

IX
COSTITUZIONE E AMMINISTRAZIONE:
UNA VISIONE IN BREVE

UMBERTO ALLEGRETTI *

1. Il tema ha un'alta dose di contraddittorietà. Noi siamo abituati ancora adesso, dopo tanti anni di questione anche metodologica, a considerare il diritto e l'ordinamento come una realtà unitaria. È vero e non è vero. Il diritto partecipa delle contraddizioni della realtà; nella quale essere e non essere sono in competizione continua fra loro. Da un lato c'è sempre stata e c'è nella Costituzione l'idea della profonda rilevanza costituzionale dell'amministrazione. Dall'altro c'è sempre stata una tendenza delle costituzioni a non occuparsi o ad occuparsi poco dell'amministrazione e una tendenza dell'amministrazione ad andare per suo conto. Come si vede due atteggiamenti, due consapevolezze contraddittorie.

Si potrebbe seguirle storicamente. Io l'ho fatto in un capitolo di un libro dedicato alla storia costituzionale dello Stato liberale¹, ma qui è bene partire dalla Costituzione anche perché cinquant'anni sono tanti e bisogna che ci abituiamo (soprattutto in un'ottica che guarda avanti) a non soffermarci troppo sui periodi remoti, anche se siamo consapevoli che la storia di oggi è sempre storia remota e quindi in realtà ci sono antecedenti che continuano ad operare in sottofondo nelle contraddizioni di questo e di altri temi. Limitandosi dunque a riassumere quello che può essere il sedimento storico lasciato dalle fasi precedenti dell'ordinamento costituzionale – quella liberale e quella fascista – che cosa si può dire? Si può dire che c'era consapevolezza dell'importanza dell'amministrazione per l'equilibrio costituzionale complessivo, come dire per la costituzione vivente. Di

* Professore di Diritto amministrativo all'Università di Firenze.

¹ V. U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Il Mulino, 1989, cap. XIV (ma anche V, 25).

solito viene citato Silvio Spaventa (ma non è una voce isolata) che diceva che, conquistate le libertà parlamentari e un assetto liberale, la vicenda della nostra società si giocava soprattutto sul piano dell'amministrazione. Ma ci sono in senso analogo tante altre voci di quell'epoca. Un'altra circa trent'anni dopo, era per esempio Salandra². Era una consapevolezza dunque, abbastanza diffusa. Probabilmente dove non era diffusa? Non era diffusa a livello di elaborazione costituzionale esplicita. Anche se i costituzionalisti erano spesso amministrativisti e viceversa, tuttavia si apriva come un divario tra il piano costituzionale e l'elaborazione amministrativa. Certo non era sufficientemente penetrata nella realtà normativa e nella prassi.

Per cui, quando – oltre tutto dopo i guasti portati dal fascismo – si arriva col 1945 al clima predemocratico e poi democratico, continua ad esserci quest'atteggiamento duplice. Lo si potrebbe vedere sia ripercorrendo le elaborazioni della Resistenza e dei partiti, sia più specificamente i lavori preparatori della Costituzione. Il primo è un esame che non è stato fatto in dettaglio per l'amministrazione, se non sotto vesti un po' diverse. Ci fu, è vero, una famosa presa di posizione del Partito d'Azione durante la Resistenza per una rifondazione dal basso dello Stato che sicuramente coinvolgeva anche l'amministrazione. Ma per una sorta di resistenza dei partiti maggiori – sia della Democrazia cristiana che dei comunisti – o per una tendenza, che cominciò a farsi strada, a conservare le strutture dell'amministrazione precedente (si ricordi tutta la questione dei prefetti, se dovessero essere di scelta politica o espressione della continuità amministrativa) vinse rapidamente la seconda impostazione, almeno in termini generali. I singoli fatti non erano che della specie di un atteggiamento. Da parte dei comunisti, per esempio, ci fu una fiducia – di solito si dice giacobina, per intendersi – nel fatto che modificando i meccanismi centrali dell'assetto politico, in particolare facendo perno sul Parlamento, il più era fatto o il più sarebbe stato fatto: quindi (come dire?) il problema dell'amministrazione si sarebbe risolto in qualche modo da sé attraverso la grande guida politica che avrebbe dovuto rinnovare completamente le strutture. Sono forse ipotesi da verificare meglio, o spunti per un dibattito che potrebbe essere approfondito e verificato, ma che non dovrebbe essere fuori strada.

Più studiati, i lavori preparatori, anche in senso largo, della Costituzione. In particolare, i lavori delle due commissioni Forti e poi quelli della Costituente. E anche qui si vedono questi atteggiamenti negli studi, per esempio, di Balboni e di

² Di S. SPAVENTA v. soprattutto gli scritti raccolti in *La giustizia nell'amministrazione*, Einaudi, 1949. A. SALANDRA cfr. soprattutto le prime pagine di *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Vallardi, 1904.

Di Giovanni³. Questi studi hanno messo in rilievo come la coscienza di dover dare nella nuova Costituzione una rilevanza esplicita e forte alla pubblica amministrazione fosse tutt'altro che profonda e salda. Da un lato si ammette che questo sia un tema importante. Il fatto stesso che Bonomi abbia nel '44, fra le prime operazioni del governo del CLN, nominato la commissione Forti per la riforma dell'amministrazione, il fatto che ci si sia occupati dell'amministrazione anche nella seconda commissione Forti (quella costituzionale) vuol dire che c'era il senso del valore costituzionale dell'amministrazione. La prima impostazione, però, tradisce una certa autoreferenzialità del problema: la riforma dell'amministrazione come tema astratto, come tema a sè stante. Nella seconda sede è molto chiaro (gli studi lo hanno documentato) un atteggiamento che tende ad immiserire il tema. Nel senso che, messo in linea di principio che la Costituzione debba occuparsi in qualche modo anche di questo, poi però la rilevanza concreta, l'ampiezza, la profondità del discorso via via si indeboliscono durante la discussione, fino a che si arriva ad una serie di affermazioni per cui i temi, che in concreto devono essere trattati, per quanto riguarda l'amministrazione, nella Costituzione, in definitiva sono ben pochi. La maggior parte dei problemi vengono rinviati all'altra sede, quella della riforma dell'amministrazione.

Il fatto è abbastanza curioso, perché c'era in queste commissioni il fior fiore della scienza pubblicistica italiana: Forti, intanto, grande amministrativista, poi Zanobini, Jemolo e tanti altri per non parlare dei costituzionalisti in senso più stretto. Ma evidentemente influiva fortemente la cultura del passato ed il tipo di elaborazione che si aveva nella scienza amministrativistica: essa in fondo non puntava a questo come base del suo discorso, anche se Romano aveva enunciato la famosa idea che il diritto costituzionale è il tronco da cui sono generati e sostenuti tutti i rami dell'ordinamento e costituisce dunque anche la base del diritto amministrativo⁴. Veramente la contraddizione è rispecchiata da tutti gli interventi e da tutte le elaborazioni, naturalmente con varietà di toni: il tono dominante è questo.

Per cui si fece fatica, già in commissione Forti, a mettere a punto alcune proposte di norme che avrebbero potuto trovare sbocco nella Costituzione. E alla

³ Di E. BALBONI, v. *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente*, in *Scelta della Costituente e cultura giuridica*, a cura di U. DE SIERVO, Il Mulino, 1980; di A. DI GIOVANNI, *La concezione della pubblica amministrazione nei lavori della prima commissione Forti*, in *Jus*, 1984.

⁴ Quest'idea è ripetuta da S. ROMANO (che si riferisce anche al concetto di Pellegrino Rossi sul diritto costituzionale come «tête de chapitre» degli altri rami del diritto) nel suo libro, coevo alla Costituzione, *Principi di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, 1947, 6 s.

Costituente c'è ancora una volta il riflesso di questo, non solo nella esiguità delle norme sull'amministrazione contenuta nel progetto, ma allorché Einaudi, come costituente di grande spicco, dice in Assemblea: «la pubblica amministrazione non è un tema costituzionale». Affermazioni di questo tipo non sono smentite dal dibattito; non voglio dire che siano condivise con le stesse sfumature da tutti, però non sono smentite, anzi sono avvalorate dal dibattito complessivo.

2. Da ciò scaturisce a livello di elaborato costituzionale, di progetto prima e poi di disposizioni della Costituzione, il frutto che conosciamo.

C'è nella Costituzione una sezione intitolata alla pubblica amministrazione. Questa sembra una conseguenza della prima tendenza, in quanto segnala un rilievo del tema, distinto da quello dei poteri costituzionali. Ma interviene immediatamente, se non una contraddizione, comunque un depotenziamento di questo atteggiamento; perché la parte sull'amministrazione è in realtà una sezione del titolo sul governo. Quindi c'è un far corpo dell'amministrazione, del tema amministrativo, con quello del governo. Sono due tendenze in qualche modo in contrasto fra loro, che devono trovare in ogni caso una composizione.

Inoltre le norme della sezione sono piuttosto gracili: sono due articoli soltanto, il 97 e il 98, e oscillano fra alcune norme molto generali – imparzialità, buon andamento, legalità ed applicazioni troppo specifiche. Non dico che queste non debbano esserci, ma c'è come un salto tra i principi e le disposizioni singole. Manca una mediazione data da formulazioni di principio già più concrete ma insieme più ampie della maggior parte di questi commi, dove si corre subito a prevedere i limiti all'iscrizione ai partiti politici per certe categorie di funzionali, o a fissare la regola del concorso e così via.

Che cosa manca? Cercheremo di vederlo. Ma intanto, lavoriamo sugli enunciati da un punto di vista di testualità. Si può e si deve infatti lavorare sulla Costituzione da due piani: quello della testualità esplicita e quello del ricavare (poi vedremo questo) dalla Costituzione una concezione eventualmente in contrasto o almeno in superamento rispetto alle testualità esplicite. Fermiamoci per il momento alla testualità. C'è il problema di quantità e di livello di cui ho già detto. Ma inoltre, l'atteggiamento delle norme è occuparsi soprattutto dei due dati, come dire?, estremi che delimitano il campo dell'amministrazione: da un lato l'organizzazione dei soggetti; dall'altro la tutela, cioè ciò che sta fuori dall'amministrazione e in realtà serve a controllarla: quindi la giustizia e i controlli. Ma in mezzo sta il campo più importante che è l'attività. L'amministrazione è prima di tutto (e poi bisognerà ancora richiamare l'attenzione in positivo su questo tema) funzione: che cosa fa e per che cosa. Questo è l'essenziale. Io credo che sia importantissimo l'insegnamento di chi dice che la funzione sta prima del-

l'organizzazione. Nel senso che l'organizzazione in genere deve essere servente rispetto agli obiettivi, ai fini; in particolare ciò è vero per l'amministrazione, altrimenti si può generare, come tutta la nostra storia ha generato, una sovraccenuazione del soggetto: l'amministrazione come soggetto, come potere, come autorità, piuttosto che non un servizio per i cittadini.

Ora, tutto il tema dell'attività non ha un ruolo esplicito nella Costituzione. Non si parla con disposizioni esplicitamente finalizzate, dall'attività, non si parla dell'amministrazione-funzione.

Sono nominati gli *atti* amministrativi, e appunto, è questo che avviene (ma ci torneremo quando passeremo ai contenuti). Sono nominati quando si parla della tutela contro gli atti della pubblica amministrazione; qua e là compare questa nomenclatura: gli atti amministrativi.

Le situazioni dei cittadini sono anch'esse nominate, come dire? *dette*; e anche questo, lo vedremo dopo, con molto tradizionalismo: diritti soggettivi e interessi legittimi. Ma si tratta di puri nomi, di eccezioni. Non c'è l'intento di governare, di dare regola all'attività.

Del procedimento, per esempio, non si parla affatto. Non solo non c'è la parola, ma non c'è nessun principio direttamente finalizzato ad indicare, attraverso quale procedimento vengano in vita gli atti amministrativi. Per esempio, il tema della partecipazione all'attività amministrativa è del tutto assente. Nonostante che fosse stato discusso nella commissione Forti; ma era stato esplicitamente scartato come un tema di rilevanza costituzionale. S'era detto infatti: sarà la legge a disciplinare le forme di partecipazione, anche degli interessati, non solo dei cittadini, ma degli interessati stessi.

Non si parla dunque affatto di tutto questo. C'è invece un grande vuoto, coperto più da allusioni che non da regole.

Invece l'organizzazione è privilegiata. Lo è, innanzitutto, sia nel senso di essere oggetto esplicito dell'art. 97, sia nella considerazione di quest'ultimo da parte di tutti gli interpreti, compreso l'ultimo commento dell'art. 95⁵. Tutti noi diciamo (e lo dice anche la Corte costituzionale) che però qui emergono in parte regole dell'attività: imparzialità e buon andamento sono innanzitutto regole dell'attività, perciò rifluiscono sull'amministrazione; però il testo dell'art. 97 non dice

⁵ Dovuto a P. CARETTI, *Il primo comma dell'art. 97*, in *La Pubblica amministrazione. Commentario della Costituzione. Art. 97-98*, Zanichelli-Foro italiano, 1994. La limitazione è ovvia, trattandosi di quella parte dell'art. 97, primo comma, che – a differenza, dato il loro contenuto – di quella sui principi di imparzialità e buon andamento si riferisce solo all'organizzazione: si tratta della riserva di legge che, in materia di attività amministrativa, risulta, invece da altri articoli (23 ecc.). Lo stesso vale per il secondo e il terzo comma dell'articolo.

direttamente questo. Il testo dell'art. 97 riguarda i pubblici uffici e così l'art. 98. In essi veramente la pubblica amministrazione, che figura anche nell'intitolazione data alla sezione, è intesa come soggetto.

Si pensi poi ai temi dell'autonomia e del decentramento, che con tutta evidenza influiscono enormemente sul volto dell'amministrazione. È chiaro che essi – che costituiscono un grande oggetto della normazione più innovativa della Costituzione (l'art. 5 e tutto il tit. V) – appartengono essenzialmente, o prima di tutto, al campo dell'organizzazione. Dunque il più gran numero di norme sull'amministrazione si rivolge proprio, attraverso questi temi, all'organizzazione.

Si badi, tuttavia, se si fa una scelta regionalista e di autonomia più in generale, è chiaro che i riflessi, e direi quelli quantitativamente più consistenti, dovrebbero essere appunto sull'amministrazione. Invece se si guarda il titolo V, norme sull'amministrazione, a parte il tema del riparto della funzione amministrativa tra Stato e Regioni e a parte quella combinazione fra Stato, Regioni e Comuni che è data dalla infelice disposizione sulla delega (art. 118), a parte questo non ci sono quasi regole che riguardino il modo di essere dell'amministrazione regionale e locale. Perché? Perché l'attenzione su questi tre enti di governo locale è stata catturata interamente dal grande tema politico (non si può certo sminuirne l'importanza) del pluralismo dei poteri. Ancora una volta, l'idea che con questo si potesse organizzare l'amministrazione, naturalmente non è che fosse assente – non poteva esserlo – però era risolta, a dir così, per automatismi. L'amministrazione locale come amministrazione non ha bisogno di regole particolari nell'attenzione del costituente, quasi che avendo realizzato il pluralismo dei pubblici poteri si fosse automaticamente risolto il modo di funzionare delle amministrazioni plurali. Al punto che addirittura si doveva arrivare per via interpretativa a dire che gli artt. 97 e 98 si riferiscono anche agli enti locali, perché di per sé anche questo non è detto nel loro testo; a tal fine dobbiamo anzi superare delle difficoltà di collocazione, nascenti dall'inclusione in un titolo che attiene ai poteri centrali.

Come si vede, anche la soluzione dei problemi organizzativi, che pure sono molto più considerati di quelli dell'attività, non è indice di un particolare approfondimento di prospettiva.

Viene quindi l'altro grande tema: la tutela. Sia attraverso i controlli, o interni quindi diretta espressione di amministrazione, od esterni, ma pur sempre classificabili nella funzione amministrativa, a cui sono dedicati una serie di articoli a tutti i livelli, Stato, regione e enti locali; sia sulla sua più saliente espressione di tutela giurisdizionale. Ci sono allora le norme relative alla tutela della giustizia nell'amministrazione collocate qua e là in varie parti della Carta, in particolare nel capitolo sulla giurisdizione.

Su questo diciamo per ora che il tema è trattato in forma molto esplicita. An-

che qui evidentemente rifluisce la cultura tradizionale, perché il diritto amministrativo era tutto concentrato sulla giustizia amministrativa. Addirittura esso era in gran parte nato, anche sul suo versante sostanziale, dal tema giustiziale. E anche i controlli vi tenevano largo spazio. Quindi si spiega che qui i costituenti, superando l'atteggiamento di silenzio completo del vecchio statuto, entrano ampiamente, ma entrano veicolando dentro il nuovo l'ordinamento tradizionale. Ma con questo arriviamo ai contenuti.

3. Passando dunque dal punto degli enunciati come tali al contenuto di questi enunciati, che cosa abbiamo? Io direi che proprio a questo riguardo abbiamo un grande contrasto di modelli.

Perché abbiamo da un lato l'intento di innovare. Non c'è dubbio che alcune delle norme contenute degli enunciati espliciti vogliono essere innovative: così per l'art. 97, primo e secondo comma. Così evidentemente per la creazione delle regioni e per la trasformazione dell'autarchia locale in autonomia. Quindi da un lato c'è un intento innovativo, ma dall'altro si veicolano fortemente dei contenuti tradizionali.

Innanzitutto le categorie. L'amministrazione agisce essenzialmente attraverso atti con caratteristica di autorità: si parla ripetutamente di «atti amministrativi». Le situazioni soggettive sono configurate sulla base di quelle tradizionali, anzi sono perfettamente identiche come nomi a quelle tradizionali, che sono il prodotto di questa tutela nei confronti dell'atto di autorità. Quindi l'interesse legittimo viene a campeggiare: certo accanto al diritto soggettivo, però in realtà (sempre tenendo conto della tradizione per mancanza di indicazioni che si voglia innovare) sappiamo anche che l'interesse legittimo, nel diritto amministrativo, ha un'importanza forse dei 4/5, o di 9/10 fra le situazioni soggettive. È questa la situazione generata da tutto quello sviluppo che si è avuto a partire dal 1889, per cui anche molti di quelli che inizialmente erano diritti soggettivi sono poi migrati nell'area degli interessi legittimi. Di fronte al potere, qualunque sia la concettualità usata – quella più frequente è il diritto che si affievolisce o si degrada – c'è questa situazione che ha una tutela incisiva, perché prevede l'annullamento, però che è concettualmente minore come posizione rispetto al diritto soggettivo.

Tutto questo entra nella Costituzione con i suoi contenuti tradizionalissimi e anche l'assenza del procedimento fa parte di questa tradizione: l'assenza di partecipazione del cittadino si ha nonostante che (non è dunque che stiamo proiettando l'oggi sul ieri) le leggi austriache fossero più che note all'epoca della elaborazione della Costituzione. Il dibattito sulla partecipazione al procedimento era stato seguito e la legge americana, come le esperienze britanniche, erano an-

ch'esse, o almeno avremmo dovuto supporle, ben note. È vero che la nostra cultura aveva considerato molto meno queste esperienze di common law, ma la legge americana del 1946 era nota e comunque la legge austriaca aveva avuto imitatori in tutte le legislazioni del centro-est d'Europa. (Non è dunque che siamo arbitrari se addebitiamo la sottovalutazione di questo tema ai costituenti).

Per quanto riguarda i controlli, ancora una volta l'atteggiamento è quello tradizionale. Si parla essenzialmente dei controlli di legittimità e dei controlli di merito (anche se con l'intento innovativo di attenuarli e con l'intento di trasferire alla regione i controlli sull'amministrazione locale). Comunque per tutti i livelli – Stato, regione, enti locali – si parla essenzialmente dei controlli di legittimità e quindi non ci si collega su questo tema alla norma sul buon andamento e sull'imparzialità che pure ha tanto a che fare con questi principi. Si parla di controllo «essenzialmente sugli atti»: l'art. 125 e l'art. 130 sono espliciti. Ma addirittura la forma «preventiva» del controllo compare nell'art. 100; poi ci si infila anche il controllo successivo sui rendiconti perché anche quello era tradizionale, e lo si estende anche agli enti pubblici (sempre nell'art. 100); insomma, l'atteggiamento è sovrabbondantemente tradizionalista anche in tema di controlli. Fra l'altro, viene lasciata cadere una proposta del costituente Togliatti per una norma secondo cui la legge deve assicurare controlli popolari sulla pubblica amministrazione.

La tutela. La tutela non è solo tradizionale per la questione dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi già detta, ma lo è anche nell'allocazione su due diversi giudici della giurisdizione nei confronti delle due situazioni soggettive. Quindi il Consiglio di Stato (e con lui la Corte dei conti quale giudice) entra a vele spiegate nella Costituzione, viene costituzionalizzato – per giunta con la sua doppia funzione di consulenza e di giustizia – (così come col doppio ruolo della Corte dei conti) con il ruolo principale, inevitabilmente, di giudice degli interessi legittimi.

Anche qui si è presenza di puri ritocchi quando si assicura che la tutela avvenga verso tutti gli atti e che non siano possibili eccezioni, che non si possano fare eccezioni neanche per quanto riguarda i vizi e cioè si escluda che per certi atti si possano sottrarre alcuni vizi al sindacato del giudice (art. 113). Tutte queste ed altre sono innovazioni puntiformi (ad es. sullo status del Consiglio di Stato) nell'ambito di un sistema che viene recepito nelle sue linee portanti.

Quale può essere su questo punto la conclusione fra innovazione e tradizionalismo, dove sta l'equilibrio? A me pare che si possa dire che *la concezione è quella tradizionale*; che nell'ambito di questa si è attenti a spostare gli equilibri in una direzione innovativa, dove i problemi erano già stati percepiti nell'ambito del vecchio assetto. Si possono avere sfumature diverse su alcuni di questi problemi (evidentemente nessuno ha in tasca un semplice riepilogo di quello che è la Costituzione), però mi sembra si possa dire con sufficiente oggettività che, per

esempio, dove il principio di legalità è affermato nei confronti dell'organizzazione (art. 97, primo comma) si raccolgono le fila di un dibattito ottocentesco e si sceglie certo la posizione giusta, (almeno nel senso di principi; poi ci sono tutte le discussioni sul miglior equilibrio fra legge e regolamento) sancendo che la legge non è estranea e che non ci possono essere regolamenti sull'organizzazione che abbiano autonomia nei confronti della legge. Così si sceglie la posizione giusta, senza dubbio, anche sulla questione del sindacato giudiziale, allorché si dice che deve esservi su tutti gli atti e per tutti i vizi. E così era. Come pure sui controlli si fanno sforzi di associare la regione al controllo sugli altri livelli, di depotenziare il controllo di merito nel senso di limitarlo alla richiesta di riesame e quindi di garantire meglio le scelte politiche dell'amministrazione regionale e locale. Però si tratta sempre di innovazioni puntiformi nell'ambito di una concezione che rimane per lo più invariata.

La dottrina sensibile a questi temi ha indicato tanti aspetti di questo contrasto di modelli. Per esempio l'art. 97, secondo comma, nella misura in cui stabilisce che la legge determina le attribuzioni, le competenze e le responsabilità dei funzionari, può essere, preso di per sé, un modello nuovo, un modello che inizia la separazione fra amministrazione e politica. Sennonché esso si trova a gareggiare, per dir così, con l'articolo 95, secondo comma, sui compiti dei ministri, che sono detti responsabili di tutto ciò che avviene nei loro ministeri. Qui addirittura arriviamo a contraddittorietà esplicite, che possiamo sciogliere con l'interpretazione; le dobbiamo sciogliere, però non guadagnamo nulla a ritenere che non ci siano. Dobbiamo anzi, proprio per poterle risolvere, partire dalla elementare constatazione che esistono quanto meno tendenze diverse che la Costituzione ha messo insieme, evidentemente con scarsa attenzione a come renderle compatibili. Così per la questione dei più modelli si è parlato della contraddittorietà fra il modello di amministrazione tradizionale e l'amministrazione locale. Appunto quello che ho detto prima porta a dire che l'amministrazione locale, non avendo norme esplicite che la riguardino, sarà modellata su quella centrale e infatti tutta la critica di Berti è stata negli anni questa: l'amministrazione locale deve essere concettualmente diversa da quella statale. Quindi come fa ad essere entificata – tante volte il tit. V parla degli «enti» locali –, ad essere ignorata nei suoi procedimenti ecc., così come avviene per quella centrale? Qui il contrasto se si vuole è meno testuale, avviene più che altro per il silenzio rispetto a norme esplicite; ma i silenzi contano pressoché quanto le norme esplicite!

4. Fin qui il discorso è stato prevalentemente critico. Però questo non vuol dire che dalla Costituzione non si ricavano impulsi innovativi che vanno al di là delle sue imperfezioni di consapevolezza e di testo. Tralascio il discorso su come la

dottrina abbia proceduto stretta fra questi vincoli e vado – dopo tante critiche – al nocciolo di una posizione positiva che si è enucleata abbastanza chiaramente fra gli interpreti e che ha cercato di mettere in rilievo come, nonostante tutto, dalla Costituzione repubblicana venga fuori una concezione dell'amministrazione diversa da quella pre-costituzionale.

Quali sono i grandi appigli – ma non sono solo appigli –, le grandi ispirazioni di principio da cui è possibile, o con le quali è possibile forzare in qualche modo tutti questi vincoli che sono venuto enumerando e che come abbiamo visto, sono vincoli soggettivi, di cultura e vincoli oggettivi di testualità e di norme?

È intanto l'evoluzione della cultura: l'evoluzione per dir così dello spirito soggettivo, l'assimilazione che faticosamente in cinquanta anni di Repubblica si è venuti facendo della incidenza profonda del principio democratico, del principio personalista, del principio di socialità sull'impianto dell'ordinamento. Ciò sia secondo un'evoluzione culturale-politica che con uno sforzo più tecnico – e questa evidentemente è la parte specifica della dottrina giuridica – di mettere a contatto tutte le varie parti della Costituzione che si occupano dell'amministrazione e di farne scaturire un equilibrio, un assetto almeno potenzialmente diverso rispetto a quello che appare dal livello di testualità esplicita. Un'operazione che non è abusiva – perché appartiene al compito dell'interpretazione proprio di tutti i tempi e particolarmente necessario nelle epoche di transizione – ma che evidentemente deve scontare una difficoltà del suo itinerario, perché non aiutata a sufficienza da ciò che dovrebbe essere in grado di creare un consenso più unanime e più facile, cioè da testualità che traducano le concezioni in proposizioni esplicite.

Procedendo su itinerari di questo genere, e semplificando un poco, la prima percezione è di dovere ricaricare, come dire? quella concezione tradizionale da cui siamo partiti. L'amministrazione allora ci appare rilevante in un senso forte, molto forte, per la Costituzione. Si può dire che è *coestensiva alla Costituzione* e tanto rilevante perché permea tutta la Costituzione. Nel senso che in tutti gli angoli della vita costituzionale, in tutta la dinamica della vita costituzionale, della vita sociale (evidentemente le due cose interagiscono), si insinua l'amministrazione. *Tutti i compiti pubblici*, quelli che la prima parte della Costituzione addossa allo Stato, alla Repubblica, *hanno bisogno dell'opera dell'amministrazione*. Che lo vogliamo o no ne sopportiamo tutto il peso (se è un peso), il servizio (se è un servizio). Insomma ne sperimentiamo la pregnanza, la quasi onnipresenza. Quindi, se l'amministrazione entra in tutta la Costituzione, questa proposizione si deve ribaltare nel reciproco, cioè la Costituzione non può non interessare tutta l'amministrazione, non può non ripercuotersi su tutti gli angoli della vita amministrativa, così che l'autoreferenzialità dell'amministrazione in una concezione del genere deve scomparire. Non è pensabile che una entità, come organizzazione e come

attività, che è così pregnante da coinvolgere tutta la vita di una società e di un ordinamento, sia lasciata a se stessa. *Bisogna* in senso forte, *dobbiamo*, saper fare le operazioni intellettuali e politiche che ci portano a far penetrare a fondo la Costituzione nell'amministrazione. È una coestensività in doppio senso che dobbiamo avere di mira.

Quali sono i principi a cui fare appello per dir ciò? Sono gli stessi principi che usiamo per tutta l'interpretazione costituzionale. Sono i primi undici articoli della Costituzione che ci servono per leggere tutta la Costituzione e che in tante parti della Costituzione sono stati correttamente attuati. Tralascio il discorso se anche nell'organizzazione costituzionale alcuni di questi principi non abbiano agito a sufficienza, tema che è stato fin troppo enfatizzato in questi anni: ma certamente a livello dell'amministrazione abbiamo già visto come non si sono tratte le conseguenze dell'innovazione costituzionale globale, e allora dobbiamo farlo noi interpreti ed operatori.

Per esempio, a che cosa serve l'amministrazione? La tradizione culturale aveva detto: all'interesse pubblico. Che cos'è l'interesse pubblico? Ranelletti aveva risposto⁶: è l'interesse dello Stato! No, nello Stato democratico non può essere così. L'interesse è l'interesse della collettività in tutta la sua ben intesa dialettica e articolazione e con tutte le difficoltà che ciò comporta; non è lo Stato soggetto che ci interessa. Chiamiamolo come vogliamo. La dottrina ha usato tante nomenclature: Stato comunità, Stato ordinamento. Comunque l'interesse pubblico è l'interesse delle persone, dei gruppi, è l'interesse collettivo scaturente dalla dialettica e armonizzazione, naturalmente con sacrifici, composizioni ecc., della varietà degli interessi sociali.

Qui siamo alle radici. Perché tutte le cose dette, in qualche modo, partivano dall'idea che l'amministrazione facesse l'interesse dello Stato. E quindi per questo c'è quel suo legame con il governo. Per questo c'è la gravidanza del potere come potere di autorità e c'è l'interesse legittimo come posizione simmetrica del cittadino. Per questo l'attività è meno rilevante dell'organizzazione. Ma se la Costituzione smuove questo, se i fini dell'ordinamento sono enunciati negli artt. 2 e 3 e si sostanziano nel riconoscimento della dignità di tutte le persone e nel loro sviluppo, nella loro compartecipazione alla vita politica, sociale, culturale, economica; se i fini sono in senso serio, non solo per retorica, questi, allora l'amministrazione non può stare nella stessa posizione in cui stava prima.

È la funzione che viene in prima evidenza. Se questi sono i fini dell'ordina-

⁶O. RANELLETTI, *Il concetto di «pubblico» nel diritto*, in *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, XXXIX, 1905.

mento, l'amministrazione che funzione particolare ha nell'ambito delle funzioni dell'ordinamento? Quella che molti hanno detto tante volte: la funzione è di tipo realizzativo, operativo. E per questo essenzialmente si distingue dalla legislazione e dalla giurisdizione. Quindi essa è un anello fondamentale. Proprio per il riconoscimento dei diritti (art. 2) e soprattutto (art. 3) per lo sviluppo della società per il sommovimento degli equilibri sociali che l'art. 3 individua come necessario, l'amministrazione è uno snodo essenziale. I diritti civili, ma soprattutto i diritti sociali come si realizzerebbero senza l'apporto operativo dell'amministrazione? Che non vuol dire una sua funzione esclusiva, perché va considerato tutto il versante dei diritti dei cittadini con le loro autonomie, però c'è un intreccio tra l'agire pubblico e l'agire privato e dei gruppi sociali e l'amministrazione non può far valere un interesse che sta fuori o sopra l'interesse pubblico.

Insieme noi troviamo in questo modo il senso del principio di imparzialità, molto più trainante di alcuni sensi tradizionali – la parità di trattamento, l'indipendenza rispetto alle influenze partigiane – che non sono sensi sbagliati, ma sono limitati, e qualche volta minimi, nei confronti invece del compito di fondo, dove imparzialità vuol dire tener conto di tutti gli interessi, mediarli nella misura del possibile, realizzare il massimo possibile di bene per i cittadini e per i loro vari raggruppamenti. Allora si riconquista il principio di imparzialità in una visione molto più profonda, che verosimilmente ebbero a livello implicito i costituenti e che comunque nasce dalla tradizione, e si fa operare il principio di democrazia e il principio personalista, cioè proprio la fundamentalità dei diritti dei cittadini come vera matrice dell'azione pubblica.

Ne seguono, ne possono seguire, una serie di conseguenze: la dislocazione dell'accento dall'organizzazione all'attività, non nel senso di ignorare i problemi dell'organizzazione, ma nel senso di trattarli come problemi conseguenti che devono essere come lo strumento per risolvere i problemi dell'attività. Ecco che è messa in forse, è messa in questione, la fundamentalità delle diverse posizioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo. So bene che la dottrina non accoglie ampiamente questa tesi, che è rappresentata solo da singole scuole, da singoli autori, nonostante che dall'estero ci vengano continui impulsi a mettere in questione questa ripartizione. Ma io non so come si possa armonizzare la prevalenza dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo, con questa idea pregnante dei diritti dei cittadini che circola nella Costituzione anche nomenclatoriamente, perché sono sempre considerati diritti anche quelli sociali. Leggiamo tutti gli articoli della prima parte della Costituzione: come si fa a considerare interessi legittimi quelli che testualmente la Costituzione vuole come diritti soggettivi? Certo c'è una contraddizione con gli artt. 113 e 24 che parlano di interessi legittimi, ma perché dovrebbe essere sciolta a vantaggio dell'interesse legittimo, cioè della

norma specialistica che sta in fondo alla Costituzione e non a vantaggio delle norme-base che parlano di diritti?

Questi paradigmi acquisiti sono anche messi in forse da questioni pratiche molto note: la difficoltà del riparto ecc., il gran vantaggio che porta agli avvocati, piuttosto che ai cittadini, la divisione fra diritto soggettivo e diritto legittimo, ed è messa in forse del pari la ripartizione della giurisdizione fra due giudici. E tutto ciò può essere a quel punto indicato come uno «sbaglio» della Costituzione: in un certo senso la Costituzione non fa sbagli perché è la massima fonte dell'ordinamento, ma in un altro senso li fa se non riesce a rispondere alla sua intima finalizzazione che è data piuttosto dalle norme-principio e da quelle sui compiti che da quelle sugli strumenti. Inoltre si potrebbero indicare fatti molto precisi, il voto di un'adunanza generale del Consiglio di Stato dato nel 1946 per la consacrazione nella Costituzione del ruolo del Consiglio e di tutta la giustizia amministrativa, o la presenza di consiglieri di Stato nell'Assemblea costituente a partire dallo stesso Ruini, per cui ci sono le influenze personali che giustificano il modo con cui si è giunti a certi tradizionalismi.

5. Si capisce meglio quale è stata la vicenda storica della amministrazione nella Repubblica se queste sono le contraddizioni costituzionali fra grandi impulsi di principio e testualità. È chiaro che il legislatore si è trovato a pendere, come dire?, un po' alternativamente dai due lati. Un po' alternativamente dai due lati, ma certo più che altro dal lato tradizionale. Primariamente dal lato tradizionale. O meglio, egli ha avvertito nel corpo sociale, nel mutare della società, attraverso le influenze, non sempre perverse come si dice, sulla classe politica, degli impulsi di modernizzazione e tra questi impulsi di modernizzazione c'erano anche delle spinte che andavano verso una migliore attuazione dei principi. Ma è anche chiaro che non ha avuto una guida sicura per farlo; così, è arrivato solo nel 1990 a darci una legge, del resto gracile, sul procedimento amministrativo. Perché è arrivato solo nel 1990? Perché, come abbiamo tante volte visto, i politici non avevano interesse a farla, questa legge, perché avrebbe dato il modo di controllarli; né i burocrati lo avevano più dei politici, forse ancora meno erano portati ad ammettere procedimenti partecipati, ad una dialettica continua col cittadino, ecc. Diciamo che c'è stata una congiura, o comunque una convergenza che ha portato a lungo a non emanare norme di questo tipo. Lo stesso fenomeno ha portato a mantenere nell'amministrazione locale un modello simile a quello centrale: quindi la sovraingerenza della politica, la mancanza di regole nell'amministrazione e così via. Sono stati però anche sentiti una serie di impulsi collaterali: così che nel cinquantennio ha dominato il tradizionalismo e l'innovazione è stata sempre puntiforme.

In un clima in cui sembrerebbe che si stia per metter mano (chissà?) ad alcune revisioni della Costituzione – fermi restando i suoi principi e fermo restando il suo impianto generale (almeno questa è la tesi sana) – può esserci l'occasione finalmente di mettere mano ad alcune revisioni delle norme sull'amministrazione. Insisto: alcune revisioni; e non, come la proposta di Sabino Cassese⁷ il dire: prescindiamo dall'attuale Costituzione e ragioniamo di che cosa ci si aspetta oggi da una Costituzione nuova sotto il profilo dell'amministrazione. La proposta che ne segue è quella di una parte della Costituzione sulla pubblica amministrazione che non si sa dove si collochi, o che sembrerebbe collocarsi nell'idea di una nuova Costituente, di una nuova Costituzione. Le mie obiezioni sono metodologiche prima che su alcuni dei contenuti, perché molti dei contenuti vengono fuori anche dalle cose qui dette. Ma è metodologicamente suscettibile di obiezioni una proposta che sembra essere completamente slegata dall'esigenza di fare revisioni puntuali – per es. sugli artt. 97, 100, 102, 113, 125, 130, per integrarli e modificarli e per concepire invece un testo nuovo.

Per altro verso questo testo è in alcune cose molto tradizionalista, perché ancora una volta c'è la continuità di due grandi corpi: la Corte dei conti e il Consiglio di Stato. E sembra quindi continuare a ipotizzare la prevalenza di giudici speciali nell'ambito della pubblica amministrazione.

Si tratta invece, secondo me, di inserire nel dibattito di oggi sulla revisione costituzionale l'esigenza di alcune innovazioni anche consistenti, ma che mi pare non abbiano bisogno di alterare il tessuto costituzionale, bensì piuttosto di presentare integrazioni e modifiche a quegli articoli che già considerano il tema dell'amministrazione nella Costituzione, che traggano le conseguenze di un maggiore legame di questi articoli con il tessuto di principi a cui vogliamo, io credo, rimanere fedeli⁸.

⁷ V. S. CASSESE-A.G. ARABIA, *L'amministrazione e la Costituzione. Proposte per la Costituente*, Il Mulino, 1993.

⁸ Per un più ampio e più ampiamente argomentato sviluppo delle tesi di questo scritto, v. U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Cedam, 1995.