903) e lo stesso Consiglio di Stato finiscono per riconoscere i casi in cui «c'è errore del servizio pubblico che ha funzionato male», allorché un

<sup>18</sup> Cfr. F. BURDEAU, *Histoire di droit administratif*, Paris 1995, p. 348.

incidente si è prodotto durante la sua esecuzione. In una nota agli *affaires Tommaso Greco e Auxerre* (10 febbraio 1905) giudicati in modo differente dal Consiglio di Stato – nel primo caso il richiedente si è visto respingere la propria domanda d'indennizzo perché l'incidente di cui era stato vittima non poteva essere imputato a un errore del servizio pubblico; mentre nel secondo caso le circostanze erano tali che l'incidente accaduto era naturalmente attribuibile alla responsabilità dello Stato – Hauriou torna sull'opposizione tra teoria dell'errore e teoria del rischio a proposito dell'esecuzione di un servizio pubblico. Applicato dal Consiglio di Stato in altri casi, come quelli in cui si avevano danni permanenti causati alle proprietà dall'esecuzione o dalla vicinanza di opere pubbliche – in questa situazione era sufficiente provare il danno e non la colpa da parte dell'amministrazione –, la teoria del rischio non trova applicazione in materia di servizio pubblico. E se ne comprende la ragione: a differenza dell'impresa, che è coperta da un'assicurazione per gli incidenti sul lavoro, l'amministrazione, essendo sua specifica caratteristica assicurare, privilegerà ragionevolmente la teoria dell'errore, perché la sua responsabilità sarà valutata in concreto «secondo le abitudini di diligenza del servizio». Tanto più che l'amministrazione «potrà stimolare la diligenza dei suoi agenti, in modo che non la mettano più in errore: essa potrà cioè innalzare il livello del servizio pubblico, mentre la teoria del rischio non potrebbe che abbassarla»<sup>19</sup>. L'errore del servizio pubblico chiama in causa in realtà la responsabilità dello Stato di cui esso è in quel momento personificazione, essendo il servizio pubblico, di suo, privo della personalità giuridica necessaria per potergli imputare una colpa.

Vediamo dunque disegnarsi una pratica del servizio pubblico che genera conseguenze concrete, soggettive e oggettive, al suo *modus operandi* e rivela, una volta di più, la presenza complementare del modello d'impresa per chiarire il lavoro compiuto dall'amministrazione pubblica. In un caso come nell'altro la griglia d'intelligibilità fornita da un dispositivo complesso qual è la gestione dimostra tutta la sua pertinenza.

#### *Amministrazione e gestione*

Due eventi principali derivano da questo nuovo funzionamento del potere statale. In primo luogo, poiché i rapporti gestionali implicano una prossimità di posizioni di tutti gli attori che concorrono al servizio pubblico, la funzione giurisdizionale non si limita a constatare la lesione degli interessi particolari per opera dell'attività

<sup>19</sup> M. HAURIOU, *Notes d'arrêts sur les décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits publiées au Recueil Sirey du 1892 à 1928*, 3 voll., Paris 1929, vol. I, p. 528.

amministrativa; essa deve piuttosto impegnarsi ad assicurare la continuità di governo, cioè il compimento delle prestazioni che realizzano un servizio pubblico.

In secondo luogo, un atto di gestione non si limita a mettere in atto la prestazione di questo servizio. Poiché la sua logica riguarda la funzione giudiziaria in quanto tale, esso produce un ulteriore effetto. In uno Stato gestionale, il compito di rendere giustizia contribuisce a una logica di governo mirante all'efficacia. La gestione permette in tal modo di superare la separazione classica tra le funzioni di amministrare e di giudicare. Entrambe sono ora riunite sotto l'egida di un dispositivo sintetico del potere pubblico. Segno storico per eccellenza dell'autorità sovrana e della sua volontà decisionale, l'esercizio della giustizia, alla fine del diciannovesimo secolo, comincia anch'esso a essere colpito dallo spirito cooperativo proprio della gestione. Dietro le relazioni di potere classiche, si configura la visione di un *consortium* sociale e amministrativo:

«Possiamo dire – si domanda Hauriou – che ci sia collaborazione dell'ambito amministrabile col servizio della giustizia? Certamente e in modi molteplici. Tutti noi, per la fiducia nell'abilità e nell'imparzialità dei magistrati, contribuiamo all'autorità della cosa giudicata. Nelle istruttorie penali, i testimoni concorrono all'accertamento della verità; qualche volta dà il suo contributo anche la stampa; lo stesso imputato dà il suo contributo, poiché la nostra legislazione ammette l'interrogatorio dell'imputato. Da questo punto di vista, l'attività giudiziaria è ben in collaborazione, non si trattava che di osare mettercisi»<sup>20</sup>.

Detto in altri termini, l'attività giurisdizionale si rivela essere il servizio pubblico primordiale.

L'affermazione di uno Stato come istituzione cooperativa a detrimento di uno Stato come apparato di costrizione si fonda ormai sul ruolo del servizio pubblico e sulla missione politica che quest'ultimo è chiamato a compiere. Hauriou coglie perfettamente questo valore aggiunto alla funzione strettamente economica che caratterizza la gestione amministrativa:

«sebbene la nostra condizione sociale sia, principalmente, fondata sulla ricchezza, sebbene la cosa pubblica ci appaia, sempre più, come un'impresa nazionale, di commercio, di industria e di finanza, io non credo che in realtà il lavoro di esecuzione dei servizi pubblici produca unicamente un risultato economico. Credo che esso contribuisca, attraverso la centralizzazione che crea, a costituire e a mantenere l'unità politica del paese»<sup>21</sup>.

Hauriou scrive nel periodo cruciale in cui l'elaborazione di una teoria economica della gestione stava via via svanendo in modo sistematico. La concorrenza del modello gestionale d'impresa comin-

<sup>20</sup> M. HAURIUO, *La gestion administrative*, cit., vol. II, p. 14.

<sup>21</sup> *Ivi*, p. 6.

ciava a spostare la posta in gioco su un terreno che non era più strettamente giuridico, perché altre pratiche regolamentari e organizzative erano pronte a forgiare questa funzione complessa. E, d'altro canto, è sufficiente tornare a certe considerazioni del giurista per avere la percezione dell'influenza netta che il lessico economico esercita ormai sul ragionamento e sul linguaggio della scienza del diritto pubblico:

«l'impresa amministrativa dev'essere considerata come un'impresa giuridica di gestione d'affari. Da una parte, quando l'amministrazione organizza un servizio pubblico e lo rende esecutivo, si occupa di affari pubblici; dall'altra però, essa non è un mandatario del pubblico, non ha contratto col pubblico, agisce in virtù della sua autonomia e della sua sovranità; è essa a prendere l'iniziativa di immischiarsi nella questione. Proprio questi sono gli elementi essenziali della gestione d'affari»<sup>22</sup>.

Le riflessioni di Hauriou rappresentano lo sforzo più sistematico su un argomento destinato a diventare sempre meno difficile per i giuristi. La gestione, in effetti, entrerà in seguito nel sistema concettuale e linguistico della scienza amministrativa per distinguere i casi in cui l'amministrazione agisce sotto forma di gestione pubblica o sotto forma di gestione privata. E anche la distinzione classica tra atti di potere (o d'autorità) e atti di gestione finisce per essere svuotata della sua ragione d'essere, qualificandosi ormai la funzione amministrativa secondo un nuovo regime binario: le attività amministrative che costituiscono un servizio pubblico sono separate dalle altre attività pubbliche che non adempiano a questa funzione. Inoltre, nell'esecuzione dei servizi pubblici, la giurisprudenza individuerà elementi di gestione pubblica sottoposti al giudice amministrativo e procedimenti di gestione privata che competono al giudice ordinario (in materia di contratti, per esempio). Attraverso la creazione giurisprudenziale della categoria dei «servizi industriali e commerciali» (decisione *Bac d'Eloka*, Tribunale dei Conflitti, 22 gennaio 1921), si arriva così a isolare un ambito interamente sottomesso alle regole del diritto privato, essendone esclusi per principio i procedimenti pubblici della gestione amministrativa. Nella sua duplice natura, la gestione serve così a differenziare i regimi giuridici delle prestazioni pubbliche e gli organi giurisdizionali competenti. La storia del servizio pubblico, una nozione che sembra vivere una sua crisi permanente da almeno mezzo secolo, riflette, in definitiva, le metamorfosi di una razionalità gestionale che non cessa di modificarsi.

<sup>22</sup> M. HAURIUO, *Précis de droit administratif*, cit., p. 341.