

Democrazia e Amministrazione nella *Reine Rechtslehre*: tra legalità e politicizzazione.

Giorgio Bongiovanni

I. Il problema storico della *Bezirksverwaltung* in Austria.

Il 1° ottobre 1920, dopo sole tre sedute, viene approvato a Vienna dalla *Konstituierende Nationalversammlung*, il testo definitivo della Costituzione della prima Repubblica austriaca¹. Con questo atto, frutto di un lungo periodo di contrapposizioni e mediazioni tra le forze politiche e tra potere centrale e *Länder* e che deve la sua elaborazione finale ai lavori della *Unterausschusses des Verfassungsausschusses*², vengono fissati e sintetizzati, nel testo costituzionale, i risultati di un periodo di profonde trasformazioni e di un faticoso compromesso. Il compromesso raggiunto è però soltanto parziale: la costituzione, come sostenne Ignaz Seipel, relatore alla Assemblea Costituente, era un corpo mutilo, *ein Verfassungstorso*³. Tra le questioni rimaste in sospeso una è particolarmente rilevante per il nostro contesto e si riferisce ad un tema istituzionale che in Austria presenta forti specificità e che nel primo dopoguerra è più volte al centro del dibattito politico-costituzionale: quello del nuovo ordinamento dei

La traduzione delle citazioni presenti nel testo è mia. I brani originali sono riportati in nota.

¹ Sul processo di formazione della Costituzione si vedano, in generale: H. KELSEN, *Österreichisches Staatsrecht*, Tübingen 1923; F. ERMACORA, *Zur Entstehung*, in *Das österreichisches Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung*, hrsg. von H. SCHAMBECK, Berlin 1980; G. SCHMITZ, *Die Vorentwürfe Hans Kelsen für die österreichische Bundesverfassung*, Wien 1981; A. ABLEITINGER, *Grundlegung der Verfassung, in Österreich 1918-1938*, hrsg. von E. WEINZIERL und K. SKALNIK, Graz-Wien-Köln 1983.

² I resoconti dei lavori della Commissione sono pubblicati in F. ERMACORA, *Quellen zum Österreichischen Verfassungsrecht*, Wien 1967

³ F. ERMACORA, *Zur Entstehung*, cit., p.14

Gemeinden e soprattutto delle circoscrizioni amministrative intermedie tra *Gemeinden* e *Länder*.

Gli articoli da 115 a 120 che si occupavano della materia, pur contenendo norme abbastanza dettagliate, rinviavano ad una futura legge costituzionale federale e a leggi di attuazione dei *Länder*, per essere rese operative. «L'amministrazione statale generale nei *Länder*», recitava l'articolo 115, «viene organizzata in conformità alle seguenti disposizioni secondo il principio di autonomia». «Circoscrizioni amministrative e corpi autonomi, in cui i *Länder* si dividono» specificava il primo comma dell'art.116 «sono i Comuni locali (*Ortsgemeinden*) e i Comuni territoriali (*Gebietsgemeinden*).

Questi ultimi e cioè i comuni territoriali erano il cardine di questo sistema: essi avrebbero dovuto essere enti autonomi, con organi elettivi, sovraordinati ai comuni tradizionali ma subordinati ai *Länder*. Le loro competenze erano però da determinarsi e solo ai comuni locali la Costituzione garantiva determinate competenze. Nel disegno costituzionale i comuni territoriali avrebbero dovuto esautorare le *Bezirkshauptmannschaften*, spina dorsale della burocrazia austriaca, e divenire perciò gli organi più importanti della amministrazione federale indiretta⁴.

Al carattere programmatico di queste disposizioni si aggiungeva il fatto che l'art.120 secondo il quale per la «determinazione dei principi per l'organizzazione della Amministrazione statale generale nei *Länder*» era necessaria, come abbiamo visto, una legge costituzionale federale, si sovrapponeva con le disposizioni del I comma dell'art.12 (organizzazione dell'Amministrazione nei *Länder*) che demandava l'istituzione e l'organizzazione della Autorità periferica alla competenza del legislatore provinciale, nell'ambito della legislazione federale di principio. Infine, a complicare ulteriormente il quadro, la legge di transizione che accompagnò la promulgazione della Costituzione, stabilì all'art.42 che gli artt. da 10 a 13 e l'art.15 della Costituzione (relativi alla ripartizione delle competenze legislative ed esecutive del *Bund* e dei *Länder*), non sarebbero entrati in vigore se non quando fossero state emanate tre leggi costituzionali: tra

⁴ H. Kelsen, *Österreichisches Staatsrecht*, cit., p. 206; H. Kelsen, G. Fröhlich, A. Merkl, *Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich*, Wien-Leipzig 1922, pp. 230-232; P. Petta, *Il sistema federale austriaco*, Milano 1980, pp.140-156

queste anche quella relativa alla organizzazione statale generale nei *Länder*⁵.

Questa complessa situazione normativa che deriva e riflette il disaccordo tra le diverse forze politiche e istituzionali, lasciava così aperte diverse possibilità in relazione alla organizzazione dell'ente intermedio⁶. L'importanza della organizzazione distrettuale affondava le sue radici nella Amministrazione imperiale. I caratteri di fondo della Amministrazione austriaca nel cinquantennio della Monarchia costituzionale (1867, *DezemberVerfassung* - 1918) erano ancora quelli tradizionali fin dai tempi di Maria Teresa e di Giuseppe II: una burocrazia professionale la cui qualità è stata forse esagerata, ma di cui erano indiscusse la correttezza e la diligenza⁷. Questa burocrazia era organizzata secondo un principio monocratico e gerarchico: la maggior parte dei compiti faceva capo alla «amministrazione politica», cioè al Ministero dell'interno. L'ossatura fondamentale di questo sistema, gli organi di prima istanza, erano le *Bezirkshauptmannschaften*, le cui competenze si estendevano dalla «polizia» in senso stretto a tutto ciò che non fosse attribuito espressamente ad altre autorità. Queste Capitanerie distrettuali erano, ad esempio, nel 1907, 363, con una popolazione media di circa 69.000 abitanti: una articolazione molto capillare che ne faceva un istituto a diretto contatto con la popolazione, ai cui occhi finiva in pratica per identificarsi con lo Stato⁸. L'organo di seconda istanza, in questo sistema, era costituito dai Governatori, la cui circoscrizione coincideva di regola coi *Länder*, mentre organo di terza istanza era il Ministero dell'interno. Va notato come questa organizzazione fosse solo una parte della Amministrazione dell'Impero: al suo fianco vi era l'Amministrazione

⁵ H. Kelsen, G. Fröhlich, A. Merkl, *Die Verfassungsgesetze...*, cit., pp.304-305; H. Widder, *Die Entstehung und Entwicklung des Parlamentarismus der Republik Österreich*, in *Österreichs Parlamentarismus*, hrsg. von H. Schambeck, Berlin 1986, p.247

⁶ H. Miehsler, *Demokratisierung der Bezirksverwaltung in Österreich*, in *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, hrsg. von A. Merkl e Altri, Wien 1971, pp.144-152. Della riorganizzazione amministrativa dell'Impero, in relazione alla costituzione di enti intermedi democratici in una struttura federalista, si era fatto sostenitore K. Renner. Si veda K. Renner, *Das Selbststimmungsrecht der Nationen*, Wien-Leipzig 1918

⁷ W. Goldinger, *Verwaltung und Bürokratie, in Österreich 1918-1938*, cit., p.196; P. Petta, *Il sistema federale...*, cit., pp.27-28

⁸ E. Mischler, *Staatsgebiet*, in *Österreichisches Staatswörterbuch*, hrsg. von E. Mischler und J. Ulbrich, Wien 1905/1909, IV, p.365; H. Miehsler, *Demokratisierung...*, cit., pp.142-144

autonoma, pensata come sistema organico, del tutto separata dalla prima, le cui competenze si intrecciavano in modo alquanto irrazionale con quelle dell'Amministrazione politica e carente di poteri d'imperio. Questa Amministrazione era così confinata in linea di principio alla cosiddetta *Wirtschaftsverwaltung*⁹. Dopo il crollo della Monarchia e la Costituzione provvisoria del 30 ottobre 1918, furono esautorati i Governatori, il cui potere venne assunto dalla Amministrazione autonoma, ma non le Capitanerie distrettuali, che restano organizzate secondo il modulo tradizionale.

L'amministrazione distrettuale rimane, nel nuovo ordinamento, l'unico gradino autocratico nella piramide assembleare che nella giovane repubblica austriaca va dal consiglio comunale al consiglio nazionale, passando per la dieta del *Land*. La democratizzazione della *Bezirksverwaltung* resta un problema aperto dal punto di vista politico e, come abbiamo visto, costituzionale, ed in esso si convogliano prospettive e contraddizioni di un periodo storico in cui il rapporto tra democrazia e amministrazione, con le sue declinazioni, si presenta come un nuovo problema politico, non più confinabile nelle tradizionali problematiche, dall'autonomia comunale alla contrapposizione tra funzionari onorari e burocrazia professionale, fino al modello inglese del *Selfgovernment*¹⁰. Il rapporto tra burocrazia e ordinamento democratico, tra parlamentarismo, Stato dei partiti e *Monarchisches Beamtentum*, si presenta come questione centrale del primo dopoguerra.

2. Amministrazione legittima e principio di legalità

La spinta all'analisi di questo problema, da parte dei giuristi, non deriva così direttamente da esigenze di tipo sistematico o di rielaborazione dogmatica ma da una questione immediatamente politica e da un concreto impegno costituzionale. Questo vale per H. Kelsen e A. Merkl, che dalla partecipazione ai lavori di elaborazione del

⁹ H.C. HELLBLING, *Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, Wien 1956; W. GOLDINGER, *Die Zentralverwaltung in Cisleithanien*; H.C. HELLBLING, *Die Landesverwaltung in Cisleithanien*, entrambi in *Die Hasburgermonarchie 1848-1918*, hrsg. von A. WANDRUSZKA und P. URBANITSCH, Wien 1973-1980, II

¹⁰ Lo sottolinea B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, Milano 1987, p.319

testo costituzionale¹¹, si accingono ad affrontare i problemi aperti per la giovane repubblica austriaca. La questione assume però, in relazione alla situazione storica, valenze generali, di scelta tra diverse configurazioni della forma-Stato. Da un lato la recentissima esperienza sovietica e la realtà, nel primissimo dopoguerra, della *Österreichische Revolution*¹², caratterizzata dalla diffusione di potenti *Arbeiter und Soldatenräte*¹³ e dal modello di una «democrazia funzionale» che si caratterizza per il superamento della antitesi storica fra potere esecutivo e legislativo, spingono ad affrontare il problema in termini più complessivi. Dall'altro lato, una considerazione generale di questo problema, era offerta dall'analisi weberiana della burocrazia¹⁴. Lo specifico problema della *Bezirksverwaltung* si fonde con preoccupazioni di carattere generale, alla ricerca di una soluzione sia pratica che teorica. Il problema del rapporto tra democrazia e amministrazione viene così da Kelsen, nella prima edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, riferito a due versanti, da un lato alla «insospettata ipertrofia del parlamentarismo» nella *Sowjetverfassung* e, dall'altro, alle preoccupazioni weberiane sulla tendenza della burocrazia a tradursi in autocrazia¹⁵. Il problema è anche però strettamente giuridico e discende direttamente dalla adozione della *Stufenbaulehre* che in quegli anni Kelsen stava adattando al proprio patrimonio concettuale, sulla base di una serie di lavori di A. Merkl. La scoperta della realizzazione dinamica dell'ordinamento, estendendo il processo di creazione del diritto aldilà del quadro nel quale formalmente si esplica la funzione legislativa, estende immediatamente e di necessità il problema democratico a tutti i gradi di attuazione del diritto: «viene a mancare perciò ogni fondamento per limitare il

¹¹ Kelsen attraverso l'elaborazione, su incarico di K. Renner, di sei progetti di Costituzione tra l'agosto e l'ottobre del 1919. Entrambi con la partecipazione ai lavori della Sottocommissione Costituzionale.

¹² K.R. STADLER, *Die Gründung der Republik*, in *Österreich 1918-1938*, cit., p.73

¹³ W. GOLDINGER, *Der geschichtliche Ablauf der Ereignisse in Österreich von 1918 bis 1945*, in *Geschichte der Republik Österreich*, hrsg. von H. BENEDIKT, Wien 1954, p.49; K.R. STADLER, *Die Gründung*, cit., p.77

¹⁴ M. WEBER, *Parlamento e governo e altri scritti politici*, Torino 1982, pp.64 e ss.

¹⁵ H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd. 47 (1920-21), p.65 (*ungeahnte Hypertrophie des Parlamentarismus*)

principio della organizzazione democratica ad uno stadio più o meno arbitrariamente preso di questo processo¹⁶. Emerge la contraddizione insita nel rapporto tra un legislativo democratico ed un esecutivo organizzato in modo «autocratico», una contraddizione che deriva direttamente dalle preoccupazioni presenti con tanta chiarezza nelle pagine di Max Weber: «in questa burocrazia risiede il maggiore pericolo per la democrazia»¹⁷. Il problema non è però risolto ma si complica di fronte alla realtà delle esigenze della divisione del lavoro, della professionalizzazione, delle conoscenze specialistiche che certo non corrisponde agli ideali della «*unmittelbaren Demokratie*» ma che è 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*»¹⁸.

L'ideale della democrazia nella sua declinazione più radicale si scontra così, nel campo amministrativo, con le esigenze di specializzazione, di compiti altamente qualificati dal punto di vista tecnico, che Weber aveva individuato come elementi fondamentali della organizzazione dello Stato. Il problema apertosi resta così senza una iniziale soluzione teorica e lo stesso problema costituzionale della *Bezirksverwaltung* viene affrontato in termini non sistematici, alla ricerca di «stabilire un equilibrio di forze, compito proprio di ogni tecnica costituzionale»¹⁹. Le iniziali soluzioni rimandano così immediatamente ad una tematica concretamente istituzionale e alle diverse proposte di democratizzazione. Tali proposte si caratterizzavano, d'altra parte, per un modello di amministrazione che rispetto alla tradizionale struttura burocratica si contraddistingueva per la designazione elettiva degli organi amministrativi da parte degli amministrati. Questo modello, pur non riducendosi all'antitesi stretta fra nomina ed elezione, finiva in sostanza per vedere i problemi di democrazia dell'Amministrazione come estensione al potere amministrativo delle forme della

16 Ibidem, p.68 (*dann fehlt jeder Grund dafür, das demokratische Organisationsprinzip auf ein mehr oder weniger willkürlich herausgegriffenes Stadium dieser prozesse zu beschränken*)

17 Ibidem, p.70 (*in dieser Bureaukratie liegt die grösste Gefahr für die Demokratie*)

18 Ibidem, p.72

19 H. KELSEN, *La democrazia nella Amministrazione*, in *Il primato del Parlamento*, Milano 1982, p.75

democrazia rappresentativa. In questo senso nelle proposte di riforma il problema della democratizzazione tende a contrarsi nella prospettiva della contrapposizione tra burocrazia onoraria o professionale e nella presenza di diverse istanze rappresentative all'interno dell'ordinamento unitario, abbracciando quindi una problematica che più che alla democratizzazione delle strutture burocratiche, fa riferimento alla dinamica centro/periferia. Il tema principale era infatti quello della costituzione di un ennesimo livello collegiale che, in una ulteriore ripartizione di competenze legislative ed esecutive, completasse la struttura federale²⁰.

La soluzione di Kelsen e Merkl, sostanzialmente negativa rispetto a questa trasformazione, trova il suo punto di partenza in un problema che queste proposte trascurano e la cui soluzione appare quasi impossibile: quello della legittimità dell'azione amministrativa. Da un punto di vista politico infatti «in caso di conflitto tra una comunità più estesa e una più ristretta, un caso tanto più probabile quando sono diverse le relazioni di maggioranza politica nelle diverse circoscrizioni e quando queste possono moltiplicarsi in una organizzazione amministrativa a più gradi, la cosiddetta organizzazione amministrativa autocratica dà la più grande possibilità che si affermi la volontà dell'ambito sociale più ampio, mentre l'organizzazione democratica offre la più grossa possibilità all'affermazione di quella dell'ambito più ristretto»²¹.

Rispetto a questo problema «solo la legittimità assicura l'attuazione della volontà del popolo espressa nelle leggi, facendo sì che questa democrazia non conduca un'esistenza apparente nei bollettini ufficiali ma si realizzi effettivamente nei concreti rapporti giuridici. Sul piano della tecnica costituzionale, il mezzo più adatto per assicurare la legittimità dell'azione amministrativa è senza dubbio il sistema ministeriale, in cui l'attuazione delle leggi è affidata ad un solo funzionario, scelto secondo criteri esclusivamente

20 H. MIEHSLER, *Demokratisierung der Bezirksverwaltung*, cit., p.158

21 A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin 1927, p.340 (*Im Falle des Konfliktes zwischen umfassender und engerer Volksgemeinschaft, ein Fall, der um so näher liegt, wenn die politischen Mehrheitsverhältnisse in den verschiedenen Volkskreisen sind, und der sich in einer mehrstufigen Verwaltungsorganisation vervielfachen kann, bietet die sogenannte autokratische Verwaltungsorganisation die grössere Wahrscheinlichkeit, dass sich der Wille des umfassenderen Volkskreises, die demokratische Verwaltungsorganisation jedoch die grössere Wahrscheinlichkeit, dass sich der Wille des engeren Volkskreises durchsetzt*)

tecnici e non politici, chiamato all'ufficio dall'organo legislativo e da questo revocabile, personalmente responsabile verso il medesimo, per l'appunto, della legittimità dell'amministrazione»²². Sulla base di questa prospettiva la questione si pone nella contrapposizione rigida tra *Demokratisierung* e *Gesetzlichkeit* della Amministrazione, che in termini teorici si dispone nella distinzione sviluppata nella *Allgemeine Staatslehre* tra *Demokratie der Gesetzgebung* e *Demokratie der Vollziehung*, ed il ruolo della burocrazia si inverte: da struttura pericolosa anche se indispensabile per la democrazia, si converte in un garante della legittimità e della stessa democrazia. L'unica corretta funzione democratica della Amministrazione, che per questo deve ispirarsi a modelli organizzativi di tipo autocratico, diventa, in questa prospettiva, il salvataggio del contenuto politico della legislazione. La questione diventa oggetto di valutazioni generali, posta la contrapposizione tra democrazia della legislazione e quella dell'esecuzione, il problema si scioglie nella affermazione di un deciso primato della prima²³. Partendo da questa prospettiva il problema trova una sua definizione teorica tendenzialmente valida per ogni ordinamento democratico-rappresentativo: il modello della Amministrazione legittima si traduce nel postulato della legalità amministrativa²⁴. La soluzione di Kelsen e Merkl è nota: il principio di legalità che determina l'azione amministrativa come dipendenza dalla legge nel senso di una precisa *Gesetzmässigkeit*²⁵, costruito inizialmente contro le istituzioni giuridiche della monarchia costituzionale²⁶, esprime, oltre che un postulato di teoria generale del diritto, un preciso modello costituzionale ed un ordinamento dei poteri dello Stato fondato sulla centralità della legge e del Parlamento. La soluzione costituzionale si lega alla teoria politica secondo una versione universalmente nota: l'essenza della democrazia si traduce nella assoluta centralità del Parlamento e in un immediato primato della legge, forma sintetica e definitiva del compromesso necessario in una società divisa e organizzata in partiti. Il Parlamento diviene

22 H. KELSEN, *La democrazia nella Amministrazione*, cit., pp.71-72

23 H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, pp. 361 e ss.

24 A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p.339.

25 Ibidem, pp.162-163

26 H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen 1923, pp.491-514

in questa prospettiva e secondo una interpretazione prevalente²⁷ l'unico centro di espressione della volontà politica e la legge, come norma generale, secondo il modello ottocentesco, espressione di un potere completamente giuridicizzato. Il problema della democratizzazione della Amministrazione si riduce a quello della sua completa giuridicizzazione, attraverso la dipendenza completa dalla legge e il postulato della sua neutralità.

3. Potere discrezionale, amministrazione dell'economia e politicizzazione

Questa soluzione che, come è stato notato non collima con alcune premesse del sistema generale della *Reine Rechtslehre*²⁸, non è però l'unica. Se analizziamo più a fondo l'analisi che Kelsen e Merkl conducono della Amministrazione e l'impostazione più complessiva del problema della sua democratizzazione, il quadro risulta più complesso e politicamente più rilevante. Si delinea cioè dietro la prospettiva della legalità un secondo livello di riflessione in cui trovano spazio l'analisi delle trasformazioni della organizzazione amministrativa e il problema della democratizzazione trova un altro punto di sviluppo. All'interno dell'analisi della struttura dello Stato e dell'ordinamento giuridico, nei diversi livelli dello *Stufenbau*, e presupposto il livello creativo delle norme esecutive, il problema della democratizzazione della Amministrazione viene coerentemente individuato all'interno della discrezionalità amministrativa (*Ermessensfreiheit*). Questa dimensione, volta a porre una differenziazione di ambiti a cui si collegano soluzioni diverse, viene messa in evidenza in termini molto

27 H. DREIER, *Rechtslehre, Staatsoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden Baden 1986; F. ERMACORA, *Hans Kelsen e il diritto costituzionale austriaco*, in *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridico del '900*, a cura di C. ROEHRSEN, Roma 1983;

G. STOURZH, *Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie*, in *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, (Schriftenreihe des Hans Kelsen Instituts, 7), Wien 1982;

R. RACINARO, *Hans Kelsen e il dibattito su democrazia e parlamentarismo negli anni venti-trenta*, introduzione a H. KELSEN, *Socialismo e Stato*, Bari 1978

28 T. ÖHLINGER, *Repräsentative, direkte und parlamentarische Demokratie*; G. WIELINGER, *Demokratisches Prinzip, Parteienstaat und Legalitätsprinzip bei Hans Kelsen*, entrambi in *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, hrsg. von W. KRAWIETZ und H. SCHELSKY (*Rechtstheorie*, Beiheft 5), Berlin 1984, pp. 215-230 e pp. 263-274

precisi e il problema della democratizzazione si pone in stretto rapporto con questo aspetto. Per Kelsen infatti «solo nel caso di un'ampia discrezionalità amministrativa ci si può attendere una espressa funzione della Amministrazione democratica»²⁹, mentre, nello stesso senso, per Merkl «da questo punto di vista, ci sono questioni amministrative, giuridicamente determinate in modo ampio, che sono più adatte alla forma organizzativa autocratica, nella quale più probabilmente si mette da parte la volontà dell'organo agente di fronte alla regola giuridica generale; ci sono al contrario questioni amministrative, che lasciano un grosso spazio alla discrezionalità, che sono più adatte a forme organizzative democratiche, poiché in questo caso, dato che la legge non si è espressa in modo vincolante, può e deve esprimersi una volontà autonoma, sia questa quella dell'organo agente che quella degli ambiti di interesse locale, e tale volontà non costituisce solo la forma giuridica ma contribuisce anche alla determinazione del contenuto giuridico»³⁰. L'ambito discrezionale, che compete in diversa misura a tutte le espressioni del potere amministrativo, si differenzia, nella prospettiva della *Reine Rechtslehre*, in relazione alla emersione e alla articolazione dei nuovi compiti amministrativi. Seppure all'interno del vincolo legislativo³¹ la discrezionalità si dispone in maniera diversa rispetto ai compiti e alle funzioni. Nello specifico amministrativo dove «la discrezionalità è diffusa in modo molto diseguale», l'ambito discrezionale corrisponde alla diversificazione delle forme di attività e dei compiti amministrativi: «in senso orizzontale si incontra una più ampia discrezionalità nella Amministrazione dell'economia, dati i talvolta insignificanti vincoli giuridici, mentre nella Amministrazione sovrana, nel complesso, si incontra una molto meno ampia

²⁹ H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p.367 (*nur bei weitgehender Ermessensfreiheit ist eine erspriessliche Funktion demokratischer Verwaltung zu erwarten*)

³⁰ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. p. 342 (*unter diesem Gesichtspunkt eignen sich Verwaltungsgeschäfte, die rechtlich weitgehend determiniert sind, mehr für die autokratische Organisationsform, die eber den eigenen Willen des handelnden Organs vor der generellen Rechtsregel zurückstellt, eignen sich dagegen Verwaltungsgeschäfte, die dem Ermessen grossen Raum lassen, eber für demokratische Organisationsformen, denn hier kann und soll, da das Gesetz nicht verbindlich gesprochen hat, ein autonomer Wille, sei es des handelnden Organs, sei es des örtlichen Interessentenkreises, zum Wort kommen und nicht bloss die Rechtsform bilden, sondern auch den Rechtsinhalt beisteuern*)

³¹ Ibidem, p.140; H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p.88

discrezionalità, in considerazione dei sempre più crescenti vincoli giuridici»³². La dimensione della discrezionalità assume così una rilevanza diversa in relazione agli ambiti di azione amministrativa. L'ambito della *Wirtschaftsverwaltung*, che per eccellenza rappresenta lo spazio della discrezionalità, nelle forme che vedremo, diviene il fulcro della riflessione. Questo ambito, nella prospettiva della *Reine Rechtslehre*, non può interpretabile all'interno della dicotomia ottocentesca di impero e gestione³³, copre uno spazio di attività molto ampio. L'amministrazione dell'economia, inserita all'interno della *Kulturelle Verwaltung*³⁴, non è limitata alla regolamentazione e controllo dei singoli processi economici, nei termini della tutela della sicurezza e della salute, della regolamentazione degli scambi e della ammissione all'esercizio³⁵, ma comprende tutte le attività che «hanno come scopo, per la maggior parte e in misura sempre più crescente, l'influenza sulla conduzione delle Imprese» e che «rappresentano una parte dell'economia politica» e che, dall'altro lato, hanno funzioni di redistribuzione del reddito «nelle due diverse forme giuridiche della assistenza sociale e delle Assicurazioni sociali»³⁶.

Questo quadro complesso e diversificato in relazione alle funzioni ha il suo presupposto generale nelle trasformazioni del rapporto società/Stato. L'evoluzione di questo rapporto, che porta dalla contrapposizione alla penetrazione

³² A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. p. 342 (*ist das Ermessen sehr ungleich verbreitet*) (*in horizontaler Richtung begegnet man in der Wirtschaftsverwaltung bei mitunter geringfügiger rechtlichen Bindung reichlichem Ermessen, in der Hoheitsverwaltung bei immer zunehmender rechtlicher Bindung in ganzem viel weniger reichem Ermessen*)

³³ Ibidem, pp. 225-228. Su questo tema si veda B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., pp. 123-157

³⁴ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 229. Sul concetto di Kulturstaat si veda H. KELSEN, *Rechtsstaat und Staatsrecht*, in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, hrsg. von H. KLECATSKY, R. MARCIC, H. SCHAMBECK, Wien 1968, Bd. 2, pp. 1525-32; e R. THOMA, *Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, IV (1910), pp. 196 e ss.

³⁵ R. HERRNRITT, *Österreichisches Verwaltungsrecht*, Tübingen 1925, pp.249-250

³⁶ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 229-230 (*zum grösseren Teil und in immer wachsendem Masse die Beeinflussung der Betriebsführung bezwecken*) (*ein Stück Volkswirtschaftspolitik darstellen*) (*in den beiden vershiedenen Rechtsformen der sozialen Fürsorge und der Sozialversicherung*)

(*Durchdringung*) dei due ambiti, è parallela alla estensione e diversificazione dei compiti dello Stato. Il punto di passaggio avviene quando l'intervento dello Stato non si limita più a funzioni di regolamentazione e controllo delle attività sociali ma adempie direttamente ad una serie di queste attività, diventando direttamente produttore di beni materiali e immateriali. Questa attività che può essere in concorrenza con i Privati o di Monopolio della attività e che rappresenta un preciso mezzo di direzione dell'economia³⁷, si pone in termini storici, come processo di statalizzazione (*Verstaatlichung*) della società. Questo processo che comporta il trasferimento delle funzioni sociali allo Stato è allo stesso tempo di socializzazione in quanto rappresenta un ampliamento dei fini e dei soggetti in esso compresi³⁸. La precisa individuazione di questo processo ha un immediato riscontro giuridico. L'azione amministrativa di fronte alla espansione e diversificazione dei compiti dello Stato assume forme e statuti di azione diversi in relazione alla differenziazione delle funzioni e del mutato rapporto Stato/società. La «*Verstaatlichung*», come punto di passaggio di questo processo, non rappresenta solo l'estensione dell'intervento agli ambiti propri in una fase precedente, della autonomia privata, ma anche l'utilizzazione degli strumenti giuridici propri di questa sfera. Se il diritto privato rappresenta una forma di creazione/esecuzione autonoma del diritto nel senso della sua realizzazione extra-statale (*ausserstaatlichen*) la situazione si modifica di fronte alla nuova articolazione amministrativa. Dal punto di vista giuridico «possono questi stessi -negozi di diritto privato ancora prevalentemente extra-statali- prendere la forma di atti statali in senso stretto, quando l'ordinamento giuridico dispone norme di competenza, a seguito delle quali lo Stato entra in azione non solo nelle forme autoritative della legislazione, della giurisdizione e della amministrazione, ma anche nelle forme del diritto privato, come soggetto di diritto privato»³⁹. Così se l'autonomia privata viene esercitata dallo Stato, questi atti si

37 P. BADURA, *Das Verwaltungsmonopol*, Berlin 1963; F. ERMACORA, *La Pubblica Amministrazione in Austria*, Milano 1971

38 A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 302

39 *Ibidem*, p. 300 (*Können selbst diese -vorwiegend noch ausserstaatlichen Privatrechtsgeschäfte - als Staatsakte im engeren Sinne gestaltet sein, wenn die Rechtsordnung Kompetenznormen aufweist, denen zufolge der Staat nicht bloss in den autoritären Formen der Gesetzgebung, Gerichtsbarkeit und Verwaltung, sondern auch in den Formen des Privatrechts - als Privatrechtssubjekt in Aktion treten kann*)

differenziano dagli altri atti statali, in quanto hanno carattere negoziale. L'attività amministrativa assume una duplice possibilità di realizzazione e «questa possibilità dell'ampliamento della organizzazione particolare dell'apparato dello Stato è giunta al più grande significato pratico»⁴⁰.

Queste attività dello Stato che sono nello stesso tempo esecutive ma che non utilizzano i mezzi autoritativi comportano una revisione della teoria delle funzioni amministrative. Questa duplicità di statuti di azione e di possibilità di intervento, in relazione all'evoluzione dei compiti dello Stato, viene sintetizzata dalla dottrina tradizionale attraverso la contrapposizione tra *Hobets-oder Obrigkeitungsverwaltung* da una parte e *wirtschaftliche und kulturelle Verwaltung*, dall'altra⁴¹. Questa contrapposizione, per Merkl non precisata⁴², viene inserita all'interno della distinzione tra Amministrazione indiretta e Amministrazione diretta. Questa distinzione che porta per Kelsen alla modifica della struttura sostanziale dell'ordinamento statale, rappresenta il passaggio dallo Stato giudiziario allo Stato amministrativo⁴³. Questo passaggio avviene quando tramite l'ordinamento vengono affidate agli organi ufficiali funzioni diverse dalla attuazione o dalla preparazione di atti coercitivi, quando viene loro commesso il raggiungimento diretto dei fini della comunità. Le funzioni dello Stato, se considerate da un punto di vista formale, si risolvono nel contrasto tra legislazione ed esecuzione delle leggi, mentre se vengono considerate da un punto di vista materiale si distinguono in modo diverso a seconda che i fini dello Stato siano realizzati in modo diretto o indiretto. Ciò comporta la distinzione della Amministrazione dello Stato in Amministrazione indiretta (*mittelbar*) e Amministrazione statale diretta (*unmittelbar*) che guadagna importanza nella stessa misura in cui lo Stato

40 Ivi (*diese Möglichkeit der Auswertung der besonderen Organisation des Staatsapparates ist zur grössten praktischen Bedeutung gelangt*)

41 L. ADAMOVICH, *Grundriss der österreichischen Staatsrechtes*, Wien 1932, pp. 268-270; B.C. FUNK, *Einführung in das österreichische Verfassung und Verwaltungsrecht*, Graz 1982, p. 124; L.K. ADAMOVICH, B.C. FUNK, *Österreichisches Verfassungsrecht*, Wien-New York 1985, p. 236; B.C. FUNK, *Der Einfluss der Wiener Schule des Rechtspositivismus auf die österreichische Verwaltungsrechtswissenschaft*, in *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten*, hrsg. von E.V. HEYEN, Frankfurt am Main 1984, pp. 105 e ss.

42 A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. p. 301

43 H. KELSEN, *Giurisdizione e Amministrazione, in Il primato del parlamento*, cit., p. 153

diventa cosciente dei propri compiti sociali e interviene nella vita sociale con le sue funzioni assistenziali ed economiche⁴⁴. Dal punto di vista strettamente amministrativo perciò tale distinzione si specifica «da una parte come Amministrazione sovrana o imperativa e dall'altra come Amministrazione libera o privata, dove resta inteso, che anche l'Amministrazione libera, non imperativa, evitante la coazione, è soltanto relativamente e non completamente libera, ma è in ogni caso giuridicamente vincolata»⁴⁵. Queste trasformazioni che si concretizzano nella emergenza di nuove forme di intervento e, come vedremo, nella pluralità delle forme organizzative, corrispondono a precisi cambiamenti della Costituzione materiale. Cambiano cioè i principi dell'intervento statale all'interno della nuova configurazione del rapporto Stato/società. Il punto viene messo in evidenza con precisione da Merkl, secondo il quale «il passaggio della semplice regolamentazione e controllo della attività privata all'attività propria dello Stato significa il passaggio dal cosiddetto sistema capitalistico a quello socialista»⁴⁶. In questo quadro l'attività amministrativa si differenzia dal punto di vista materiale e a questa differenziazione corrispondono diversi statuti di azione (forme consensuali o imperative) in cui diverso è l'ambito discrezionale. Il problema della discrezionalità emerge così direttamente in relazione alla analisi delle trasformazioni complessive dello Stato e dell'intervento amministrativo. L'analisi della discrezionalità si pone in diretto rapporto con queste premesse.

La discrezionalità amministrativa (*subjektives Verwaltungsermessen*) viene preliminarmente contrassegnata come riscontro (*Gegenstück*) del diritto amministrativo oggettivo. In prima approssimazione la discrezionalità designa la non dipendenza giuridica (*rechtlliche Ungebundenheit*) di un organo dello Stato e di conseguenza la possibilità di autodeterminazione (*Selbstbestimmung*) dell'organo. Questa definizione nella dottrina precedente era volta alla differen-

ziatura *qualitativa* della Amministrazione rispetto alle altre funzioni statali. Per la *Reine Rechtslehre*, al contrario, il problema della discrezionalità va posto in relazione alla struttura dinamica dell'ordinamento. In questo senso, essendo ogni fenomeno giuridico, nello stesso tempo, di creazione e di esecuzione di norme, la discrezionalità è un ambito che compete a tutte le funzioni statali (comprese dunque la legislazione e la giurisdizione). Una differenziazione quantitativa sostituisce una differenziazione di tipo qualitativo: i fenomeni di creazione normativa, lungo lo *Stufenbau*, sono sempre una combinazione di due fattori, da una parte una sfera di vincolo giuridico e una di libertà, cioè di discrezionalità, giuridica. L'Amministrazione in questo senso appare come «il prodotto di entrambi i fattori: il diritto amministrativo e la discrezionalità amministrativa»⁴⁷. Questa parificazione delle funzioni statali comporta il rifiuto delle analisi e delle distinzioni tradizionali: per la *Reine Rechtslehre* non è sostenibile la distinzione tra *freies* e *verbindliches Ermessen* (Laun, Herrnritt)⁴⁸ ma l'agire amministrativo va considerato all'interno del rapporto tra questi due aspetti. Tra questi due poli si delineano spazi diversi di discrezionalità (comprendendone tutte le forme e superando le distinzioni tradizionali quale quella tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica), lungo un'articolazione graduale. La discrezionalità posta così all'interno della concretizzazione della norma superiore «significa mancanza di determinazione vincolante da parte di una volontà esterna, capacità giuridica di esprimere la propria volontà»⁴⁹. Essa rappresenta «un modulo in bianco all'organo, e la possibilità di esprimere la propria volontà all'interno di una cornice tracciata da una volontà esterna»⁵⁰. La discrezionalità trova dunque spazi diversi secondo una linea, e questo dato è significativamente innovativo, di

⁴⁴ Ibidem, pp. 155-6; H. Kelsen, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*, in *Il primato del parlamento*, cit., pp. 96-100

⁴⁵ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. p. 301 (*einerseits von Hoheits- oder Behördliche Verwaltung, andererseits von freier oder privater Verwaltung, wofern man sich bewusst bleibt, dass auch die 'freie' - nichtbehördliche zwangsvermeidende - Verwaltung nur relativ frei, absolut aber ebenfalls rechtllich gebunden ist*)

⁴⁶ Ibidem, p. 303 (*der Übergang von blosser Regelung und Kontrollierung privater Tätigkeit zu staatlicher Eigentätigkeit bedeutet den Schritt vom sogenannten Kapitalistischen zum Sozialistischen System*)

⁴⁷ Ibidem, p.140 (*das Produkt der beiden Faktoren Verwaltungsrecht und Verwaltungsermessen*); H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p.88; H. Kelsen, *La dottrina dei tre poteri*, cit., pp.101-4

⁴⁸ R. LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig-Wien 1910; R. HERRNRITT, *Österreichisches Verwaltungsrecht*, cit., pp. 32-34; A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 153-6

⁴⁹ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 152 (*bedeutet Mangel der verbindlichen Bestimmung durch einen fremden Willen, rechtlliche Fähigkeit, den eigenen Willen sprechen zu lassen*)

⁵⁰ Ibidem, p. 156 (*ein Blankett an das Organ, innerhalb eines von einem fremden Willen vorgezeichneten Rahmens seinen eigenen Willen sprechen zu lassen*)

maggiore o minore politicità. Questo dato, pienamente concordante con la teoria della interpretazione giuridica della *Reine Rechtslehre*⁵¹, introduce nell'ordinamento giuridico e all'interno della esecuzione, un dato di rilevante politicità. Il rapporto tra vincolo giuridico e discrezionalità è ricostruibile secondo diversi gradi in cui sono evidenziabili alcuni tipi fondamentali: in primo luogo «può essere riservato alla discrezionalità dell'organo il Se, il Che cosa e il Come di un agire amministrativo. Il diritto si limita quindi nel caso estremo a indicare l'ufficio che è nella posizione di manifestare una volontà dello Stato; se però la manifestazione di volontà si realizza, così come che cosa riguarda, e come avviene, rientra nella competenza dell'organo». In secondo luogo «il diritto può poi esprimere che cosa è riservato alla volontà dell'organo»; mentre in terzo luogo «la discrezionalità può essere limitata al come dell'azione»; e infine «può essere determinato anche questo come in relazione alla forma e al contenuto»⁵². La discrezionalità, in questo quadro, pur all'interno del vincolo della norma superiore, può assumere estensioni diverse e, come nel primo caso, dove vengono fissate solo norme di competenza, essere pienamente politica. Questa analisi risulta particolarmente rilevante in relazione alla *Wirtschaftsverwaltung*. Nella discrezionalità amministrativa in senso ampio, sulla base di norme di *competenza*, ricade in primo luogo la possibilità della scelta delle forme di intervento e degli statuti di azione. Questo aspetto legato all'articolo 17 della Costituzione (titolarità di diritti privati) apre un grosso spazio di intervento sociale ed economico per gli enti amministrativi (in primo luogo quelli territoriali)⁵³ che si pone in diretta relazione con i bisogni della società e trova

51 D. GRIMM, *Zur Verhältnis von Interpretationslehre, Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratieprinzip bei Kelsen*, in *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, cit., pp. 151-2

52 A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 143 (*Es kann das Ob, Was und Wie eines Handelns dem Ermessen des Organs anbeimgestellt sein. Das Rechts berschränkt sich äusserstfalls darauf, die Stelle zu bezeichnen, die einen Staatswillen zu äussern in der Lage ist; ob aber eine Willensäusserung zustande kommt, sowie was sie betrifft und wie sie erfolgt, liegt bei dem Organ*) (*das Rechts kann sodann zum Ausdruck bringen, was zu wollen dem Organe anbeimgestellt ist*) (*das Ermessen auf das Wie der Handlung beschränkt sein*) (*kann endlich auch dieses Wie in bezug auf Form und Inhalt determiniert sein*)

53 E. MELICHAR, *Zur Problematik der Privatwirtschaftsverwaltung*, in *Juristische Blätter*, 18/1956, p. 433, che sottolinea come siano titolari di diritti privati «alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts»

in questi piuttosto che nella legge il suo presupposto. Il punto viene chiaramente messo in evidenza da Merkl: «Sussiste naturalmente il più grande ambito di discrezionalità in relazione alla questione, se, fino a che punto e in che maniera, l'intera attività sociale libera dal diritto, può essere vincolata giuridicamente e statualmente, e venire giuridicizzata e statalizzata»⁵⁴.

In secondo luogo, all'interno della Amministrazione di diritto privato, si apre l'ampio spazio della discrezionalità cosiddetta tecnica, ma in cui si intrecciano valutazioni giuridiche e politiche, relative alla organizzazione e ai modi di prestazione, ad esempio, dei servizi pubblici⁵⁵. Questo aspetto che negli anni '50 susciterà un grosso dibattito tra i giuristi austriaci in relazione alla difformità dei principi costituzionali contenuti negli articoli 18 (*Gesetzmässigkeit*) e 130 (*freies Ermessen*)⁵⁶ e in relazione al significato del principio di legalità rispetto alla *Privatwirtschaftsverwaltung* e ai vizi giuridici delle espressioni discrezionali, trova la sua prima formulazione nella *Reine Rechtslehre*⁵⁷.

Questa analisi trova un preciso riscontro nella dimensione organizzativa. Alla differenziazione degli statuti di azione corrisponde la parallela differenziazione delle forme organizzative: la contrapposizione *Behörden/Anstalten* si sviluppa in questa direzione. Mentre la prima forma organizzativa corrisponde alla amministrazione di tipo tradizionale dotata di imperio, la seconda, che comprende i diversi enti, nelle diverse forme giuridiche, che svolgono servizi pubblici,

54 A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 302 (*Es besteht selbstverständlich der grösste Ermessensspielraum in bezug auf die Fragen, ob, inwieweit und in welcher Weise die gänzlich rechtsfreie gesellschaftliche Tätigkeit rechtlich-staatlich gebunden, verrechtlich und verstaatlicht wird*)

55 E. MELICHAR, *Zur Problematik der Privatwirtschaftsverwaltung (Schluss)*, in *Juristische Blätter*, 18/1956, p.467. Sottolinea questo aspetto, in ambito italiano V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici*, Milano 1981, pp. 175-236

56 Quest'ultimo articolo corrisponde, nella Costituzione del 1920, all'art. 129

57 Questo dibattito si svolge, per la maggior parte sulla *Juristische Blätter*. Si vedano oltre ai due saggi di E. MELICHAR indicati alle note 53 e 55 anche H. KLECATSKY, *Allgemeines österreichisches Verwaltungsrecht*, in *J.B.* 19/1954, pp. 474-9 e *J.B.* 20/1954, pp.503-8; H. KLECATSKY, *Die Köpenickiade der Privatwirtschaftsverwaltung*, in *J.B.* 13-14/1957, pp. 333-341; A. KOBZINA, *Die Ermessensnorm im Licht des Legalitätsprinzips*, in *J.B.* 19/1956, pp. 492-5, e *J.B.* 20/1956, p. 524; L. WERNER, *Zum Ermessensproblem in der Verwaltung*, in *J.B.* 1957, p. 516; E. MELICHAR, *Zum Ermessensproblem*, in *J.B.* 2/1957, pp. 41-3

costituisce un *Verwaltungstyp* costruito in precisa opposizione alla organizzazione di tipo imperativo, un veicolo di scioglimento del «reinen Behördenstaat», una forma organizzativa specificamente costruita sulle esigenze della crescente socializzazione⁵⁸. Si trasforma in questa prospettiva il concetto di Stato: nella sua dimensione giuridico-materiale (come stato apparato) esso non è più pensabile in termine di unità, né sociologica né amministrativa, ma rappresenta soltanto «un organo complesso di composizione altamente complessa, i cui organi parziali, pur nelle loro rimanenti diversità, hanno in comune la caratteristica della copertura dei costi tramite finanziamenti pubblici»⁵⁹. Le conseguenze sono estremamente rilevanti: la cornice del pubblico viene riunificata attraverso il criterio economico della spesa, attraverso la partecipazione di organi e soggetti ad una comune provvista di mezzi finanziari, la cui organizzazione diviene un «Kostendeckungsverband» e in cui l'autorità si riduce ad un semplice vincolo di bilancio, mentre la crescita di una Amministrazione disaggregata, di uno Stato multiorganizzativo, entra chiaramente negli schemi giuridici⁶⁰. Il percorso svolto diviene estremamente perspicuo e cambia la prospettiva della democratizzazione. Si tratta di un approccio che seppure non predominante rispetto alla elaborazione di una amministrazione di garanzia collegata al principio di legalità, ha uno sviluppo coerente e preciso sia nell'analisi di Kelsen che di Merkl. L'individuazione delle nuove forme di attività che corrispondono in misura principale con l'attività di diritto privato, a cui si lega, principalmente, un ampio ambito di discrezionalità, pongono il problema della democratizzazione in termini trasversali, come soluzione politica e non solo giuridica. Le forme della democratizzazione rimandano, nell'approccio di Kelsen e Merkl, a questa prospettiva. Da un punto di vista soggettivo la democratizzazione si riferisce, da un lato, al metodo di scelta

58 A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 306 e ss.; sulla categoria di *Anstalt* si veda B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., pp.250-74

59 A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. p. 303 (*ein Organkomplex von höchst komplizierter Zusammensetzung dessen Teilorgane bei allen sonstigen Verschiedenheiten das Merkmal der Kostendeckung aus öffentlichen Mitteln gemeinsam haben*)

60 B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit.; B. BINDER, *Der Mehrpersonenstaat*, in *Die Verwaltung*, XVII 1984, pp. 35 e ss.; S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in «Rivista trim. dir. Pubblico», XXXV 1985, pp. 374 e ss.; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna 1986, pp. 78 e ss.

dei funzionari all'interno della contrapposizione tra nomina ed elezione e dall'altro alla prevalenza di funzionari professionali o non professionali (onorari, eletti). Dal punto di vista più propriamente organizzativo si caratterizzano come democratici il sistema collegiale di fronte al sistema burocratico e l'organizzazione della Amministrazione autonoma (*Selbstverwaltung*)⁶¹. Questa classificazione appare significativa in relazione al profilo organizzativo. Mentre infatti gli elementi soggettivi appaiono presenti in misura diversa e complementare all'interno della organizzazione⁶², i secondi si specificano in relazione alle funzioni. La democratizzazione non si pone allora in riferimento privilegiato a principi rappresentativi, e anzi caratteristica della elezione in contrapposizione alla nomina è solo il fatto che la scelta cade nell'ambito di adozione di un collegio (inteso come pluralità di soggetti)⁶³, ma si specifica in rapporto a precisi ambiti di azione amministrativa, in cui la collegialità e l'autonomia corrispondono alle necessità della funzione. La forma della collegialità trova infatti la sua ragione di essere nella esigenza di aprire l'azione amministrativa ad una pluralità di interessi. Essa «offre la possibilità, particolarmente desiderata nella democrazia, di fare incidere sull'atto diversi elementi e correnti, così da renderlo oggetto di un compromesso tra diversi partiti politici e diversi tipi di organi, ad es. dei funzionari onorari e professionali, in quanto nella composizione del Collegio si tiene conto di questi diversi gruppi sociali»⁶⁴. Questa possibilità si sviluppa in due direzioni precise. Da un lato il sistema collegiale si pone come complementare e/o sostitutivo della organizzazione amministrativa con funzioni di proposta, consulenza, controllo e decisorie, dall'altro nella forma dell'autogoverno, si specifica come forma del decentramento sia territoriale che istituzionale. Il concetto di *Selbstverwaltung* non viene infatti contrassegnato con criteri sostanziali o di ripartizione delle competenze, ma dai criteri giuridici della personalità

61 A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 337

62 Ibidem, p.313

63 Ibidem, p.314

64 Ibidem, p.331 (*bietet die besonders in der Demokratie erwünschte Gelegenheit, auf den Akt verschiedene Elemente und Strömungen einwirken zu lassen, so insbesondere ihn zum Gegenstand eines Kompromisses verschiedener Interessenten, verschiedener politischer Parteien und verschiedener Organtypen, z.B. des Laien und des Berufsbeamten, zu machen, indem man bei der Zusammensetzung des Kollegiums diese verschiedenen sozialen Gruppen berücksichtigt*)

giuridica e della indipendenza gerarchica (non applicabilità del *Weisungsprinzip*)⁶⁵. In questo modo ricadono in questo concetto non solo le amministrazioni locali su base territoriale ma una serie di altri istituti con precise caratteristiche di rappresentanza degli interessi o di intervento economico o assistenziale. L'ambito della discrezionalità mette in evidenza così un ulteriore problema politico⁶⁶, in quanto, all'interno dello *Stufenbau*, «è soprattutto la discrezionalità la porta attraverso cui far entrare nell'ordinamento giuridico e nello Stato, una serie di nuovi, per la maggior parte molto limitati, però contenutisticamente molto specializzati, scopi dello Stato»⁶⁷.

Questa analisi corrisponde a precise tendenze storiche. Lo sviluppo della organizzazione collegiale si realizza nell'ordinamento austriaco in diverse forme: sia decisionali (Commissione per la Riforma Fondiaria, Consigli provinciali, di distretto e locali della scuola, consigli di distretto per materie di carattere sociale- *Bezirksfürsorgegeräte*) sia consultivi, che a partire dalla Commissione industriale paritaria istituita dopo la guerra⁶⁸, si affiancano alla amministrazione monocratica (ad es. *Steuerveranlagungskommissionen*, *Beiräte für die Arbeitslosenversicherung*, *für Privatsversicherung*, *für Handelsstatistik*, *Invalidentenschädigungskommission* e molti altri sia a livello centrale che periferico)⁶⁹. A questa diffusione si accompagna la crescita delle organizzazioni amministrative dotate di autonomia statutaria (sia diretta che indiretta) i cui interventi, nell'ambito del diritto privato, tramite soprattutto la forma degli incentivi e

65 Ibidem, p. 352. Sul «*Weisungsprinzip*», contenuto nell'art. 20 della Costituzione, si veda lo stesso MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 148-150; e B.C. FUNK, *Einführung in das österreichische Verfassungs und Verwaltungsrecht*, cit., p.128

66 R. WALTER, *Partizipation an Verwaltungsentscheidungen*, in *VVDStRL Heft 31*, Berlin 1974, p.157; D. GRIMM, *Zur Verhältnis*, cit.

67 A. MERKL, *Staatszweck und öffentliches Interesse*, in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., Bd.2, p. 1570 (*ist namentlich das freie Ermessen die Pforte, durch die eine Fülle neuer, in ihrem Anwendungsgebiete zwar meist sehr begrenzter, aber inhaltlich sehr spezialisierter Staatszweck in Rechtsordnung und Staatswesen eintreten*)

68 P.G. FISCHER, *Ansätze zu Sozialpartnerschaft am Beginn der ersten Republik*, in *Historische Wurzeln der Sozialpartnerschaft*, hrsg. von G. STOURZH und M. GRANDNER, Wien 1986

69 L. ADAMOVICH, *Grundriss des österreichischen Staatsrechtes*, cit., pp.208-216; R. HERRNRITZ, *Österreichisches Verwaltungsrecht*, cit., p.68

dei sussidi⁷⁰, caratterizzano la politica delle abitazioni e l'intervento nel settore economico e del credito. Gli interessi rappresentati all'interno di questa organizzazione sono per alcuni settori interessi locali e per la maggior parte interessi direttamente economici⁷¹. In relazione a questi ultimi il problema della selezione degli interessi trova in Austria una peculiare realizzazione. Il sistema delle Camere⁷², cui Merkl si riferisce, istituito come organizzazione autonoma per la rappresentanza degli interessi, ha costantemente svolto una funzione di intervento nello Stato. Questa organizzazione generale ha rappresentato un canale di collegamento tra interessi, Governo e Amministrazione (attraverso sia il diritto alla perizia sui progetti di legge, sia attraverso la diretta cooperazione con il Governo, ma soprattutto, dopo le leggi di riforma del 1920, che prevedevano la partecipazione ad una serie di Commissioni sia per la discussione delle materie comuni che la direzione delle istituzioni, quali quelle della sicurezza sociale, attraverso una diretta partecipazione) e un sistema complesso di composizione degli interessi e di integrazione sociale⁷³.

Questa costruzione permette di trarre alcune brevi considerazioni.

L'ambito discrezionale della Amministrazione evidenzia all'interno dell'ordinamento statale degli spazi più o meno ampi, come abbiamo visto, di decisionalità politica. Rispetto a questi ambiti il compromesso legislativo assume un senso diverso. Esso non è più solo regolamentazione prescrittiva di comportamenti che viene contenuto nello schema causalistico della norma, ma lascia ampio spazio di decisionalità politica inferiore, sia nel senso di una espressa delega a corpi autonomi (*Ermächtigung*) sia attraverso l'interpretazione giuridica e il potere discrezionale. In questo quadro il problema della democratizzazione si pone trasversalmente rispetto ai diversi ambiti amministrativi e travalica le contrapposizioni classiche. Una democratizzazione come partecipazione degli interessi alla decisionalità amministrativa⁷⁴ sembra essere uno dei contrassegni della soluzione proposta

70 B.K. FUNK, *Einführung...*, cit., p. 225

71 L. ADAMOVICH, *Grundriss...*, cit., p. 117

72 E. TALOS, *Voraussetzungen und Traditionen kooperativer Politik in Österreich*, in *Historische Wurzeln der Sozialpartnerschaft*, cit., pp.246-8

73 Ibidem; A. KLOSE, *Die Interessenverbände*, in *Österreich 1918-1938*, cit., pp.331-342

74 R. WALTER, *Partizipation an Verwaltungsentscheidungen*, cit., p.171

dalla *Reine Rechtslehre*. Certamente tale prospettiva, che comporta un processo di politicizzazione dello spazio amministrativo viene condotto insieme ad una prospettiva direttamente giuridica, che nel controllo giurisdizionale trova la sua primaria espressione⁷⁵. Ma questi diversi livelli del compromesso, che appare come il vero contrassegno della democrazia⁷⁶, vengono precisamente registrati e trovano riscontro nella elaborazione teorica. La presenza del concetto di Costituzione materiale nella *Reine Rechtslehre*, e il ruolo che vi svolge il diritto consuetudinario, permette di allargare il campo dei processi di formazione della legge anche a livelli diversi dalla sede parlamentare⁷⁷. Lo schema ordinamentale appare così in grado di fornire una descrizione precisa dei processi di trasformazione dello Stato contemporaneo, confermando la capacità di lettura di questo approccio. L'interesse costante che la *Reine Rechtslehre* continua a suscitare ne sono una indiretta conferma.

⁷⁵ F. ERMACORA, *Österreichs Bundesverfassung und Hans Kelsen*, in *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, cit., pp. 41-48.

⁷⁶ R. MARCIC, *Die Koalitionsdemokratie*, Karlsruhe 1966, pp.8-11

⁷⁷ *Ibidem*, pp.23-42

Il politico ben temperato: la via dell'Italia liberale fra scienza e arte di governo.

Raffaella Gherardi

1. La politica delle «funzioni»: il «buon temperamento» della scienza e dell'arte.

Dalle colonne del «Digesto italiano» Ippolito Santangelo Spoto apre come segue la lunga voce che egli dedica alla «politica» (1909):

«La politica non è capace di definizione. Tanto nella concezione volgare, quanto nella concezione scientifica, si presenta come un'idea, tra tante, irreducibile in termini semplici, che abbiano carattere e contenuto di genere prossimo e di differenza ultima. Per quanto gli scrittori di diritto pubblico, o di politica, narratori o critici, si siano affaticati a trovarne una, rimane ancora oscura la nozione del suo contenuto e della sua funzione. Non dee far meraviglia perciò se Leone Gambetta potè in uno scatto oratorio dire: 'la politique c'est ce qui ne se dit pas, c'est ce qui ne peut pas se dire'.¹

¹ I. SANTANGELO SPOTO, *Politica*, in «Il Digesto italiano», vol. XVIII, parte 2, Torino 1924, p.937. La voce «politica» (pp. 936-965) è datata «8 dicembre 1909».

Il «Digesto italiano» (il cui titolo completo suona: «Il Digesto italiano. Enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza, diritto civile, commerciale, penale, giudiziario, costituzionale, amministrativo, internazionale, pubblico e privato, ecclesiastico, militare, marittimo. Storia del diritto. Diritto romano. Legislazione comparata compilata da distinti giureconsulti italiani.»), la cui pubblicazione ha inizio nel 1884, nello stesso anno in cui ha inizio l'edizione della «Enciclopedia giuridica italiana», da parte di Vallardi, rappresenta, insieme con quest'ultima e con la «Biblioteca dell'economista» e la «Biblioteca di scienze politiche» (entrambe, queste ultime, da parte dello stesso editore del «Digesto italiano», l'Unione Tipografica Editrice Torinese) una delle maggiori imprese editoriali dell'Italia liberale. All'esame dei criteri ispiratori e delle opzioni metodologiche e politiche che si manifestano in queste ultime così come in molti altri canali della «cultura diffusa» liberale italiana fra Otto e Novecento (vedi, per esempio, le numerosissime riviste portavoce delle nuove scienze politico-sociali) sto dedicando da tempo le mie ricerche, nel tentativo di cogliere il significato delle opzioni suddette sulla