

Il pensiero amministrativistico di Giorgio Berti: l'amministrazione capovolta

Prof. **Umberto Allegretti**

(relazione al Club dei Giuristi e Centro Bachelet - Giornata in onore di Giorgio Berti

(Roma, 11 novembre 2005)

Questo scorcio del pensiero di Giorgio Berti sull'amministrazione è tracciato con l'emozione di chi lo ha sempre visto come un "fratello maggiore", avendo con lui non solo condiviso la relazione con uno stesso maestro, Feliciano Benvenuti, ma praticato da un quarantennio una schietta comunanza di ideali e di affetti. Questa profonda sintonia dovrebbe render possibile penetrare con fedeltà il pensiero di Berti; ma non toglie la possibilità che, come suole avvenire nella comprensione di ogni sistema giuridico e dell'intera vita d'una collettività e nella lettura di ogni autore e di ogni opera (anzi, come si sa, in ogni forma di conoscenza), così anche in questo caso passi la soggettività del lettore, dando a quella lettura, entro certi limiti, un carattere individuale e problematico, a cui l'autore considerato è ovviamente il più legittimato ad apportare correzioni. E naturalmente la condivisione non impedisce che, accogliendo molto dell'impianto dell'autore, sul finire di questo discorso si affaccino, e proprio all'interno di quell'impianto, alcuni interrogativi.

Peraltro, il titolo di questo contributo, formulato da un gruppo di amici e che porta in particolare l'impronta dell'acuta fantasia di Federico Spantigati, indica già il tenore, dunque accreditato da una comune lettura, delle concezioni di Giorgio Berti intorno all'amministrazione. Siamo evidentemente in presenza di un'interpretazione dell'amministrazione non convenzionale, di un lavoro scientifico che non sta, o comunque non sta tutto né prevalentemente, dentro i paradigmi correnti. Un carattere che potrebbe rendere l'autore un personaggio addirittura scomodo per qualcuno, se non fosse che la discrezione, la signorilità e la ritrosia che sono sue impediscono che l'oggettivo contrasto di quell'interpretazione con le idee ricevute si trasformi in diffidenza o antipatia.

1. "L'amministrazione capovolta": ma capovolta rispetto a che? Rispetto, è chiaro, al suo primitivo rapporto con lo stato e con la società: invece di essere, come nelle concezioni correnti, una derivazione del potere dello stato, che si impone e che comunque è solo in rapporto indiretto con la società, l'amministrazione è concepita da Berti come un'espressione della società stessa.

Raggiungere una tale concezione è possibile se, innanzi tutto, si muove da una percezione del diritto e dello stato che inverte essa stessa la visione, pressoché naturale per i giuristi, del rapporto tra diritto e stato e società. Se cioè, come segnalano le prime pagine

e l'avvertenza stessa del libro (che, senza diminuire gli altri, è fondamentale per capire il sistema di pensiero di Berti) *Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento*¹, concepisce il sapere giuridico “in relazione ai contenuti storici e perciò effettivi del processo vitale della società e dello stato” e si fissa l’interesse, come si direbbe, primario sulla vita sociale piuttosto che sulle istituzioni formali, pur sapendo che la cultura giuridica non può non avere la peculiarità, non priva di incidenza profonda sulla vita reale, di studiare quelle istituzioni nella loro formalità e di vederne continuamente i reciproci rapporti con la società stessa². I presupposti filosofici e politici di questa concezione sono trasparenti e vengono evidenziati, da ultimo, dalla seguente chiarissima espressione dell’ispirazione dell’autore: “ Quanto più il diritto germina spontaneamente, anche se” - si noti il realismo di quest’osservazione - “confusamente, dalla società e dai gruppi che la compongono, tanto più esso è amico delle libertà e dei valori degli uomini” ed è “confronto implicito tra libertà e responsabilità”³

Quest’ordine di idee, con tutta evidenza, non riguarda solo né originariamente l’amministrazione, ma innanzi tutto la concezione della costituzione, e della Costituzione repubblicana italiana. Giorgio Berti emerge anche infatti come acuto ed esigente studioso costituzionale (in questo senso la più volte edita *Interpretazione costituzionale* è decisiva e segnala fin dal titolo l’ottica della sua riflessione costituzionalistica), ed è non tanto perché all’amministrazione egli abbia dedicato, con grande conoscenza concreta ma anche con forte intento di comprensione genuinamente “costituzionale”, una parte relevantissima del suo lavoro e della sua professione di giurista anche pratico, ma soprattutto perché ha visto nel suo ruolo una posizione centrale per l’ordinamento e la società, che qui si parla soprattutto di essa.

Infatti l’inquadramento generale in cui si innesta la sua visione dell’amministrazione si dirige ai concetti base della costituzione. Proprio a questo riguardo comincia a mostrarsi in lui la critica ai paradigmi correnti; non già in sé e per sé ai paradigmi ereditati direttamente dai sistemi giuridici anteriori all’attuale, non cioè al modello dello stato liberale - che, nella sua vetustà rispetto alla nostra realtà e ai nostri problemi, era però, come egli osserva ripetutamente, coerente col suo tempo e la sua società o almeno col modo in cui la si voleva considerare -, ma precisamente agli schemi divenuti usuali, proposti e ritenuti avanzati e innovatori, adoperati dalla scienza recente. La critica va a quella proposta di distinguere tra lo stato come ordinamento ovvero come comunità e lo stato come persona giuridica, che è stata pensata per un superamento della “esaltazione del potere statale”, per “designare l’ordine normativo dal punto di vista della

¹ G. Berti, *Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento*, cedam, Padova, 1986.

² V. le pagg.V, 5 e 7 dell’opera citata nel testo. Ma v. anche G. Berti, *Interpretazione costituzionale. Lezioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 2001, p. 5, dove si dice che “solo un ordine sociale affermato ed accettato consente il costituirsi di un ordine politico-giuridico altrettanto accettabile”.

³ Il passo è l’anima dell’importante scritto *Stratificazione del potere e crescita del diritto*, in *Jus*, 2004, pagg. 289 ss.

base sociale dello stato” e per conciliare gli schemi precedenti con “l’affermazione della sovranità popolare”. Ma che in realtà, secondo Berti, ha “in fondo ricondotto al potere politico anche il potere sociale, autorizzando alla fine l’allargamento delle chances del primo”, nella misura in cui, sdoppiando lo stato, “ha impedito il formarsi di un tessuto costituzionale unitario come effetto autentico della sovranità popolare e ha mantenuto l’antica separazione tra la società civile e la società politica”, costruendo “una nuova costituzione idealizzata” che apparentemente giustifica ma in realtà lascia le istituzioni concrete nella loro autolegittimazione separata⁴. Analoga è la segnalazione del danno portato dalla non meno nota dottrina della costituzione materiale, nella sua applicazione “volgare” che la intende come “il conferire contenuti e rilevanza quasi normativa agli indirizzi polito-costituzionali espressi dagli organi di vertice”⁵

Questa critica, che a più d’uno potrebbe sembrare ingenerosa, è particolarmente acuta e apre la strada alla comprensione dei problemi dell’amministrazione e della sua posizione nell’esperienza contemporanea. Ma, appunto, occorre prima capire come Berti considera la Costituzione e quella italiana in specie.

La Costituzione, egli dice, e intende ogni costituzione anche se parla avendo presente direttamente la nostra, “è una sintesi di precetti e di fatti; essa sfugge a concettualizzazioni troppo precise, sino a sublimarsi talora in un sentimento di appartenenza o di cittadinanza, di comunità vivente; di corpo sociale che, nell’affermare la sua esistenza e la sua permanenza, si dà un ordine costituzionale, che viene poi rispettato e imposto ai singoli sino al punto” - ed è qui che cade l’accento - “in cui esso sia coerente con il sopravvenire delle nuove esigenze e dei nuovi interessi sociali”⁶. Ma subito prosegue: “perciò ogni Costituzione è, e forse deve essere, contraddittoria, e la nostra lo è in modo particolare”. Poi ripete: c’è nella Costituzione italiana una “indecisione costituzionale di fondo” e un “disimpegno politico da ogni ricerca di coerenza fra società e istituzioni”. C’è anzi in essa “una certa doppiezza, giacché da una parte offre con largo respiro l’immagine di una società sovrana, libera e ansiosa di giustizia, e dall’altra un’organizzazione statale che è in un certo senso erede e forse schiava della tradizione liberale”; c’è, in tutta Europa, uno “sdoppiamento delle Costituzioni nazionali in una serie di principi per la convivenza e in una serie di regole per l’esercizio della sovranità statale”⁷. Per cui, aggiunge, “la mancata integrazione fra stato e società è imputabile almeno in parte alla stessa Carta costituzionale”; e qui diventa evidente come quella concezione della costituzione - e ciò varrà manifestamente anche per l’amministrazione “capovolta” - è, sì, anche una realtà ma è soprattutto un atteggiamento della sua, della nostra, conoscenza, è frutto della nostra percezione che diventa, in questo senso, anche

⁴ V. *Diritto e Stato*, cit., pagg. 9 e 14-16.

⁵ V. *Interpretazione costituzionale*, cit., p. 21.

⁶ V. *Diritto e Stato*, cit. p. 6.

⁷ Ivi, pagg. 11, 24, 108.

normativa, mentre sul piano dei fatti della storia spesso le cose stanno e devono essere giudicate diversamente⁸.

Dunque per lui la “legalità costituzionale in senso sostanziale” è, con un richiamo esplicito a Mortati, “il risultato della corrispondenza fra la previsione costituzionale e la profonda struttura sociale” e “questa profonda esigenza di unità costituzionale, che vuole il pieno superamento della differenziazione o dell’antitesi stato-società, non potrebbe mai venire produttivamente rappresentata e razionalizzata, mantenendo l’obiettivo sullo stato come organizzazione di poteri politici”⁹. Qui cade la critica all’insufficienza della rappresentanza, anche di quella rappresentanza parlamentare nella quale Berti continua a vedere una prerogativa gelosa dello stato democratico, ma che - come è detto nell’altro ricchissimo libro *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)* - “non riesce a concludere in se stessa il ciclo della rappresentatività”. E’ escluso, scrive, che la funzione rappresentativa “possa avvenire in un modo soltanto”; ma occorrono “necessariamente una quantità di processi di formazione della rappresentazione quanti sono i modi di essere della società e le correlative spinte alla composizione e alla realizzazione dell’ordine giuridico” (di quell’ordine che “è rappresentazione” ed essenzialmente per questo può esser percepito “secondo il principio del dover essere”)¹⁰.

Siamo così ricondotti, fra molte altre conseguenze che non possiamo qui ricordare, a tentare di rovesciare quel rapporto di separazione tra stato e società che abbiamo ereditato dallo stato liberale e a porre l’accento sulla società e non sul potere nella costruzione e nell’applicazione di tutto l’ordinamento. In tutta Europa, è la società con le caratteristiche, diverse e comuni insieme, che essa ha nei diversi paesi ad aver dato origine a “molta parte della forza degli stati nazionali”: da cui la conseguenza, che vent’anni dopo lo scritto di Berti traspare ancor di più dagli sviluppi e perfino dalle fermate dei processi di integrazione, che non dobbiamo pensare a uno stato europeo e che “dobbiamo ricacciare qualsiasi tentazione di ricondurre le tracce o le linee dirette della cultura e del pensiero che hanno creato e poi mantenuto lo stato nazionale” a guida dell’integrazione¹¹.

Da questa prospettiva deriva che “le istituzioni formali dello stato sono dunque involucri di tipo organizzativo-procedimentale” di una dinamica che fa capo alla società; donde una svalutazione illuminante delle tendenze, così accentuate da altri e da un certo punto in poi dominanti nella vita politica italiana, ad affidare la soluzione dei nostri problemi alle riforme istituzionali e costituzionali; e perfino, anche qui in maniera certo

⁸ Ivi, p. 11.

⁹ Ivi, pagg. 7, 8.

¹⁰ V. G. Berti, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Cedam, Padova., 1994, pp. 42, 40, 37.

¹¹ *Diritto e Stato*, cit., pagg. 103, 104.

eterodossa ma penetrante, l'invito a prescindere dalle impostazioni sia di Schmitt che di Kelsen, definite entrambe come "nobili fantasmi" di epoche passate¹².

Più volte Berti sottolinea che il rapporto tra società e stato è rimasto in prevalenza assicurato dai partiti; tuttavia, e con una critica reiterata che diventa anche vera e propria insofferenza, del tutto comprensibile vista l'esperienza italiana, egli rileva che i partiti hanno rapidamente mancato a questa loro naturale funzione, per appropriarsi quasi privatamente e con esclusività di quel rapporto e in verità per trasformarsi in un doppio delle istituzioni; anzi, per sostituirsi alle istituzioni, ridotte a loro veicolo formale, mancando così al loro ruolo primigenio e impedendo alla società di manifestare la signoria che le proverrebbe dall'affermazione della sovranità popolare.

Il contraltare positivo di questo fenomeno implacabilmente denunciato - e che evidentemente tanto contribuisce a rendere inadeguati gli strumenti della rappresentanza politica e dei parlamenti - è, per Berti, la rivendicazione del ruolo delle formazioni sociali. Ruolo in linea di principio riconosciuto dalla Costituzione ma non con la coerenza desiderabile, se è vero che manca nella sua parte strumentale la configurazione dei modi della sua manifestazione. E tuttavia Berti pensa che quel ruolo sussista in termini costituzionali e sia in misura crescente esercitato, tramite il sindacato, le associazioni e tutta l'azione "privata", come frutto dell'incoercibile movimento della società civile¹³.

E' questo uno degli elementi centrali e, come dopo si vedrà, dei più positivi attraverso cui Berti legge la società e l'amministrazione. E attraverso le formazioni sociali si sviluppa un altro di quegli elementi (anche su di esso torneremo): la polarità solidaristica della società, che controbilancia e completa quella individualistica. Berti la evoca con una frequenza pari a quella con cui considera l'azione delle formazioni sociali; così come spesso ricorda l'uguaglianza, fattore che si coniuga alla libertà nel tracciare il quadro costituzionale. La solidarietà - afferma - raccoglie i "principi-guida che governano, essendo la fonte di ogni esperienza giuridica e politica, l'esistenza stessa della società" e che "sono scritti in testa alla nostra Costituzione e si riassumono nella solidarietà, da cui prendono struttura sia il principio di uguaglianza che le libertà"¹⁴.

2. E' questo il contesto nel quale Berti colloca l'amministrazione. Egli dice, con una decisione che dovrebbe essere condivisa ma che non sta alla base dell'ordinario pensiero amministrativistico, che "l'amministrazione è anzitutto un fatto costituzionale che trascende, per la sua funzione complessiva nei confronti dello stato, la rilevanza e

¹² Si vedano ivi tutte le pagine da 37 a 63 (l'espressione di istituzioni involucro è a p. 57; per la critica ai due grandi autori, v. p. 45).

¹³ Innumerevoli i luoghi nei quali il tema ritorna: v. per esempio *Diritto e Stato*, cit., pagg. 19 ss.

¹⁴ V. ivi, p. 56. Ma molti altri luoghi dell'opera dell'autore potrebbero essere citati a proposito del principio di solidarietà.

l'efficacia dei fatti amministrativi materialmente intesi"¹⁵. Ciò è vero, egli aggiunge, già nello stato patrimoniale e assoluto, e "la novità che di fronte a ciò ha rappresentato lo stato di diritto è consistita essenzialmente nel sovrapporre al fatto costituzionale dell'amministrazione un fatto costituzionale più largo e sintetico, rispetto al quale tuttavia l'amministrazione si è posta come uno dei fattori determinanti"¹⁶.

Ci si dovrebbe dunque aspettare che l'amministrazione possa oggi essere esattamente qualificata riferendosi alla Costituzione della Repubblica. Ma tutti sappiamo che non è così; e comunque Berti appartiene a quella schiera di autori - è questa una delle massime consonanze con lui di chi scrive - che pronuncia una critica severa circa l'ambiguità e l'inadeguatezza delle disposizioni e dell'intera visione dell'amministrazione contenute nella Costituzione e, ancor più, circa il modo di essere concreto dell'amministrazione nell'esperienza dello stato repubblicano: fenomeni, questi, culminanti nell'adozione di modelli dovuti alla perpetuazione di idee e paradigmi propri del regime amministrativo del passato.

Egli lungamente si sofferma, ritornandovi in moltissimi scritti diffusi in tutto l'arco della sua produzione ed esprimendosi ampiamente nelle opere maggiori anche di carattere schiettamente costituzionalistico, sulle origini di quel regime amministrativo nella storia dell'età moderna, sulla sua sistemazione, apparentemente del tutto salda, in seno allo stato liberale, sulla sua trasmigrazione nell'ordinamento repubblicano e sulle trasformazioni, o esigenze di trasformazione, che in questo subisce¹⁷. La concezione soggettivistica dell'amministrazione, la concentrazione del diritto amministrativo sul rapporto stato-cittadino, rapporto peraltro modellato sulla centralità dell'atto amministrativo autoritario, sulla sottovalutazione della procedura e sulla costruzione d'una giustizia amministrativa demandata a un giudice speciale e operata attraverso la figura dell'interesse legittimo, sono oggetto da parte di Berti di analisi penetranti. Egli ha modo così di rilevare infinite volte il senso di una garanzia del cittadino affidata a un rapporto col potere che fa sì che essa si ribalti in realtà piuttosto in garanzia dello stesso potere; e di esprimere la delusione per il fatto che, "mentre l'affermazione delle libertà e la loro definizione mantennero sede nel diritto costituzionale, i limiti e allo stesso tempo la garanzia di quelle libertà dettero corpo al sistema del diritto amministrativo", così che questo ha veicolato nello stato sociale del Novecento uno stato di cose non proporzionato alle novità maturate sul piano costituzionale¹⁸.

¹⁵ Ivi, p. 191. In senso analogo, la concezione del rapporto tra Costituzione e amministrazione in U. Allegretti, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Cedam, Padova, 1996, dove si parla di coestensività fra le due. (pagg. 72 ss.).

¹⁶ V. G. Berti, *op. e loc. cit.* alla nota precedente.

¹⁷ Una delle prime, certamente non la prima, riflessione è il notevole scritto *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972, pagg. 1861 ss.

¹⁸ V. *Diritto e Stato*, cit., specialmente pagg. 243 ss.

“Due anime dello stato”, dunque, comuni a “tutte le costituzioni che non hanno ancora risolto in modo adeguato il problema della irradiazione della sovranità popolare su tutto il sistema”; due anime la cui presenza nel campo dell’amministrazione “si risente in modo particolare” e che “sono forse una costante” dell’intera vicenda amministrativa¹⁹. Il “principio di continuità”, che egli giustamente rintraccia nell’amministrazione repubblicana e che si vede nella Costituzione, nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nell’esperienza concreta del funzionamento dell’amministrazione, gli appare, allora, dovuto al fatto che “nel momento in cui la società pluralista dei nostri giorni si giustifica come ordinamento...essa esprime come esigenza naturale la conservazione delle ‘forme’ nelle quali si è solidificata l’esperienza precedente”²⁰. Nelle tumultuose trasformazioni della vicenda repubblicana, che tanto coinvolgono l’amministrazione, e alle quali il tutto contemporaneo Berti è così fortemente sensibile²¹, la delusione si condensa nel fatto che le innovazioni delle forme - programmazione, procedure, rapporti contrattuali e paritari e via discorrendo - che affiorano nei tentativi più o meno riusciti e più o meno falliti e anche nelle realizzazioni dell’esperienza amministrativa recente, non valgono però a modificare il clima di fondo, a legare davvero l’amministrazione alla società, ma continuano a renderla disponibile alla politica e ai partiti, e a farne strumento di un potere separato.

In tutto questo emergono, anche rispetto alle correnti critiche con le quali Berti tanto condivide, molte originalità. Originalità di dettato - quel suo linguaggio così pregnante, così ricco di allusioni intense, così personalmente filosofico e immaginifico -; ma, quel che più importa, originalità di ragionamento e di decifrazione dei fenomeni. Per lui, oggi più di ieri, “tutta la logica giuridica applicata al ‘pubblico’” - che altri considerano un lascito importante del passato e che fa posto nel nostro tempo a una più diversificata ricchezza, capace di allineare poteri autoritativi e forme privatistiche e paritarie, persistenza dei soggetti amministrativi e del massimo di essi, lo stato, e avanzata del pluralismo di autonomie e di soggetti privati svolgenti attività di interesse generale - “è in realtà fondata su contraddizioni e incoerenze”, ed è nel suo complesso incapace di legare davvero amministrazione e società²²: un’incapacità che né attività amministrativa svolta secondo il diritto privato né forme procedimentali, come viene mostrato in più luoghi, possono davvero superare.

Il punto in cui si rivela meglio l’originalità della sua posizione è nella lettura critica che egli fornisce di quel principio di legalità dietro il quale, per i più, si ripara la dottrina corrente e prima di lei la stessa Costituzione, con quell’art. 97 che, dopo avergli reso “un

¹⁹ Ivi, pagg. 193, 220 s.

²⁰ Ivi, p. 245.

²¹ A convalida dei contenuti di tutta la sua produzione, si osservi la frequenza con la quale nei titoli delle sue opere e nelle intestazioni di tante parti di queste ritornano i termini “trasformazione”, “cambiamento” e simili.

²² Ivi, p. 258 (ma tutto il capitolo in cui quella frase figura).

omaggio, che non nasconde il suo valore formale”, “raccolge i principi informatori dell’organizzazione amministrativa sotto i nomi dell’imparzialità e dell’efficienza, ben guardandosi dall’altra parte dal tentare qualche maggiore approssimazione o dall’offrire un meccanismo di congiunzione fra questi due principi”, ma dando così la “piattaforma di legittimazione dell’amministrazione, abilitata peraltro a muoversi poi secondo logiche o meccaniche proprie”²³.

La demistificazione di quel principio è cosa su cui Berti ha insistito, può dirsi, da sempre, osservando che senza dubbio esso fa corpo con la costruzione, all’indomani dello stato assoluto, dello stato di diritto, ma che più “non risponde alla storia reale delle società racchiuse negli stati sovrani”. Esso “contiene un principio di verità, in quanto occorre pur sempre un soffio che animi le amministrazioni e imprima ad esse l’inizio di quel moto che è un tutt’uno con il loro essere”; ma, se agli inizi dello stato di diritto “si è pensato a far convergere l’amministrazione...sotto l’ombrello della legalità”, ciò è stato possibile perché allora “prevalevano ideologie liberali e liberistiche”, così che la legalità in realtà la investiva “solo in quegli aspetti che premevano maggiormente ai protagonisti sociali”, che è quanto dire essenzialmente in quegli aspetti del potere dell’amministrazione che minacciavano le proprietà individuali, la libertà personale e il diritto elettorale (ciò dicendo ovviamente Berti tiene presente la legge italiana sull’abolizione del contenzioso amministrativo). Anche a quell’epoca, dunque, “per il rimanente, la funzione amministrativa continuava a dispiegarsi liberamente”, tanto che “questa situazione creò in realtà non la forza, ma la debolezza del legislatore e dei suoi comandi”. Quando poi, con l’avanzare dello stato sociale, l’amministrazione “esce dal suo guscio protetto e si diffonde con nuovi strumenti a sua disposizione negli stessi ingranaggi economici e sociali”, essa “si mantiene formalmente nella legalità” (poiché si continua a insistere nello stesso schema con “poche variazioni e poche aggiunte”) ma “si serve di quest’ultima non tanto come limite di garanzia per i privati, ma come una forza della quale poter disporre per togliere di mezzo ostacoli o contestazioni all’efficacia imperativa delle sue determinazioni”.

Osserva Berti a commento di questa quasi lapalissiana, se non fosse tutt’altro che neutrale, constatazione: “molti non si avvedono che la legalità o la legittimità...serve proprio a questa imponente trasformazione”: può dirlo, aggiungiamo noi per sunteggiare il suo lavoro in questa direzione, perché la sua sensibilità e il suo realismo gli fanno valutare in pienezza il coefficiente di illibertà, di invadenza, che un’amministrazione così espansiva commette nella sfera di libertà delle persone e della società anche quando la sua azione non è di per sé imperativa ma di prestazione e di servizio.²⁴

Così accade che legislazione e amministrazione si saldino e che l’amministrazione, in realtà dotata nel suo agire di una larga discrezionalità, risponda a quella che è quasi

²³ V. G. Berti, *La responsabilità pubblica*, cit., p. 163. Per la critica del principio di legalità si leggano ivi tutte le pagg. 143 ss.

²⁴ Per tutte le frasi virgolate v. *op. e loc. ult. cit.*

“una propria costituzione fondamentale”, una “piena autonomia nell’applicare i comandi”, trovi nella legalità un “potenziamento”, in seno al quale può dirsi che “la figura del potere, come forza giuridica di cui dispongono gli apparati amministrativi, si riproduce per ogni atto o per ogni attività dell’amministrazione”, come sempre riconosce il giudice, pur se “appaia ancora come serva della legge”. “Niente di più falso,” dice perentoriamente Berti. Dov’ è allora la libertà dei privati e della società²⁵?

Un secondo originale corso di riflessioni critiche presente in tutta l’opera di Berti riguarda il modo d’essere dell’amministrazione locale, e soprattutto (ma non solo) dell’istituto regionale. Infatti per Berti l’edificio amministrativo non sarebbe completo se non integrasse l’altra grande dimensione che pervade, fin dai primi lavori, tutto il suo pensiero e direi tutta la sua esperienza: quella dell’amministrazione locale, che è quanto dire il tema dell’autonomia locale e, per il modo che in realtà la domina, dell’accentramento.

E’ grande merito di Berti aver sempre collegato in maniera stretta questo tema - che nella dottrina occupa spesso un luogo separato - a quello del regime amministrativo. La spiegazione che egli è giunto a darne²⁶, è particolarmente penetrante ed è insieme una spiegazione storica e una spiegazione logica: è infatti la storia d’Italia e della sua unificazione a stato che fonda e spiega l’accentramento.

Si tratta di una storia non casuale: l’accentramento non è, in Italia, il mero prodotto delle contingenze attraverso le quali si fece l’unificazione politica con le armi piemontesi e di una certa prevalenza della classe dirigente piemontese ma dipende, nella soluzione adottata, da una sorta di legame necessario con gli altri elementi della costruzione statale italiana. Berti infatti vede la scelta risorgimentale dell’accentramento - l’avvilimento inflitto ai comuni, l’artificialità della provincia, il rifiuto delle regioni, ma soprattutto quel significativo ricalco dell’amministrazione locale sul modulo statale (secondo il concetto di autarchia) che egli ha indicato fin dagli inizi dei suoi studi²⁷- come una cosa sola con il tipo di stato e di società che, auspice anche un’egemonia di ceto, si intese realizzare. Esprimendo con forza inusitata nella letteratura comune cose condivise circa il nostro processo unitario, egli rileva che “l’unificazione territoriale prevalse sull’unificazione sociale”, scartandosi dunque “l’unificazione popolare o sociale” (che, seppure più lentamente e difficoltosamente, avrebbe pur progredito) e scegliendosi la soluzione della “unificazione amministrativa come veicolo per la costruzione giuridica e politica dello stato”²⁸.

²⁵ Ibidem. L’ultima espressione riferita è a p. 175.

²⁶ Al di là delle tante sue riflessioni sul tema si può far capo al capitolo dedicato al tema nell’*op. ult. cit.*, pagg. 195 ss.

²⁷ V. G. Berti, *Caratteri dell’amministrazione comunale e provinciale*, Cedam, Padova, 1969.

²⁸ V. *La responsabilità pubblica*, cit., p. 197.

Una costruzione, dunque, che a ragione egli qualifica “evento costituzionale”²⁹ e che ha pesato, bene lo indica, su tutta la storia posteriore malgrado gli sviluppi avutisi alla Costituente e in età repubblicana, e perfino su quella, solo apparentemente contraria, del passato più recente, nel quale “la rivendicazione autonomistica è più pretesa di libertà che volontà o aspirazione di fondare finalmente un governo locale”³⁰. Ciò gli consente altresì di mostrare le differenze che separano l’esperienza italiana da quella sia francese che tedesca (da cui pure tanto l’Italia ha mutuato), nelle quali lo stato di diritto “ha secondato e valorizzato, sia pure indirettamente e parzialmente, i fattori di unificazione rintracciabili nella storia o nella tradizione di quegli stessi paesi”, così da consentire loro un “risultato mai del tutto arbitrario” che non constitui “infedeltà o prevaricazione verso la società”³¹, dando così sbocco all’interrogativo, che tutti ci arrovella, sul perché la vicenda italiana sia tanto diversa, ancora in seno all’esperienza dell’integrazione europea, da quella dei due grandi stati vicini (e forse, nonostante tutto, anche dalla spagnola) tanto più di noi saldi, fino ad ora, nella loro compagine nazionale.

Ma questa storia si è proiettata sulla vicenda repubblicana, malgrado e anche attraverso la Costituzione. E’ vero che questa ha, con l’art. 5, posto tra i suoi principi base il riconoscimento - il riconoscimento, e non l’istituzione - dell’autonomia locale, in quanto espressione della società. Berti non ha mai abbandonato l’idea che questa sia vera innovativa sostanza della Costituzione. Tuttavia, egli ha nel contempo sempre osservato che il titolo V ha tradito largamente quella concezione, legando l’amministrazione locale ai soggetti “enti locali” e uniformandola così, ancora una volta, al figurino statale³².

Dunque nel pensiero di Berti tutto si salda, e la vicenda del permanente misconoscimento dell’autonomia pur celebrata nell’art. 5 della Costituzione, elementi contrapposti da lui tante volte indagati con alto e fondato lamento, è ricondotta a una stessa matrice, a uno stesso clima ideale e pratico, con la vicenda del misconoscimento della società a confronto con lo stato celebrata nel regime amministrativo classico e con il connubio tra principio di legalità e amministrazione autoritaria³³ (si veda anche nella ricostruzione storica la non comune assimilazione, per quanto riguarda la legge di

²⁹ Ibidem. Anche in U. Allegretti, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Il Mulino, Bologna, 1989, particolarmente a pagg. 392 ss., è presentata così l’unificazione amministrativa.

³⁰ V. puntualmente alla pag. 201 di *La responsabilità pubblica*, cit., dove non sembra arbitrario vedere riflesso, nella versione deformante, anche l’inquadramento delle proposte della Lega e prefigurate altresì le condotte accentratrici del governo berlusconiano.

³¹ Ivi, pagg. 198 ss.

³² Invece di studi più noti, vogliamo qui ricordare una relazione da lui tenuta in un seminario cagliaritano: v. G. Berti, *L’amministrazione locale come modello di amministrazione generale*, in Università di Cagliari, *Studi economico-giuridici*, vol. XLIX 1978-79, Giuffrè, Milano, 1980, pagg. 197 ss.

³³ Nettamente ivi, pagg. 206 ss.

unificazione amministrativa, dell'allegato A e dell'allegato E della legge del 1865, base non peritura delle vicende posteriori)³⁴.

3. Fin qui, la dimensione di analisi critica in cui si muove con sempre nuova ricchezza l'opera di Berti, che si esprime soprattutto in questa chiave. Se solo ciò fosse, quella riflessione si concluderebbe nello scetticismo e nel pessimismo, spesso a lui addebitati.

Ma non è così. Mescolata continuamente e strettamente alla lunga metodica esplorazione dell'esistente si sente in Berti, e non di rado diventa esplicita, tutta un'altra dimensione. Non una dimensione formalmente propositiva, che il disincanto che gli è particolare (ma che non è né scetticismo né pessimismo), gli impedisce, e che non è nel suo carattere e comunque non nei suoi intenti, ma di cui semmai egli comunica ad altri l'ispirazione con le sue coinvolgenti teorie.

“Senza illusioni, tra utopia e speranza”³⁵, Giorgio Berti muove attraverso il mondo procelloso (sono sue parole) dell'amministrazione di oggi presagendo che, nella confusione che domina, la società si va pur facendo strada con i suoi peccati, ma anche con la sua libertà e la sua creatività. Qui ritorna la sana diffidenza di Berti per le riforme costituzionali, estesa (sembra) anche ad alcune di quelle puntuali, se è vero per esempio che egli non è favorevole alla trasformazione del senato in una camera autenticamente rappresentativa delle regioni e non è apparso mai fiducioso che la soppressione del giudice speciale amministrativo e l'unificazione della giurisdizione possa apportare reali benefici (il che è certo empiricamente argomentabile in un paese, come l'Italia, in cui ogni riforma non sembra far progredire la pratica e spesso la impantana di più)³⁶. Berti fa piuttosto affidamento sull'evoluzione della società, per lenta e contraddittoria che sia ma che gli appare fondata più nel profondo e più durevole.

E qui si saldano ancora una volta costituzione e amministrazione. Su entrambi i piani del resto - come si è visto, in lui del tutto e giustamente intrecciati - se la polemica di Berti è innanzi tutto contro lo statalismo, il potere, l'invadenza della politica e dei partiti, non manca l'avvertenza che il liberismo - anzi il “neoliberismo”, termine che lui già usava negli anni '80 quando non era in voga come oggi - non è la soluzione. Se si affronta, scrive, “il problema della funzione dell'ordinamento nei confronti dei gruppi sociali”, allora “si può subito scartare l'ipotesi neoliberistica, del resto già smentita pur essa dalla realtà, secondo la quale la stabilità dell'assetto statale verrebbe raggiunta nel formarsi spontaneo di equilibri tra poteri e contropoteri di ordine associativo, di fronte ai quali lo stato tornerebbe ad essere nient'altro che garante esterno o guardiano”³⁷

³⁴ Ivi, pagg. 202 s.

³⁵ A sé appare applicato, o applicabile, l'atteggiamento enunciato nella Premessa generale a *La responsabilità pubblica*, cit., VI.

³⁶ Per il primo caso v. in *Interpretazione costituzionale*, cit., pagg. 457 ss.; per il secondo depongono i vari scritti dell'autore in tema di giustizia amministrativa.

³⁷ V. *Diritto e Stato*, cit., p. 31.

Invece Berti pensa come principio dell'ordine politico e giuridico a una società ben altrimenti complessa: a una società concepita come il luogo in cui le libertà dei singoli e quelle delle formazioni sociali si esprimono pienamente. Le libertà, come "libertà attive" - e "tutte lo sono quando vengono proiettate nella società e nelle dinamiche sociali" - "si completano, quanto alla loro giuridicità, nel dovere". E' il "dovere di solidarietà che accompagna le libertà dell'uomo, anzi le stringe e le cementa", esso "è il cuore del dovere di rendersi partecipi di una grande amministrazione degli interessi sociali", di "partecipare alla creazione sociale". E' chiaro quanto questa concezione riflette i principi formulati negli art. 2 e 3 della Costituzione, a cui infatti in altri luoghi Berti esplicitamente si richiama. Non c'è contrasto tra le libertà e il dovere e la solidarietà perché "la libertà non è vitale neppure per l'individuo singolo, se non lo conduce a rendere parimenti attiva e potente la libertà altrui"³⁸.

Si tratta dunque di un genere di libertà diversa sia dalla libertà dei moderni che da quella degli antichi secondo Benjamin Constant - osserva Berti -, le quali solo apparentemente sono opposte fra loro, l'una essendo, come Constant diceva, pacifico godimento dell'indipendenza privata, e l'altra "espressione di un condominio tra il singolo e gli altri" e dunque "frutto di una sottomissione originaria": Berti non rivendica né la libertà puramente privata né la libertà politica, che danno luogo a "libertà privata e sottomissione pubblica". Si tratta invece di *dover amministrare*. L'amministrato non è più tale, ma partecipa ad amministrare, egli stesso amministra e addirittura "vi è identità tra amministrati e amministrazione": la libertà insomma è *responsabilità*. Negli stessi anni, Benvenuti discorreva di "libertà attiva", di una nuova "partecipazione come libertà dei post-moderni" che vedeva affiancarsi alle due forme di libertà scoperte da Constant e parlava di "coamministrazione", di cittadino "co-amministrante" e, anche più, in certi casi "sostituto stesso dell'Amministrazione"³⁹.

Pertanto - e qui si spinge avanti un ciclo di riflessioni aperte da proposte di Benvenuti⁴⁰ alle quali spesso si sono intrecciate le considerazioni di Berti - amministrazioni non sono questi o questi altri soggetti, apparati e organizzazioni, amministrazione è un agire oggettivo in seno al quale si muovono, oltre gli apparati statali o di altri enti che chiamiamo pubblici, individui, associazioni volontarie, imprese e via dicendo. Questa concezione (che, paradossalmente ma non tanto, consente altresì a Berti di rivendicare il valore delle discipline di settore) si traduce in un forte ruolo della partecipazione, molto al di là di quella "forma embrionale che è la partecipazione ai

³⁸ Tutto questo e quanto segue nel testo è magnificamente espresso alle pagg. 357 ss. del libro *La responsabilità pubblica*, cit.

³⁹ V. F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio, Venezia, 1994, pagg. 60 ss. Per le espressioni di co-amministrazione, di co-amministrante e di sostituto dell'amministrazione, ibi, pagg. 80 s.

⁴⁰ V. in particolare F. Benvenuti, *L'Amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'Amministrazione*, 1978, pagg. 6 ss.

procedimenti”; in un accento robusto sulla procedura - della quale Berti è sempre stato attento e convinto indagatore⁴¹ -; in un rinnovato appello alla “diversità” dell’amministrazione locale; e in una forma, diversa da quella altre volte inseguita, di programmazione, che si vede nel fatto che anche ogni amministrazione di settore “deve cavarsela da sola, naturalmente coordinandosi con le altre”⁴².

Questi sono i molteplici sensi di una concezione dell’amministrazione che, invece di porsi come potere dello stato, procede dalla società, e della quale Berti dice che, abbandonando il suo stato privo di vera autonomia, la sua dipendenza normativa, che “non produce regole per suo conto, anche se in una cornice eteronoma” e perciò “non acquista peso, né forza propria”, “ora vuole stabilire con la società un rapporto immediato”, sottraendosi alla relazione onnivora con la legge e conscia che “non le si addicono le forme della rappresentanza politica”, mentre “regole comuni” (un “codice”, dice anche Berti) e superamento della specialità le divengono connaturali⁴³. “Occorre” termina addirittura Berti “che sia finalmente riconosciuta l’indipendenza dell’amministrazione, o per lo meno la piena autonomia di essa, rispetto al legislatore e ai suoi precetti”⁴⁴.

Questo permette a Berti di essere ligio alla Costituzione repubblicana nel suo impianto fondamentale, risultante “dai principi generali e dalla prima, e veramente irreversibile, parte della Costituzione. “Il problema, dice, “sta nel ricostruire il volto dello stato, secondo le linee che se ne ricavano dai principi fondamentali della Costituzione”⁴⁵.

Il suo modo di farlo non è di rimettersi alla loro lettera - anche se la sovranità del popolo, il richiamo al principio di autonomia come formulato nell’art. 5, l’appello all’art. 2 e all’art. 3 sono tra le sue più frequenti citazioni - ma di affermare che “i poteri dello stato non siedono più su di una forma giuridica unitaria, ma, oltre la stessa Costituzione, cercano propri e separati ancoraggi nel corpo vivo della società”⁴⁶.

Qui si possono aprire alcuni interrogativi. Sebbene in più d’un contesto Berti mostri di pensare che resta per l’amministrazione una cornice di vincoli posti dalla legge in funzione se non altro della garanzia dei diritti fondamentali dei cittadini, l’accentuazione da parte sua dell’indipendenza dell’amministrazione e l’affermazione d’una democrazia non centrata sulla legge ma affidata alla procedura in cui si svolge con pienezza la

⁴¹ Basti citare G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975, e *La struttura procedimentale dell’amministrazione pubblica*, in *Diritto e Società*, 1980, pagg. 439 ss.

⁴² Tra i molti luoghi in cui Berti ritorna su questi temi, si citano qui le pagg. 362 ss. di *La responsabilità pubblica*.

⁴³ Per tutto ciò si veda ancora ivi, pagg. 357 ss. In questo contesto è anche storicamente molto illuminante la ragione che Berti dà della frequente osservazione circa la continuità dell’amministrazione nel mutare dei regimi politici: “essa è continua perché è continua la società” (p. 362).

⁴⁴ V. ivi, p. 373.

⁴⁵ Ivi, pagg. 48, 53. E in *Interpretazione costituzionale*, cit., p. 24, sostiene l’interpretazione della Costituzione per principi e per valori.

⁴⁶ Ivi, ancora p. 53.



partecipazione intersoggettiva - ma veramente, nel nostro ordinamento⁴⁷ - all'amministrazione stessa, può far nascere qualche perplessità. Bisognerà quanto meno salvare non solo, in ogni caso, la riserva di legge per i diritti costituzionali ma anche la preferenza della legge, pur consapevoli del frequente abuso della funzione legislativa e della soggezione dell'amministrazione alla politica e ai partiti.

Anche più delicato è misurarsi con le diverse concezioni che si possono avere della società, del suo modo di essere in concreto, della sua composizione e con le prospettive che si pensano per la sua evoluzione. Interrogativi sorgono soprattutto di fronte al problema del ruolo rispettivo, della diversa forza, dell'importanza dei vari gruppi sociali e delle formazioni che li esprimono, della loro conflittualità in condizioni spesso impari. Berti torna spesso a nominare le associazioni libere, il volontariato o comunque le espressioni di funzioni non economiche e si capisce che ne apprezza il significato solidaristico e il valore. Ma naturalmente maggiore è nella realtà il peso delle aggregazioni economiche, delle imprese e, oggi particolarmente, dei gruppi finanziari. Berti, nel nominare anche tutto questo comparto, non sembra operare precise distinzioni. Egli conosce a fondo l'influenza e l'invasione del mondo economico e dell'attività tesa al profitto e valuta con serietà i vizi d'una società corporatista, in cui spesso rischia di naufragare il pluralismo⁴⁸. Ma si presenta come ottimista circa il libero gioco sociale, affermando a più riprese che da esso, pur nella durezza del conflitto, nasce il progresso e comunque si afferma la democrazia, tanto che, parlando del lungo periodo di inattuazione della Costituzione nella vicenda italiana, propone la seguente constatazione: "proprio questa sorta di distacco dalla costituzione formale ha consentito il crescere di una sostanza costituzionale o di una sensibilità verso le libertà e i diritti"⁴⁹. Questo lo porta⁵⁰ anche a valutare in maniera positiva l'esperienza dell'ordinamento comunitario europeo che altri ritiene fortemente corporatista per effetto soprattutto della sua "comitologia".

Quella fiducia sta bene. Ma per altri, tra cui chi scrive, la distinzione tra società economica e mondo non economico, malgrado i loro intrecci, deve essere mantenuta ferma, anche sul piano concettuale, precisando sulla sua base il concetto di società civile⁵¹. E poiché questa, la società civile "disinteressata", espressione diretta del principio di solidarietà, è la porzione di società che, nonostante il suo valore morale (seppure anch'esso

⁴⁷ Alcune espressioni del libro *La responsabilità pubblica*, cit., sembrano oscillare tra la rilevazione dell'ambiguità della legge 241 regolatrice della procedura amministrativa (pagg. 323 ss.) e il valore "costituzionale" della procedura stessa (pagg. 319, 403), ma questa sembra, allora, da considerare in quanto principio. Questo valore potrebbe ben inverarsi, con molta maggior ricchezza, nella democrazia partecipativa della quale si dice più avanti nel testo.

⁴⁸ Una netta testimonianza di preoccupazione per queste deviazioni si legge in *Diritto e Stato*, cit., p. 31.

⁴⁹ V. *Interpretazione costituzionale*, cit., p. 19.

⁵⁰ V. *La responsabilità pubblica*, cit., pagg. 376 ss.

⁵¹ V. in questo senso U. Allegretti, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Città aperta, Troina, 2002, pagg. 253 ss., e ivi citazioni.

esposto a inquinamenti, naturalmente sempre possibili), ha per sé meno forza di quella interessata essenzialmente al profitto, è inevitabile porsi l'interrogativo circa i modi attraverso cui riequilibrare il gioco dei pluralismi.

Questo lega strettamente le due ragioni di perplessità qui avanzate. Pare infatti che si debba andar oltre l'affermazione, senz'altro pregevole, di Berti, fatta proprio nel contesto della preoccupazione per il corporatismo, secondo la quale "la libertà sociale deve essere intrecciata con una funzione dell'ordinamento complessivo che ne corregga la rotta"⁵². Sorge infatti la necessità di un centro o di più centri organizzati che possano ricevere, supportare, promuovere le "forze deboli" che stanno nella società e che altrimenti soccomberebbero al gioco delle più forti.

Questa funzione di correzione, di selezione, di promozione dei diversi interessi, nell'esperienza delle democrazie sociali è ricaduta sullo stato. Oggi, sarà ancora il compito, sia pure non esclusivo, dello stato, della sua legge, della sua amministrazione? Forse sì, per una fase storica che potrà ancora durare. Non però lo stato del passato: qui va inteso per stato un insieme di poteri, che amiamo ormai rappresentare con la metafora della rete - è anche la "stratificazione del potere" a cui si affida Berti⁵³ - e che, attraversando lo stato classico che certamente mantiene ancora un ruolo, vanno dalle varie amministrazioni locali all'Unione europea e anche al livello globale.

E non lo stato della tradizione statalista, del potere, dell'amministrazione autoritaria e soggettivistica. E' qui che l'impianto di Berti è utilissimo per cogliere un diverso modo di normare e di amministrare che, andando oltre la rappresentanza, incorpori le nuove forme di democrazia partecipativa, collaudate in note esperienze del Sud del mondo come fecondo intreccio tra rappresentanza e democrazia di base, tra istituzioni, incluse la burocrazia e le strutture tecniche delle amministrazioni, e società, e che vanno sperimentandosi anche in Europa⁵⁴. Ed è qui, forse, che per chi scrive meglio si manifesta la fecondità del punto di vista col quale Berti "capovolge" l'amministrazione, aprendo una strada di grande validità per cominciare ad addomesticare, non solo teoricamente ma anche in senso pratico e propositivo, la *terribilità del mondo* nel quale oggi viviamo.

⁵² V. il luogo citato alla nota 46.

⁵³ In uno dei più recenti e più generalizzanti suoi scritti, il cit. *Stratificazione del potere e crescita del diritto*.

⁵⁴ Per tutti si rinvia agli studi di G. Allegretti: v. in particolare *L'insegnamento di Porto Alegre. Autoprogettualità come paradigma urbano*, Alinea, Firenze, 2003 - dove è molto chiarito, tra l'altro, proprio quel ruolo di integrazione tra società e istituzioni che la democrazia partecipativa svolge nel caso originario e compiuto che è quello proprio della città brasiliana - e altri tra cui *Dalla "gestione consensuale" alla "riprogettazione condivisa" del territorio: L'Europa scopre il potenziale dei bilanci partecipativi*, in *Quale Stato*, 2004.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione
a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttore: Prof. Giuseppe Di Gaspare