Il contributo di Franco Bassi al diritto amministrativo sostanziale

1. La produzione scientifica di Franco Bassi è ampia ed abbraccia molte e diverse materie, ma il suo contributo di maggiore consistenza ed originalità attiene al grande tema dei poteri e delle funzioni dello Stato, indagato sotto molteplici punti di vista.

La ricerca si situa negli anni sessanta del secolo scorso, e si articola in due volumi e in due lunghi articoli pubblicati sulla Rivista trimestrale di diritto pubblico[1]: si può, pertanto, ritenere che le opere richiamate costituiscano una complessa, articolata, ma sostanzialmente unitaria ricerca su temi difficili, non molto frequentati dagli studiosi del diritto amministrativo: ad essa Franco Bassi ha dedicato tutta la prima stagione della sua attività speculativa.

Mentre le tre opere, nel cui titolo si fa diretto riferimento ai concetti di potere o di funzione, dimostrano facilmente la loro attinenza ad un tema comune, si potrebbe dubitare che il volume sulla norma interna se ne discosti ed attenga ad un tema diverso.

A mio avviso, anche questo lavoro si inserisce nello stesso percorso di ricerca, anzi ne costituisce la premessa; poiché, indagando sulla nozione di norma interna, Bassi si occupa della nozione di ordinamento giuridico, fa tesoro della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, approfondisce i possibili rapporti tra ordinamenti, chiarisce i modi del riconoscimento, diretto o indiretto, totale o parziale, di un ordinamento da parte di altro ordinamento: la norma interna è lo strumento per occuparsi, in generale, dei rapporti tra ordinamenti diversi ma non estranei tra loro, e, in particolare, tra l'ordinamento statale (specificamente, l'ordinamento italiano) e alcuni ordinamenti collegati: ad esempio, sulla scorta di Cesarini Sforza e di Salvatore Romano, l'ordinamento dei privati, e, sulla scorta di Giannini e di Silvestri, l'ordinamento organizzatorio statale: entrambi – afferma Bassi – sono oggetto di riconoscimento diretto da parte dell'ordinamento statale, ma con rilevanza solo parziale in tale ordinamento.

2. La nozione di norma interna non serve solo a chiarire i rapporti tra ordinamenti generali e ordinamenti (in qualche modo) derivati, o comunque collegati, poiché, accanto alle forme di riconoscimento diretto, ma parziale, tra siffatti ordinamenti, sussistono, secondo Bassi, forme di riconoscimento indiretto di proposizioni prescrittive proprie di ordinamenti tra loro estranei; le quali, pertanto, rispetto all'ordinamento di riferimento, assumono la qualificazione di norme interne.

[1] Il riferimento è al volume, di grande ampiezza, *La norma interna: lineamenti di una teorica*, del 1963, e al volume, di minore ampiezza, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, del 1969. Tra i due volumi si collocano i due poderosi articoli, *Lo straripamento di potere*, del 1964, e *Il principio della separazione dei poteri*, pubblicato l'anno successivo.

Ciò si verifica, ad esempio, tra l'ordinamento statale e l'ordinamento canonico, ovvero, sempre secondo Bassi, tra l'ordinamento statale e l'ordinamento internazionale, ovvero tra l'ordinamento degli Stati federati e l'ordinamento dello Stato federale.

Senza forzare il pensiero del nostro Autore, lo stesso può dirsi per l'ordinamento nazionale a fronte delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e del cittadino, a proposito delle quali nel linguaggio corrente si usa giustappunto la locuzione "norme interposte"[2]. Non credo, invece, che possa parlarsi di norme interne, nel senso che Bassi attribuisce a tale nozione, a proposito delle norme dell'ordinamento comunitario, le quali hanno piena e diretta efficacia nell'ordinamento nazionale.

Il collegamento tra ordinamenti distinti avviene mediante lo strumento della presupposizione, che può essere semplice o rafforzata: proposizioni prescrittive proprie dell'uno diventano rilevanti come norme interne dell'altro. La presupposizione, afferma Bassi, citando Santi Romano e alcuni noti ecclesiasticisti, è il "mezzo tecnico per spiegare il prodursi di una rilevanza mediata, nell'ordinamento di riferimento, di schemi precettivi che diversamente, a cagione della loro estraneità, non potrebbero che rimanere rispetto a questo in una posizione di totale irrilevanza". Essa "serve ad esprimere la particolare posizione che un dato ordinamento viene ad assumere nei confronti di schemi precettivi ad esso estranei"[3].

Per comprendere appieno tale nozione è opportuno richiamare l'esempio, "ipotesi storicamente veritiera", che viene proposto dall'Autore: la imposta sul celibato, con esenzione per i ministri del culto cattolico. Lo Stato, rinunciando a stabilire direttamente quando si abbia la figura del ministro del culto cattolico, assume come propria "la regolamentazione che di tale *status* abbia dettato l'ordinamento canonico"[4]. Si rende palese la rilevanza che viene ad acquistare nell'ordinamento statale la norma canonica.

3. Date queste affermazioni, cosa bisogna intendere per norma interna? Bassi lo chiarisce fin dall'inizio: si tratta di una proposizione prescrittiva, priva di piena efficacia nell'ambito dell'ordinamento di riferimento, che tuttavia assume in esso "una qualche rilevanza, concorrendo

[2] Anzi Bassi afferma esplicitamente che norme interne sono anche "gli schemi precettivi (…) posti in essere dagli ordinamenti superstatuali" (*La norma interna*, 34).

[3] *La norma interna*, 231. Bassi esclude che la figura della presupposizione possa confondersi con quella del rinvio formale, nonostante i tratti comuni: "in entrambi i casi l'ordinamento di riferimento rinuncia sostanzialmente alla diretta regolamentazione di un dato rapporto; che sia nell'ipotesi della presupposizione come in quella del rinvio formale si attua quindi una volontaria autolimitazione da parte di esso ordinamento della propria competenza regolatrice; che infine in entrambe le ipotesi lo schema precettivo estraneo acquista nella sfera dell'ordinamento di riferimento il valore di mero fatto giuridicamente rilevante. Ma di fronte alle note comuni sta un importante dato differenziale sufficiente a creare una netta linea di demarcazione tra le due figure. Mentre nel caso del rinvio formale l'ordinamento rinviante si ritiene competente a disciplinare un dato rapporto e solo per ragioni tecniche preferisce desumere il criterio regolatore di esso rapporto da un atto normativo promanante da un diverso ordinamento cui rinvia o comunque da un precetto estraneo, nel caso della presupposizione l'ordinamento di riferimento pone in essere una sostanziale declinatoria della propria competenza regolatrice, ammettendo spontaneamente che un dato rapporto non possa trovare la propria regolamentazione che in uno schema precettivo posto al di fuori della propria sfera" (237).

[4] *La norma interna*, 238.

alla produzione di effetti giuridici di diverso tipo”[5], La nozione non ricalca soltanto, in diversa formulazione, “la teorica dell’ordinamento interno”, come poteva legittimamente presumersi, e si basa sul riconoscimento da parte di un ordinamento di proposizioni precettive vigenti in ordinamenti diversi, che siano o meno collegati con quello di riferimento.

La nozione è caratterizzata da tre requisiti: uno negativo, la “carenza di piena efficacia” nell’ordinamento “che attua il riconoscimento”[6]; uno positivo, relativo ai destinatari della norma, i quali devono essere soggetti dell’ordinamento “rispetto al quale la figura classificatoria acquista rilievo”[7]. Il terzo requisito consiste nel collegamento tra l’ordinamento di riferimento e la norma interna: deve trattarsi di “schemi precettivi, di per se estranei ad un determinato ordinamento, che formino oggetto da parte di quest’ultimo di un riconoscimento indiretto ovvero di un riconoscimento diretto ma soltanto parziale”[8].

Non è questa la sede per valutare criticamente la nozione che Bassi ha elaborato intorno alla figura della norma interna: il riferimento alla prima corposa ricerca del Nostro serve, in questa occasione, ad inserirla nel solco dei lavori successivi, ai quali si salda in un programma organico complessivamente disegnato.

Sotto questo profilo è sufficiente ribadire che il tema della norma interna si colloca nell’approfondimento delle relazioni possibili tra ordinamenti diversi, ma non totalmente estranei tra loro; e poggia, quindi, sull’attenta considerazione del concetto di ordinamento giuridico e sullo sfruttamento della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici. Con essa vengono poste le premesse per lo svolgimento dei temi riguardanti lo Stato e le funzioni sovrane.

4. I due lavori successivi riguardano, l’uno, lo straripamento di potere, pubblicato nel 1964, e l’altro, il principio della separazione dei poteri, pubblicato l’anno successivo.

L’ordine cronologico non rispecchia l’ordine logico: poiché lo straripamento di potere viene inteso come “usurpazione di attribuzioni spettanti ad un complesso organico diverso da quello cui appartiene l’organo agente”, l’indagine sulla separazione dei poteri, intesa come “canone politico

---

[5] *La norma interna*, 1.

[6] *La norma interna*, 32.

[7] *La norma interna*, 36. Egli, cioè, è destinatario anche dei precetti posti da tale ordinamento. Per la classificazione di una proposizione prescrittiva come norma interna di un determinato ordinamento sono necessari “due accertamenti preventivi: l’uno negativo, l’altro positivo. Il primo è diretto ad appurare che la proposizione in esame difetti di piena efficacia nell’ambito dell’ordinamento di riferimento: e ciò a causa della rilevanza soltanto parziale di essa proposizione o dell’atto che la contiene. Con il secondo invece si tende ad accertare che il destinatario della prescrizione a diverso ambito di efficacia sia un soggetto dell’ordinamento di riferimento e come tale si ponga quale potenziale destinatario dei precetti posti da quest’ultimo” (*ivi*).

[8] Una norma interna “sarà configurabile soltanto allorché ci si imbatta in una proposizione prescrittiva, produttiva di conseguenze giuridiche per un soggetto dell’ordinamento di riferimento, che da un lato non sia munita di piena efficacia nel suo ambito e dall’altro non si trovi nemmeno in una posizione di assoluta irrilevanza che, come tale, valga ad escludere a priori la possibilità teorica di una qualsiasi sua incidenza su fattispecie regolate da esso ordinamento” (*La norma interna*, 45).

organizzatorio di un ordinamento statuale"[9], costituisce, nel percorso di ricerca, una tappa logicamente precedente.

Tuttavia non c'è alcuna distonia, sia perché entrambi i lavori hanno una forte componente storica, sia perché le loro finalità sono coordinate ma diverse: il primo è sostanzialmente diretto ricostruire i rapporti tra straripamento ed eccesso di potere; il secondo ad illustrare la trasformazione del principio di separazione dei poteri da canone politico a criterio di organizzazione dei poteri dello Stato[10].

D'altronde il tema della separazione dei poteri era stato indagato già nel volume sulla norma interna, nell'ambito del quale in più punti vi si fa riferimento[11]: "mano a mano che si passa dagli ordinamenti a struttura elementare a quelli presentanti una struttura viepiù articolata – osserva fin d'allora Bassi – si assiste (…) ad una sempre più netta differenziazione soggettiva tra il potere di dettare norme e quello di impartire ordini e cioè tra funzione normativa e amministrativa, mentre più raramente si delinea una differenziazione, specie soggettiva, del potere di impartire direttive e cioè della funzione politica (o di alta amministrazione)[12].

5. Bassi sottolinea che la formula "eccesso di potere", risalente alla legislazione rivoluzionaria francese, originariamente indicava ciò che, successivamente è stato espresso con la formula "straripamento di potere"; ed anzi storicamente si riferiva esclusivamente allo straripamento di potere giudiziario: vietandolo, e considerandolo addirittura come reato[13], si intendeva impedire "l'intervento dei tribunali nel campo riservato alle autorità amministrative"[14].

Abbastanza presto, tuttavia, l'eccesso di potere acquista "carattere di reciprocità nei rapporti tra i tre poteri fondamentali dello Stato rivoluzionario francese": prende corpo, quindi, l'eccesso di potere amministrativo, sempre inteso soltanto come straripamento di potere[15]. L'eccesso di potere diventa un baluardo a garanzia del principio costituzionale della separazione dei poteri.

L'evoluzione successiva, per la quale l'eccesso di potere da straripamento diventa, per stadi successivi, sviamento, *détournement*, di potere, è dovuta alla giurisprudenza del Consiglio di Stato francese, e si sviluppa a partire dagli anni trenta del diciannovesimo secolo: inizialmente la formula

[9] *Il principio*, 18.
[10] Anche nel lavoro sullo straripamento viene illustrata la "profonda modificazione subita dal principio della divisione dei poteri. (…) Col passaggio dalle teoriche dello Stato costituzionale a quelle dello Stato di diritto, pur serbando intatta la sua rilevanza costituzionale, [il principio] sia [è] stato piegato ad esprimere non più un'esigenza politica quanto piuttosto un'insopprimibile esigenza organizzativa di ogni Stato moderno" (*Lo straripamento*, 344-345).
[11] *La norma interna*, 317; 328.
[12] L'esempio più importante, prosegue Bassi, "è offerto dai moderni ordinamenti statuali la cui strutturazione è, come è noto, ispirata al principio della divisione dei poteri" (*La norma interna*, 502).
[13] *Lo straripamento*, 253.
[14] *Lo straripamento*, 249. Chiarisce Bassi: "la formula venne introdotta per indicare le usurpazioni perpetrate dal potere giudiziario ai danni del potere legislativo ed esecutivo e cioè lo straripamento del potere giudiziario in campi costituzionalmente riservati agli altri poteri dello Stato" (*ivi*, 259). Ancora: "il ceppo originario e fondamentale dell'eccesso di potere giudiziario va individuato nello straripamento di potere a danno dei poteri legislativo ed esecutivo" (*ivi*, 269).
[15] *Lo straripamento*, 270.

si evolve a comprendere sia lo straripamento sia lo sviamento di potere; successivamente perde del tutto il suo originario significato e si coagula, dapprima, nella "violazione delle forme sostanziali"[16], e poi, nel *détournement de pouvoir*: "l'aggancio che ha permesso alla giurisprudenza di riportare lo sviamento di potere nel quadro concettuale dell'eccesso di potere è stato individuato – osserva Bassi – esattamente nel fatto che tale vizio sussiste non soltanto quando l'amministrazione persegue uno scopo che non le è consentito di raggiungere con i mezzi impiegati, ma soprattutto quando lo scopo perseguito, essendo totalmente estraneo alle sue attribuzioni, risulta completamente interdetto all'amministrazione stessa"[17].

6. Bassi passa a valutare il significato della formula "eccesso di potere" nell'ordinamento italiano, prendendo le mosse dalla legge del 1877 sui conflitti di attribuzione: riconosce che la formula richiama la nozione di straripamento di potere, ma non esclude interpretazioni più ampie, tali da "abbracciare i casi più gravi di degenerazione della funzione giurisdizionale", e a sostegno di tale tesi, cita Mantellini ed altri studiosi di varie epoche[18].

Anche nella legge sulla istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato la formula eccesso di potere, secondo Bassi, poteva non avere il solo significato di straripamento di potere. I lavori preparatori non forniscono, secondo la lettura che ne fornisce il Nostro, argomenti decisivi: Egli richiama, in proposito, da un lato, la definizione fornita dal relatore Costa, che fa riferimento alla "assoluta mancanza di facoltà" ad emanare l'atto amministrativo, e, dall'altro, all'intervento del senatore Auriti, favorevole ad "estendere la nozione dell'eccesso di potere fin quasi a rasentare l'abuso di potere"; per concludere che "la formula usata dall'art. 3 della legge 31 marzo 1889 n. 5992, lasciava aperto l'adito ad una interpretazione lata quanto quella accolta dal Consiglio di Stato francese: i precedenti della sua elaborazione infatti, se non la confortavano espressamente, nemmeno la escludevano"[19].

A mio avviso Bassi dà troppo peso a qualche intervento pronunciato in sede parlamentare: se si considerano le formule ben più ampie dei vizi di annullabilità, inserite nei disegni di legge, che hanno preceduto quello presentato da Crispi, e poi ridotte alla formula che fu approvata, si può escludere che l'eccesso di potere comprendesse, nella lettera della legge, o, meglio, nelle intenzioni qualcosa di più dello straripamento.

Tuttavia Bassi fornisce un attento e documentato resoconto delle interpretazioni degli studiosi dell'epoca, soffermandosi ovviamente, in primo luogo, su Codacci Pisanelli, e documentando che,

---

[16] *Lo straripamento*, 275.

[17] *Lo straripamento*, 276. Cosicché, "a seguito della progressiva dilatazione della formula «*excès de pouvoir*» si sia [è] pervenuti da un lato a riportare nei confini della figura vizi dell'atto amministrativo assolutamente estranei alla nozione originaria dell'eccesso di potere, quale era stata delineata dal legislatore rivoluzionario, e dall'altro a declassare l'originaria forma dell' *excès de pouvoir* ad una delle possibili figure dell'incompetenza" (*ivi*, 277).

[18] *Lo straripamento*, 294 ss.

[19] *Lo straripamento*, 301.

in dottrina, erano presenti sia l'interpretazione restrittiva sia l'interpretazione estensiva della formula; la quale, poi, per via della giurisprudenza della Quarta Sezione, è prevalsa[20].

7. Nella figura dell'eccesso di potere continua ad esser presente, secondo la dottrina dell'epoca[21], anche lo straripamento di potere. La giurisprudenza, che utilizzava la formula di "mancanza assoluta di potestà ad emanare il provvedimento", inseriva tra le diverse ipotesi "casi inequivoci di straripamento dell'autorità amministrativa ai danni dell'autorità giudiziaria"[22].

Peraltro, "è stata proprio l'elaborazione giurisprudenziale del Consiglio di Stato a evidenziare una nozione nuova dell'eccesso di potere, del tutto disancorata da quella fatta palese dalle stesse sue origini storiche": lo straripamento di potere è stato eliminato "dal quadro dell'eccesso di potere" [23]; il quale è diventato "uno strumento per sindacare indirettamente in sede di mera legittimità, l'esercizio del potere discrezionale"[24].

Il vizio di straripamento di potere – avverte Bassi – cambia collocazione: secondo i più, ricade nella sfera della incompetenza, assumendo le specie della incompetenza assoluta, "idonea a provocare la nullità dell'atto"[25]; secondo altri, diventa, in quanto "vizio di incostituzionalità dell'atto", una forma peculiare di violazione di legge[26].

Entrambe le tendenze denunciano "i motivi di fondo che avevano ispirato la radicale metamorfosi. Posto che l'eccesso di potere era stato piegato ad esprimere il vizio più intimo dell'atto dei pubblici poteri e cioè quello attinente all'uso del potere discrezionale, era naturale che lo straripamento di potere, costituendo un vizio più estrinseco in quanto attinente piuttosto alla sussistenza del potere che non al suo esercizio, fosse ricondotto alle ipotesi di difformità dalla fattispecie normativa di più marcata evidenza"[27].

Bassi esamina poi la dottrina successiva, in particolare le tesi di Forti e soprattutto di Sandulli, con il consolidamento dell'orientamento favorevole a considerare lo straripamento di potere come una forma di incompetenza nella "distinta *species* della incompetenza assoluta"[28].

---

[20] La Quarta Sezione "manifestò chiaramente il proprio intendimento di dilatare i confini della figura dell'eccesso di potere, utilizzando i risultati a cui era pervenuta la giurisprudenza amministrativa francese" (*Lo straripamento*, 305).
[21] Bassi cita, oltre Codacci Pisanelli, Cereseto, Gazzilli, Ragnisco, Longhi.
[22] *Lo straripamento*, 308, 309. In questa fase "rimane la connessione tra eccesso di potere e straripamento di potere in quanto quest'ultimo costituisce pur sempre la forma di gran lunga più importante del primo o, se si preferisce, la species più rilevante di un genus in fase di espansione dommatica" (ivi, 344).
[23] *Lo straripamento*, 311. Lo straripamento "finisce per venir considerato un vizio dell'atto completamente estraneo al significato di tale formula" (*ivi*, 314-315).
[24] "Il distacco tra le due figure si acuisce e diviene definitivo soltanto a seguito della crisi subita dalla nozione di eccesso di potere: quando cioè di eccesso comincia a parlarsi in relazione non più al potere inteo in senso soggettivistico come complesso organico, ma bensì in relazione al potere inteso in senso oggettivo come sfera di attribuzioni dell'organo agente e cioè come funzione". Bassi trova una conferma di questa affermazione nella teoria di Benvenuti, che definisce l'eccesso di potere come vizio della funzione (*Lo straripamento*, 344).
[25] *Lo straripamento*, 315 ss. Bassi cita Mantellini e Meucci.
[26] *Lo straripamento*, 316 ss. Bassi cita Clementini, Orlando, De Valles.
[27] *Lo straripamento*, 316-317.
[28] *Lo straripamento*, 322.

8. Il vizio, consistendo nella "inosservanza del principio costituzionale della divisione dei poteri", si concreta "nell'invasione di una sfera di attribuzioni riservate ad una o più figure soggettive istituzionalmente investite della cura di un interesse pubblico diverso da quello cui dovrebbe provvedere l'autore dell'atto"[29]; e, come tale, determina, come suggerisce Sandulli, la inesistenza dell'atto[30].

La nozione di straripamento di potere ha seguito l'evoluzione del significato del principio di separazione dei poteri: osserva Bassi che, "se all'origine l'idea di straripamento di potere risultava strettamente ancorata al concetto di potere, inteso come complesso organico, attualmente essa risulta viceversa compenetrata con quello di funzione"[31].

La figura, restando uguale a se stessa, sia che lo straripamento "promani da un organo amministrativo ovvero da un organo giudiziario o legislativo", costituisce, secondo Bassi, una prova decisiva della "validità dommatica di una ricerca diretta all'elaborazione di una teorica dell'atto dei pubblici poteri che abbracci sia l'atto amministrativo, sia gli atti giurisdizionale e normativo"[32].

Questa posizione di Bassi verrà ripresa nella successiva opera avente ad oggetto le funzioni dello Stato; opera che tende a costruire la "categoria unitaria degli atti dei pubblici poteri"[33].

In realtà questo programma di ricerca, che negli anni sessanta del secolo scorso era auspicato, se si esclude il contributo di Bassi, non ha avuto grande seguito: la dottrina ha continuato ad occuparsi separatamente di atti legislativi, di atti amministrativi e di atti giudiziari.

L o studio di Bassi sullo straripamento di potere, condotto con acume storico e saldo metodo teorico, rimane un'opera degna di essere ricordata e tuttora studiata.

9. Nel successivo lavoro Bassi affronta con decisione il tema della separazione dei poteri, al quale aveva prestato una qualche attenzione sia nel volume sulla norma interna sia nell'articolo sullo straripamento di potere.

Bassi intende mettere in evidenza la trasformazione del principio, inteso inizialmente, soprattutto da Montesquieu, come "un postulato della scienza politica"[34], a "canone organizzatorio a salvaguardia sia del singolo che delle società intermedie contro lo strapotere del partito di maggioranza", passando, nel periodo delle Costituzioni liberali dell'ottocento, a valere come "mezzo per la difesa del residuo potere regio contro il dilagare del principio borghese"[35].

---

[29] *Lo straripamento*, 323 e 324. Si tratta di "un vizio di costituzionalità" (*ivi*, 344).
[30] *Lo straripamento*, 328. La inesistenza comporta "importanti conseguenze di ordine pratico (impossibilità di impugnativa in sede amministrativa e giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria)" (*ivi*, 346).
[31] *Lo straripamento*, 345.
[32] *Lo straripamento*, 346.
[33] *Contributo*, 1.
[34] *Il principio*, 29.
[35] *Il principio*, 109.

Le tappe della trasformazione del principio sono ben individuate da Bassi, che anche in questo lavoro dimostra una profonda conoscenza della storia del diritto e della storia *tout court*.

Egli ricostruisce in modo pienamente condivisibile il pensiero del filosofo francese, sottolineando che con "la tripartizione dei poteri tra esecutivo, legislativo e giudiziario si tendeva a garantire la libertà del cittadino nei confronti dello Stato (c.d. *libertà civile*), mentre con la tripartizione dei poteri stessi tra capo dell'esecutivo, corpo dei nobili e corpo dei rappresentanti si aveva in animo di assicurare le condizioni per una forma di libero governo (c.d. *libertà politica*)"[36].

Per garantire la libertà politica dei cittadini Montesquieu ritenne necessario "frazionare l'autorità statale tra le diverse classi sociali", presenti in Francia: "da un lato il monarca circondato dalla burocrazia, dall'altro la nobiltà, il clero, la borghesia ed il popolo dei borghi e delle campagne"[37].

Bassi ravvisa il "più importante elemento di originalità" della teoria di Montesquieu "rispetto sia alla Costituzione inglese che alla teoria del Locke (…) nell'introduzione del giudiziario come distinto terzo potere"[38]

Il frazionamento dei poteri porta ad un frazionamento della sovranità statale o, forse meglio, al superamento della nozione originaria di sovranità, attribuendola fittiziamente allo Stato, e quindi escludendo che spetti ad alcuno dei tre poteri[39]. Bassi non rinuncia, tuttavia, all'idea di sovranità, come si deduce dal lavoro sulle funzioni dello Stato.

Il valore politico della teoria di Montesquieu sta, secondo il nostro Autore, "essenzialmente nell'aver tentato di delineare un regime costituzionale libero in funzione della insopprimibile realtà sociale propria degli ordinamenti statuali dell'epoca"[40].

10. La ricerca prosegue indagando dove e come il principio della separazione dei poteri sia stato recepito positivamente: vengono illustrate le disposizioni che vi fanno riferimento nella Costituzione federale degli Stati Uniti d'America e nelle Costituzioni francesi dell'epoca rivoluzionaria.

---

[36] Il principio, 30. Si tratta di "due momenti logici distinti e successivi: in primo luogo il riconoscimento dell'opportunità di procedere ad un frazionamento dell'autorità statale e secondariamente il riconoscimento della conseguente necessità di far luogo alla scelta di un criterio in base al quale operare siffatto frazionamento" (*ivi*, 30-31).

[37] *Il principio*, 33 e 32.

[38] *Il principio*, 44. Bassi valuta tale introduzione come "un notevole passo avanti in quanto da un lato l'indipendenza dei giudici costituisce una condizione indispensabile nel quadro della forma di libero governo perseguita dal filosofo francese e dall'altro l'individuazione, sia pure ancora molto sommaria, di una funzione giurisdizionale autonoma rispetto alla funzione esecutiva ha completato le premesse per la formazione della teoria giuridica della separazioni delle funzioni sovrane" (ivi, 44-45).

[39] *Il principio*, 40. Tuttavia Bassi continua a considerare sovrane le singole funzioni fondamentali dello Stato, ed anzi, nel successivo lavoro sulle funzioni statali, l'argomento iniziale riguarda appunto la nozione di sovranità. Potere sovrano, afferma Bassi nel più recente lavoro, "è una nozione di sintesi esprimente l'insieme delle massime potestà riconosciute ed operanti in seno ad un ordinamento giuridico originario, qualunque possa poi essere la loro concreta ripartizione in una determinata realtà storico-costituzionale" (*Contributo*, 4).

[40] *Il principio*, 45.

Senza dilungarmi oltre, ritengo di sottolineare, per il valore che Bassi vi attribuisce, che "il perno della strutturazione organizzativa dello Stato tende a spostarsi dal potere, inteso come complesso organico, alla funzione, intesa come attività tipica"[41].

Egli pone in evidenza l'impatto che, sulla costruzione del filosofo francese, ebbe la dottrina della sovranità popolare, elaborata da Rousseau: per il primo, la separazione dei poteri costituisce soltanto "uno strumento che, sfruttando la ripartizione in classi contrapposte della società francese del tempo, mira a garantire la libertà dei cittadini nei confronti dell'assolutismo regio, per l'autore del *Contrat social* la separazione dell'esecutivo dal legislativo costituisce nient'altro che il logico risultato della concezione che egli si era fatto dell'uno e dell'altro. Per lui il potere legislativo non può essere esercitato che dal popolo e non può avere per oggetto che delle regole generali, spettando viceversa al potere esecutivo il compito di curarne l'esecuzione. (…) In definitiva per il Rousseau nello Stato non esiste che un unico potere, quello legislativo, cui appartiene integralmente la sovranità"[42].

Si deve convenire che l'affermazione della sovranità popolare è in netta contraddizione con la ripartizione dei poteri, che presuppone che vi siano titolari di poteri che siano diversi dal popolo.

11. L'indagine prosegue con la verifica del modo in cui il principio della tripartizione dei poteri è stato introdotto nella Carta costituzionale repubblicana, nelle Costituzioni bonapartiste, nelle Costituzioni francesi della Restaurazione, per la realizzazione del tipo di Stato denominato come *monarchia limitata* o *monarchia costituzionale pura,* dove la determinazione dell'indirizzo politico "è riservato al monarca, che è in grado di attuarne le direttive sia attraverso il potere esecutivo, che gli compete in via esclusiva, sia attraverso il potere legislativo, di cui è partecipe"[43].

In questa fase il principio diventa un "mezzo per la difesa del residuo potere regio"[44], dato che "nella monarchia costituzionale pura il principio monarchico conserva pur sempre la prevalenza, essendo soltanto parzialmente limitato e condizionato dal nascente principio democratico, rappresentato dalle Camere"[45].

Bassi mette in evidenza che, sulla base del principio della separazione organica dei poteri si innesta il principio della "distinzione degli atti con diverso valore formale", ovvero il "principio della distinzione formale e materiale delle attività statuali"[46]. Su questo tema Bassi tornerà nell'ultimo lavoro della serie considerata.

---

[41] Il principio, 67. Ciò, sempre secondo Bassi, "può trovare una spiegazione, oltre che nell'influenza della dottrina della sovranità popolare, anche nella diversa realtà sociologica prodottasi a seguito dell'abbattimento *dell'ancien régime*".
[42] *Il principio*, 60-61.
[43] *Il principio*, 73-74.
[44] *Il principio*, 109.
[45] *Il principio*, 74.
[46] Il principio, 76. Donde "la introduzione della nozione di legge materiale, resa possibile non tanto dall'inserimento del monarca nel complesso organico investito della funzione legislativa quanto piuttosto dal conferimento al capo dell'esecutivo del potere di emanare in date materie e in date circostanze norme giuridiche senza il concorso delle

Le Costituzioni formali dell'Ottocento, compreso lo Statuto albertino, furono sostanzialmente modificate dalla prassi costituzionale progressivamente affermatasi, che le fece evolvere in senso parlamentare, modificando la forma di Stato, che divenne Stato parlamentare, ove l'istituto monarchico è rimasto "spossessato dell'esercizio della funzione esecutiva, divenuto di squisita spettanza del governo, emanazione della maggioranza delle Camere"[47].

A tal proposito, Otto Mayer, come riporta Bassi, ha potuto osservare che "lo scopo raggiunto attraverso la utilizzazione della formula del Montesquieu era stato duplice: da un lato aveva offerto una soluzione tecnica al delicato problema di assicurare alla rappresentanza nazionale il ruolo che nell'esercizio del potere sovrano la nuova realtà costituzionale le aveva riservato e dall'altro, sottraendo la legge all'arbitrio del monarca, aveva in definitiva posto una sostanziale limitazione al potere politico regio"[48].

Per cui, glossa Bassi, anche secondo Mayer, la teoria della separazione dei poteri viene interpretata "in senso nettamente evolutivo", ossia "non più come separazione organica dei poteri, ma bensì come strumento di divisione del potere politico onde assicurare la coesistenza ed anzi la mutua collaborazione tra le due antitetiche forze sociali rappresentate dalla Corona e dalla classe borghese"[49].

12. La dottrina successiva assume una "nozione moderata" della separazione dei poteri, respingendo "ogni tentazione in senso organicistico, rifiutandosi di ammettere sia un isolamento tra i vari poteri sia una rigorosa ripartizione delle funzioni sovrane in modo che a ciascun potere possa dirsi riservata in via esclusiva una funzione"[50].

Ne deriva che il principio della separazione dei poteri venga a "sdoppiarsi con l'altro principio della distinzione delle funzioni"; di tal che "la vera essenza della nuova teoria sta tutta nella complessa rete dei rapporti che vengono intrecciandosi tra i due poli, dando vita al nuovo tipo di Stato costituzionale".

La separazione dei poteri viene ad assumere la veste di "mero canone organizzatorio degli ordinamenti statuali, la cui utilizzazione tende, sul piano più strettamente tecnico, ad adeguare la struttura degli organi preposti alle diverse funzioni alle esigenze proprie di ciascuna di esse. Di

---

assemblee parlamentari" (*ivi*, 77). Più avanti (*ivi*, 82) Bassi rammenta la teoria formale-sostanziale, dovuta in modo particolare all'opera di Laband, donde "la contrapposizione tra nozione materiale e nozione formale delle singole funzioni sovrane e conseguentemente (…) una rivalutazione dello stesso principio della separazione dei poteri, sia pure inteso in modo molto diverso rispetto a quello originario" (*ivi*, 83).

[47] Il principio, 79. La valorizzazione testuale del principio monarchico non ha potuto "scalzare i fondamenti dell'antitetico principio democratico, irrinunciabile conquista della Rivoluzione", ed ha portato alla "realizzazione di una collaborazione tra la corona e la rappresentanza popolare" (*ivi*, 80).

[48] *Il principio*, 85.

[49] *Il principio*, 85.

[50] *Il principio*, 90. La dottrina "accetta la nozione materiale delle attività dello Stato, ma semplicemente come presupposto logico da utilizzare come criterio di massima per la distribuzione delle funzioni tra i diversi poteri. Non ne mortifica il profilo soggettivistico e cioè il vincolo genetico che unisce ogni attività statuale all'organo legittimato a porla in essere, ma evidenzia soprattutto il diverso valore giuridico degli atti" (*ivi*, 90-91).

conseguenza le attività legislativa, esecutiva in senso ampio (ma più propriamente amministrativa) e giurisdizionale vengono attribuite come competenza principale, propria e normale agli organi che da esse prendono rispettivamente il nome, ma, oltre a queste, ad ognuno di tali organi sono conferite, per ragioni eminentemente pratiche e talora politiche, attività di ordine diverso, come competenza secondaria ed eccezionale"[51].

Nei tempi più vicini a noi il "risveglio del proletariato", connesso con il progressivo ampliamento dell'elettorato, ha comportato che lo Stato liberale, "essenzialmente borghese e quindi monoclasse", abbia lasciato il posto "ad un nuovo Stato policlasse i cui strumenti essenziali di azione sono costituiti dai partiti politici"[52], con il "passaggio dell'effettiva direzione politica dello Stato dalle assemblee parlamentari ai partiti politici"[53].

Con la conseguenza che, "anziché una divisione, tende a realizzarsi piuttosto una concentrazione del potere politico", con la "rivalutazione dell'esecutivo"[54], che è "nelle mani della maggioranza parlamentare"[55].

13. Tuttavia è opinione prevalente, secondo Bassi, che "il principio della separazione dei poteri conservi tuttora una sua, sia pur limitata, validità"[56]; e ciò nonostante che il c.d. Stato di partito abbia comportato che, spettando la determinazione dell'indirizzo politico al partito di maggioranza, "anche la normazione, al pari dell'amministrazione, è venuta a porsi come uno strumento per la realizzazione di tale indirizzo. Dal che ne è conseguito che l'iniziativa legislativa è venuta di fatto a concentrarsi essenzialmente nel governo"[57].

In conclusione, nello Stato contemporaneo, del principio della separazione dei poteri è rimasto fermo soltanto "uno dei suoi cardini essenziali e cioè il tendenziale isolamento del potere giudiziario rispetto agli altri poteri sovrani". Deve invece escludersi che "la separazione tra potere legislativo e potere esecutivo conservi tuttora un reale valore"[58].

Conserva invece valore "la nozione formale (o, forse più esattamente, procedimentale) di funzione in quanto la idoneità di un apparato o di un organo in ordine al soddisfacimento di un determinato interesse è valutata essenzialmente in rapporto agli effetti che sono riconosciuti propri dei suoi atti giuridici"[59].

Questa affermazione va sottolineata perché costituisce la tesi centrale del successivo lavoro del nostro Autore, ove si indaga sulle funzioni dello Stato. Il lavoro in esame, avendo illustrato il

[51] *Il principio*, 91-92.
[52] *Il principio*, 95.
[53] *Il principio*, 96.
[54] *Il principio*, 96.
[55] *Il principio*, 102.
[56] *Il principio*, 105.
[57] *Il principio*, 106.
[58] *Il principio*, 107.
[59] *Il principio*, 108.

valore attuale del principio della separazione dei poteri, avendo cioè evidenziato che esso si è evoluto, o si è ridotto, a mera distinzione oggettiva delle funzioni, costituisce l'idea di base da cui prende le mosse il lavoro successivo.

Bassi, con questa ricerca, riconferma la sua capacità di penetrare a fondo gli argomenti di cui si occupa, dando prova di conoscere e dominare gli innumerevoli contributi dottrinali pregressi, anche di studiosi stranieri, e raggiungendo risultati tutt'altro che scontati.

14. L'articolato programma di ricerca si conclude con la seconda monografia, pubblicata alla fine degli anni sessanta del secolo scorso, ove Bassi si dedica allo studio delle singole funzioni dello Stato, allo scopo dichiarato di pervenire alla costruzione di una figura unitaria di atto dei pubblici poteri, attraverso un ripensamento di alcune nozioni di teoria generale, quali il potere, la fattispecie, il procedimento, la funzione.

Anche se, a mio avviso, non possono condividersi per intero i risultati cui Bassi giunge, è da sottolineare l'estremo interesse del suo contributo. In esso, e con esso, il Nostro dimostra la piena capacità di affrontare, con competenza e originalità, temi centrali, tra i più controversi e difficili, della fenomenologia giuridica.

La tesi di fondo, alla cui dimostrazione è dedicato l'intero volume, è che "le funzioni fondamentali di un ordinamento statuale non siano altro che modi diversi di attuazione del potere sovrano"[60].

Il lavoro si scinde in due parti, la prima a contenuto ricognitivo, la seconda a contenuto ricostruttivo. Ma già nella prima parte si pongono le premesse per gli spunti successivi, dato che, prese in esame le tre funzioni che Bassi definisce sovrane, si esclude che esse possano essere definite secondo criteri contenutistici, oggettivi o teleologici: il solo profilo che consente di differenziarle tra loro attiene alle caratteristiche dei rispettivi procedimenti, ossia al modo in cui il potere sovrano viene esercitato e vengono formati i diversi atti.

Così è per la funzione normativa[61], così per la funzione amministrativa[62], così ancora per la funzione giurisdizionale, la quale si identifica pienamente, secondo Bassi, con la nozione di processo[63].

---

[60] *Contributo*, 212.

[61] *Contributo*, 44: la "corretta enucleazione e delimitazione della funzione normativa possa raggiungersi proprio indagando approfonditamente sul momento temporalmente e logicamente autonomo dell'esercizio del potere normativo o, se si preferisce, del farsi dell'atto normativo. Sarà insomma l'esame del procedimento e dei suoi principi ispiratori, deducibili dal complesso delle norme positive regolanti l'esercizio del potere, a consentirci di rivenire l'essenza e la nota distintiva del concetto qui ricordato".

[62] *Contributo*, 61-62: la "qualificazione della funzione amministrativa comporta una compiuta valorizzazione del suo profilo procedimentale, posto che la rilevanza dell'attività di un organo amministrativo viene in definitiva a risolversi in una disciplina positiva differenziata delle diverse fasi attraverso le quali il potere si trasforma in atto. Esattamente perciò, sia pure su di un piano più generale, è stato affermato che ogni funzione pubblica si esprime necessariamente mediante procedimenti o – se si preferisce, ma meno propriamente – che il procedimento è la forma necessaria della funzione pubblica". Bassi ritiene "di poter concludere affermando che allo stato attuale di sviluppo degli ordinamenti

Bassi nega che possa individuarsi una ulteriore funzione con riferimento all'indirizzo politico; e, dal suo punto di vista, la tesi negativa è coerente con la esclusione di criteri sostanziali e con l'attenzione posta esclusivamente sul modo del farsi degli atti delle singole funzioni.

L'indirizzo politico si sviluppa infatti "a due livelli diversi: politico e amministrativo", con "prodotti finali" diversi, atti normativi da un lato, atti di alta amministrazione dall'altro. Cosicché, potendo l'indirizzo politico manifestarsi "in forme non univoche, ma anzi assai diverse (e tra di esse addirittura mediante gli atti ritenuti tipici di una distinta funzione fondamentale: quella legislativa)"[64], essendo cioè diversi i modi del farsi dei relativi atti, non ci sono gli estremi per poter considerare l'indirizzo politico "una quarta funzione statuale"[65].

15. Chiarisce Bassi che l'azione dei pubblici poteri può assumere "tre configurazioni strutturali distinte: a livello politico, a livello discrezionale e a livello vincolato", a seconda che il potere sia "totalmente libero nel fine", ovvero limitato "nei fini già predeterminati al suo esercizio, pur conservando uno spazio più o meno ampio di manovra nella scelta dei mezzi, che viceversa nella terza viene pur esso a mancare"[66].

Questa osservazione è da tener presente perché fissa la sola caratteristica differenziale interna alla nozione di potere; che, per il resto appare come una nozione unitaria; e, come tale, costituisce un dato di fondo per giungere, come Bassi desidera, alla costruzione unitaria degli atti dei pubblici poteri.

La "convergenza di impostazione" nella determinazione delle caratteristiche proprie delle funzioni statali apre la strada, secondo Bassi, alla "intuizione degli strettissimi legami che intercorrono tra le diverse attività statuali, ciascuna delle quali viene a porsi nient'altro che come un particolare modo di attuazione di un potere sostanzialmente unitario e cioè del potere sovrano".

Se ciò è esatto, argomenta Bassi, "risulta convalidata l'utilità dell'enunciazione di una teorica degli atti delle pubbliche autorità tendente a valorizzare i profili comuni, oltre che differenziali, di ciascuna categoria"[67].

---

costituzionali a regime amministrativo (e segnatamente di quello italiano) la nozione di «amministrazione» ricavabile a posteriori dall'attento esame del diritto positivo vada sempre più incentrandosi su profilo procedimentale e cioè, più esattamente, sulla rilevanza positivamente attribuita al modo di trasformazione del potere in atto" (*ivi*, 63).

[63] *Contributo*, 90-91: "giurisdizione e processo sembrano confluire nella nozione, rigorosamente intesa, di funzione giurisdizionale. Indubbiamente si tratta di uno svolgimento ancora lungi dal potersi ritenere concluso, ma pur già sufficientemente delineato da indurre la probabile irreversibilità".

[64] *Contributo*, 69.

[65] *Contributo*, 70.

[66] *Contributo*, 71. Lo ripeterà anche nelle sue *Lezioni di diritto amministrativo*, 5° ed., Milano, 1998, 18, ove il potere costituisce il *genus* che si articola in tre *species.*

[67] *Contributo*, 93. Bassi ritiene anzi che "proprio questo costituisca il compito essenziale affidato alla giuspubblicistica del nostro tempo". Ed avverte che "per attingere un così importate risultato, a nostro rassegnato giudizio, la via da seguire non può essere che quella dell'approfondimento progressivo del processo di trasformazione del potere in atto. Se il potere è uno, mentre gli atti costituenti il frutto del suo esercizio possono essere molteplici, ciò vuol dire che diversi devono essere i modi in cui esso potere può trasformarsi e che in tale diversità và individuata la causa del rilievo autonomo accordato a ciascun tipo di atto" (93-94).

Concepito il potere come figura sostanzialmente unitaria, semplicemente articolata in tre *species* diverse, a seconda del grado di vincolatezza, si comprende che una medesima funzione possa "servire per l'esplicazione di diversi tipi strutturali di potere"[68].

16. Nella parte ricostruttiva Bassi, per giungere a dimostrare che "funzione non è che un modo tipizzato di attuazione del potere"[69], sente il bisogno di approfondire alcune nozioni di base, a cominciare dalla nozione di potere.

In ordine ad essa Egli si sente attratto dalla definizione oggettiva, secondo la quale, nella formulazione più rigorosa, dovuta a Guarino, il potere è "mera fattispecie normativa di un comportamento libero a contenuto precettivo"[70]. Bassi accetta la definizione, affermando che "l'idea di potere serve ad esprimere soltanto l'astratta possibilità di porre in essere un comportamento dotato di una particolare rilevanza per l'ordinamento, quale è appunto quella di produrre (o quanto meno di concorrere a produrre) una sua modificazione"[71].

Ne deriva che, se il potere è astratta possibilità di agire, occorre dare spazio all'"uso del potere", inteso come "astratta possibilità per una o più ben individuate figure soggettive di porre in essere quell'atto che costituisce attuazione di quel potere"[72]; quindi alla titolarità del potere e al modo del suo esercizio.

Bassi passa poi a riconsiderare un'altra nozione di fondo, la fattispecie; anzi, in particolare, la fattispecie procedimentale; e, dopo un esame delle posizioni dottrinali sul tema, giunge alla conclusione che il procedimento, essendo "un fenomeno giuridico produttivo di un solo effetto unitario"[73], costituisce una sola, articolata, fattispecie[74].

---

[68] *Contributo*, 217. Lo stesso "modulo normativo" può essere utilizzato "per l'attuazione di un potere politico (si pensi alla legge) o discrezionale (si pensi al regolamento)". Il modulo amministrativo può "venire usato per l'esercizio di un potere discrezionale o vincolato". Il modulo giurisdizionale può "costituire lo svolgimento di un potere vincolato e talora discrezionale se non addirittura politico (nell'ipotesi dei c.d. giudizi di equità)" (*ivi*).

[69] *Contributo*, 95.

[70] *Contributo*, 99. Bassi ritiene, a mio avviso a ragione, che il potere vada riportato "nel quadro della dinamica giuridica, accentuando (…) la sua contrapposizione alla figura essenzialmente statica del diritto soggettivo".

[71] *Contributo*, 102.

[72] *Contributo*, 104. In questo modo si recupera, ma soltanto "nella fase della sua attuazione", un profilo soggettivo del potere; talché l'uso del potere potrebbe qualificarsi come "vera e propria situazione soggettiva" (*ivi*).

[73] *Contributo*, 118.

[74] Si tratta di una *species* diversa dalla fattispecie a formazione successiva, dato che "il *quid proprium* del procedimento è costituito da un'attività seriale contraddistinta da un nesso necessitante, se in altri termini i singoli atti della sequenza sono legati gli uni agli altri da una concatenazione progressiva al punto che ciascuno di essi, compreso l'atto conclusivo (o principale), acquista piena rilevanza e può svolgere compiutamente il ruolo che gli è proprio solamente in presenza della totalità degli atti della sequenza stessa, non sembra contestabile che l'ordinamento assuma ad oggetto di una propria valutazione globale appunto l'insieme degli atti costituenti il procedimento, ricollegando alla venuta ad esistenza di quest'ultimo nella sua completezza la produzione di un unico effetto giuridico. Questa è in ultima analisi la ragione per la quale riteniamo che si possa parlare in senso tecnico di fattispecie procedimentale" (*Contributo*,128-129). V. anche 132.

Ma, ciò che più conta, Egli nega che vi sia contrapposizione, "né logica né reale, tra funzione e procedimento", anzi "la prima viene ad identificarsi compiutamente nel secondo"[75].

A questo punto i presupposti logici per sostenere il carattere unitario degli atti dei pubblici poteri sono tutti presenti: il potere statale è nozione essenzialmente unitaria[76]; la funzione è niente altro che un "modo tipizzato di attuazione del potere", e coincide con il procedimento; pertanto le funzioni statali si distinguono tra loro solo per le diverse caratteristiche dei procedimenti[77].

17. Utilizzando il criterio delle modalità procedimentali, Bassi riprende l'esame delle diverse funzioni.

Per la funzione normativa, la nota caratteristica comune, riscontrabile sia nella fattispecie procedimentale della legge che in quella del regolamento, "va ricercata nella particolare solennità delle attività ed operazioni tendenti ad assicurare sia il rispetto dell'*iter* procedurale e della legittimità intrinseca che la piena conoscibilità del contenuto dell'atto normativo da parte dei suoi destinatari"[78].

Per la funzione amministrativa, la nota, "che possa essere ritenuta distintiva della fattispecie procedimentale amministrativa", va "individuata (…) nella introduzione, comunque realizzata, nella fase dinamica della trasformazione del potere dei diversi interessi coinvolti nella realizzazione dell'interesse pubblico primario di cui l'autorità amministrativa agente è portatrice"[79].

Aggiunge Bassi che "la funzione amministrativa è il modo corrente di attuazione del potere sovrano vincolato nel fine", ossia del potere discrezionale[80].

Quanto, da ultimo, alla funzione giurisdizionale, le note caratterizzanti sono due: la c.d. terzietà del giudice, "intesa nel suo significato più pieno di estraneità rispetto alle situazioni giuridiche soggettive su cui la sua pronuncia è destinata ad operare ed al tempo stesso di indipendenza (istituzionale ed effettiva)"[81]; e l'"attuazione del principio del contraddittorio il cui

---

[75] *Contributo*, 123. Più precisamente, prosegue Bassi, "si avrà funzione ogniqualvolta ci si imbatta in un modo tipizzato di attuazione del potere" (*ivi*). Altrove aggiunge: se "la funzione viene intesa come farsi dell'atto, non rimane spazio per un'autonoma figura del procedimento, che altro non designa se non appunto l'attività seriale attraverso la quale si perviene all'emanazione dell'atto finale (o principale)" (*ivi*, 137).

[76] Non è, pertanto, che possano individuarsi "le note caratteristiche dei singoli processi della sua trasformazione e cioè delle singole funzioni", analizzando la sua struttura (*Contributo*, 145).

[77] Ritiene Bassi che "l'unico criterio valido di individuazione della funzione vada ricercato nelle modalità attraverso le quali viene acquisendo efficacia giuridica l'atto" che costituisce il risultato della trasformazione (*Contributo*, 151).

[78] "In tale prospettiva – prosegue Bassi – peculiare rilevanza vengono ad assumere da un lato i controlli cui i singoli atti terminali risultano sottoposti e dall'altro le formalità della pubblicazione" (*Contributo*, 155). Il concetto è ribadito più avanti (*ivi*, 172).

[79] *Contributo*, 177. In altri termini, chiarisce Bassi, ciò che a suo parere contraddistingue la funzione amministrativa "non è tanto il modo in cui i singoli interessi vengono elevati ad oggetto di valutazione comparativa da parte della figura soggettiva preposta ad operare la scelta concreta quanto piuttosto il fatto che una tale valutazione comparativa si compia" (*ivi*).

[80] *Contributo*, 178. "L'organo amministrativo, anche quando sembra operare precipuamente nell'interesse di altri soggetti, (…) in realtà agisce essenzialmente per il soddisfacimento dell'interesse pubblico specifico di cui è portatore" (*ivi*).

[81] *Contributo*, 191.

rispetto è oggetto addirittura di una specifica garanzia costituzionale”[82]. Non è invece nota caratteristica della funzione giurisdizionale “il c.d. effetto preclusivo”, ossia il giudicato[83].

18. Non c’è dubbio che Bassi, in questo lavoro, abbia dato prova di essere un rigoroso ragionatore: ogni proposizione è legata alla precedente e alla successiva da legami logici solidi e chiari; e, nonostante il ridotto numero delle citazioni, dimostri di conoscere a fondo la dottrina della sua epoca.

Tuttavia le tesi finali possono considerarsi frutto di alcune forzature, derivanti, forse, dalla necessità di giungere a sostenere la tesi inizialmente propostasi, ossia che gli atti di esercizio dei pubblici poteri costituiscano una categoria fondamentalmente unitaria.

Lo stesso Autore riconosce che la dimostrazione che le funzioni possano distinguersi soltanto per la diverse modalità procedimentali non è riuscita completamente, e così può barcollare anche la tesi che il potere sovrano sia essenzialmente unitario; anche se Bassi ritiene che queste idee fossero, almeno *in nuce*, già diffuse nella dottrina dell’epoca[84].

Le note caratterizzanti le singole funzioni – si può osservare – o sono elementi marginali del percorso procedimentale, e vengono trascurati elementi altrettanto significativi, ovvero non sono affatto elementi solo formali, modalità estrinseche di esercizio del potere.

Anche l’idea che la funzione si identifichi con il procedimento, e, in particolare, che la giurisdizione si identifichi con il processo, non appare totalmente convincente. La quasi totalità della dottrina mantiene separate le due nozioni.

In definitiva, la tesi secondo cui gli atti dei pubblici poteri costituiscano una categoria unitaria non sembra essere stata adeguatamente dimostrata, e non risulta finora accolta dalla dottrina successiva.

Non credo, viceversa, che Gli si possa rimproverare di avere accolto una nozione di Stato, che era negli anni sessanta assai diffusa. Si rammenti che, nelle opere anteriori, era stata adeguatamente illustrata la successione dei tipi di Stato: in che dimostra che Bassi avesse ben chiaro cosa dovesse intendersi per la figura dello Stato nel periodo cui risalgono i suoi scritti.

Il ripensamento sulla idea di Stato, sulla predicabilità della sovranità per il suo potere (o i suoi poteri), sulla rapportabilità delle funzioni fondamentali esclusivamente allo Stato, è maturato successivamente.

Si può anche intravedere, nel corso della articolata ricerca, una modifica non marginale delle convinzioni di Bassi sulle nozioni da Lui attentamente indagate: se si mettono a confronto le

[82] *Contributo*, 194.

[83] *Contributo*, 200. Riconosce, pertanto il carattere giurisdizionale della volontaria giurisdizione (*ivi*, 206); mentre propende per qualificare il pubblico ministero come “organo pubblico affidatario di una vera e propria distinta funzione, di cui peraltro rimarrebbe dubbio il carattere sovrano” (*ivi*, 210).

[84] Egli cita Kelsen, Zangara, Calogero, Allorio, e, tra gli scrittori a Lui più cronologicamente vicini, Piras, Pototscnig, Allegretti e Berti (*Contributo*, 212, nt.310).

nozioni di potere, in senso soggettivo e in senso oggettivo, e di funzione, quali espresse nei lavori anteriori con le nozioni accolte nell'ultimo lavoro preso in considerazione, le differenze risultano evidenti. Ma questo, non solo è una evenienza normale, ma è anzi un risultato meritorio, in quanto dimostra la serena elasticità dell'atteggiamento dell'Autore, la sua naturale disponibilità ad accogliere l'evoluzione delle sue precedenti convinzioni.

19. La prima stagione dell'attività scientifica di Franco Bassi si è volta a studiare temi che sono eccentrici rispetto al diritto amministrativo, strettamente inteso; sono più vicini al diritto costituzionale[85].

Questo particolare indirizzo di ricerca ha avuto due corollari: da un lato Egli non ha avuto bisogno di "dialogare" con gli amministrativisti a Lui contemporanei, che si dedicavano a temi diversi; e questo spiega la ragione per cui le citazioni dedicate al folto gruppo di studiosi attivi negli stessi anni sessanta sono numericamente assai limitate. Dall'altro lato, ha fatto sì che l'opera scientifica di Bassi, quanto meno i contributi sui quali ci siamo soffermati, nonostante il loro indubbio valore, non abbiano avuto grande impatto nella evoluzione successiva del pensiero amministrativistico.

La produzione scientifica successiva del Nostro, abbondante e rigorosa, si è allontanata dai temi che, nella prima fase della sua attività, lo avevano affascinato; e si è diretta verso argomenti propri della disciplina: la vastità dei suoi interessi, e la continuità dei suoi studi, sono dimostrate dall'elenco delle sue opere.

Tra le quali si colloca anche un manuale didattico, che ha avuto, e meritatamente, più edizioni. Di modesta mole, esso si segnala per la dotta impostazione, con il largo spazio lasciato ai profili storici e a quelli di teoria generale: è davvero apprezzabile per la correttezza del metodo e la chiarezza della esposizione. Costituisce un egregio esempio di manuale che, destinato agli studenti, è di utile lettura anche per i ricercatori.

Bassi mi è sempre sembrato uno studioso signorilmente appartato; un po' per le sue ricerche iniziali (e fondamentali), un po' per il suo carattere schivo. Si è dedicato alla Sua Università, allevando i Suoi allievi, ha vissuto nella Sua città, ove ha esercitato con successo la professione di avvocato, ha coltivato i Suoi molteplici interessi. Che mi risulti, ha partecipato soltanto saltuariamente alle manifestazioni collettive della ricerca, ai convegni, ai seminari, agli incontri tra ricercatori. Non credo che abbia avuto frequenti contatti, o scambi diretti di opinioni, con gli studiosi della Sua generazione.

Costituisce una figura di studioso che è giustificato onorare con la raccolta di studi che viene oggi presentata.

---

[85] Si prescinde dalla monografia giovanile sulla *Natura giuridica dell'azienda municipalizzata*, risalente al 1957, e che ha tutta l'aria del rifacimento della tesi di laurea.

Franco Gaetano Scoca

Professore emerito di diritto amministrativo nell'Università La Sapienza di Roma

Pubblicato il 21 giugno 2017