

L'amministrazione pubblica in Europa tra costituzionalismo e solidarietà

Pierangelo Schiera



Pubblico qui, in lingua italiana, il mio contributo all'incontro per la messa a punto del terzo volume del *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, svoltosi a Berg, presso Monaco in Baviera, tra il 9 e il 12 ottobre 2008. Si tratta del commento e della conclusione a un contributo più ampio che sarà pubblicato nel corso del prossimo anno, in lingua tedesca, col titolo provvisorio: *Gemeineuropäische Geschichte und Strukturen der Verwaltungsrechtswissenschaft*¹.

La ragione per cui lo presento in anteprima è non solo – come dovrebbe spesso accadere nella nostra rivista – per fare circolare testi provvisori e ipotesi di lavoro ancora da sottoporre a ultime verifiche e perciò bisognose di confronti e suggerimenti, ma anche per iniziare anche con un mio contributo personale la nuova traccia di ricerca della rivista sul tema “Solidarietà”.

Per quanto possa apparire a prima vista strano, infatti, sto giungendo alla conclusione che l'amministrazione abbia acquisito, nell'età contemporanea, cioè in rapporto col generale movimento costituzionale del cosiddetto “Costituzionalismo”, il gravoso compito di tenere alta l'antichissima insegna del “Bene comune”; ma anche di metterla in pratica ricorrendo allo strumento politico che si è rivelato il più adatto alle esigenze dello Stato borghese di diritto e sociale. Tale arma è stata il diritto, nella sua triplice veste legislativa, giurisdizionale e dottrinarica. Nel nostro caso è stato, in particolare, il diritto amministrativo, nelle svariate e a lungo considerate differenti se non alternative forme storiche che esso ha assunto nei paesi europei nel XIX e nel XX secolo: in Francia, Germania e Gran Bretagna soprattutto.

¹ Ci sarebbe anche un titolo ufficiale inglese: “Common European History and Structures of Administrative Law Scholarship”; ma in italiano potrebbe suonare così: “Comune storia europea e strutture della scienza del diritto amministrativo”.

Resta da capire se nell'incontro fra costituzionalismo e totalitarismo durante il XX secolo, quella particolare scienza sociale che è stata il diritto abbia mantenuto il suo ruolo guida o abbia ceduto – o stia per cedere – il passo ad altre prospettive di analisi del “Sociale”, di tipo scientifico o meno.

Per mostrare cosa pensano i giuristi, in particolare i giuspubblicisti e più in particolare ancora gli editori del *Handbuch* sopra citato (Armin von Bogdandy, Heidelberg e Peter M. Huber, Monaco) riporto le prime tre righe del loro *Vorwort* al primo volume del *Handbuch* stesso (dedicato a “Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts” e specificamente curato, oltre che da loro due, anche da Pedro Cruz Villalón, con la collaborazione di Diana Zacharias)²:

«Scienziati e pratici del diritto pubblico in Europa sono testimoni o addirittura attori dello sviluppo, nel segno dell'integrazione europea, di un diritto pubblico che andrebbe definito come il nuovo *ius publicum europaeum*».

Al termine della piccola ricerca condotta per il terzo volume del *Handbuch Ius Publicum Europaeum* mi sono posto la domanda: che risultati hai ottenuto? Purtroppo la risposta è deludente: ho trovato solo poca scienza nell'analisi del campo amministrativo, che fin dalla prima età moderna ha rappresentato uno degli spazi privilegiati della vita politica e statale europea. Per essere più preciso, il deficit scientifico sembra particolarmente rilevante con riferimento alla nascita di un diritto amministrativo, mentre la considerazione scientifica della dimensione amministrativa dello Stato ha continuato a produrre effetti anche dopo la fine dell'*ancien régime*, in continuità con la sua gloriosa tradizione nell'assolutismo illuminato.

Un primo passo verso la spiegazione di questo dato di fatto sta nella constatazione che la nascita di un diritto amministrativo è connessa alla fondazione della dimensione costituzionale dello Stato. Mentre nel XVII e XVIII secolo la funzione amministrativa raggiunse talora una tale indipendenza da potersi forse parlare di “autonomia dell'amministrativo”, non poté esser più così nel costituzionalismo, che espresse il bisogno di sintetizzare normativamente tanto i diritti dell'uomo quanto le modalità stesse di funzionamento dello Stato. Con le costituzioni scritte, si accelerò intensivamente il processo di positivizzazione, secolarizzazione e neutralizzazione

² Il volume, edito da C. F. Müller Verlag, è apparso a Heidelberg nel 2007. Un secondo volume, con gli stessi curatori e presso lo stesso editore, è apparso nel 2008 col titolo: *Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht*. Il III e IV volume dell'opera, che proseguirà anche in futuro su aspetti speciali del diritto pubblico europeo, appariranno nel 2009 e 2010, rispettivamente dedicati a *Grundlagen des Verwaltungsrechts – Wissenschaft und Verwaltungsrecht* e *Grundzüge des staatlichen Verwaltungsrechts*.

del diritto naturale fino ad aprire la porta a quella “autonomia del politico” che non poteva sussistere senza la separazione di Stato e società. Strumento principale di questo mutamento profondo è stato il diritto (nel senso dell’ordinamento giuridico, ma anche della scienza giuridica e forse anche della giurisdizione) e in questo processo di giuridizzazione anche l’antica scienza dell’amministrazione dovette cercarsi una nuova collocazione.

Il “politico” e la scienza giuridica

Insieme a Karl Marx, è stato Lorenz von Stein a individuare l’insorgere del politico nei conflitti sociali che nascono spontaneamente dalla società liberatasi dallo Stato. Ma Stein aveva conosciuto la situazione francese del 1848, mentre Engels e Marx lavoravano sulle condizioni sociali inglesi di quegli stessi anni. La Gran Bretagna era in effetti il paese in cui il politico era venuto alla ribalta, grazie al precoce processo di costituzionalizzazione dei rapporti tra Stato e società, fin dall’inizio del XVIII secolo. Ancora quasi due secoli dopo John R. Seeley poteva porre al centro della sua *Political Science* (1896) il dualismo *government-liberty*: col che, proprio a partire dall’Inghilterra, possiamo tornare all’amministrazione.

Ovviamente, Stein era interessato all’amministrazione, ma in coerenza con le sue premesse egli non poteva ancora mirare a una scienza del diritto amministrativo. Per lui (come, sotto altri profili, per Robert von Mohl e per la dottrina allora dominante in Germania) una dottrina generale dell’amministrazione doveva restare l’ultima frontiera di analisi dell’amministrativo. Lo stesso valeva in Inghilterra con lo studio della *Constitution*, la cui *Prescriptive Wisdom* agiva in certo qual modo come storicizzante *Science of Government*, con implicito coinvolgimento della *Administration*, che già da tempo riceveva nel sistema politico britannico una considerazione solo pragmatica. In Francia, al contrario, l’epoca del ’48 fu fortemente segnata dal nuovo concetto di *Fraternité* che, occupando il suo posto accanto a quelli nobilmente rivoluzionari di *Liberté* ed *Egalité*, legittimava nuove dimensioni di evoluzione scientifica di un diritto amministrativo *in nuce* già in essere.

Ma, come non cessa di mostrarci Michael Stolleis, i giuristi erano già là. Nel 1852 il giurista tedesco Carl von Gerber poteva affermare che il politico era solo materiale della scienza giuridica. In tal modo prese avvio in Germania – per citare Peter Badura – la trionfale carriera del “positivismo” della liberale dottrina giuridica dell’amministrazione, la quale, per sistematizzare i propri concetti, si scelse la forma di osservazione del “metodo giuridico”. Con grande influsso sui paesi dominati dalla forza radiosa della “Scienza tedesca”, in particolare quelli dell’Europa centrale e meridionale, a par-

tire ovviamente dalla monarchia austro-ungarica e dalla Svizzera, attraverso Spagna e Italia, fino alla Turchia.

Il contrario, in Gran Bretagna, dove, in base a una logica analoga ma contrapposta, Albert V. Dicey lanciava nel 1885 il suo veto contro un diritto amministrativo inglese. Così rimaneva la scienza amministrativa inglese “materiale” soprattutto per storici e sociologi – come i coniugi Webb ad esempio – in quella particolare fusione di pragmatismo filosofico e interventismo economico (ultimo effetto di benthamismo?) che avrebbe condotto alla *Fabian Society* e alla *London School of Economics*. Proprio grazie al reiterato privilegiamento della *Rule of Law* e alla corrispondente (e non sempre silenziosa) pretesa di superiorità che in tal modo emanava dal sistema politico inglese, l’Inghilterra mantenne un grande influsso sul resto d’Europa anche in questioni amministrative, in particolare per quanto riguardava il *Local Government*. Paradigmatico è naturalmente il caso di Rudolf Gneist, con la sua opera e coi suoi epitomatori, ma un bell’esempio viene anche dall’Italia, dove a Torino Attilio Brunialti pubblicò una “Biblioteca di Scienze Politiche” in cui, fra molti altri, furono tradotti anche alcuni testi anglosassoni, per porli a disposizione del dibattito in corso sulla scena accademica italiana. Tra i collaboratori all’impresa vi era anche Vittorio Emanuele Orlando, il fondatore del diritto amministrativo italiano.

Grazie alla persistente azione del *Conseil d’État*, l’aspetto pratico dell’*Administration* e il tentativo di fornire una sistemazione teorica alla stessa poterono mantenere in Francia, durante i primi tre quarti dell’Ottocento, un’unità sufficiente per potersi adeguare senza difficoltà ai nuovi obbiettivi di legittimazione della *Troisième République*. Si costruì così il ponte verso una considerazione più concreta, dal punto di vista contenutistico, dei compiti crescenti dell’amministrazione pubblica. Da apripista fece – subito dopo le superbe formalizzazioni di un Laferrière e di un Berthélémy – l’idea di *service public*, nel duplice senso di attenzione alle aspettative sociali dei nuovi cittadini da una parte, e della sottolineatura della *puissance publique* dall’altra, mediante il riconoscimento di nuovi spazi d’intervento di quest’ultima, soprattutto in ambito comunale. L’influsso di queste tendenze in tutta Europa fu forse anche maggiore dell’antica influenza che il diritto amministrativo francese già da tempo aveva espresso col suo modello di una giurisdizione amministrativa e con una scienza che intorno a quest’ultima era imperniata. Non si deve però dimenticare che anche l’istituto del *Préfet* ebbe ampia diffusione nei paesi (come l’Italia) che avevano raggiunto la loro *Nationbuilding* per via accentrativa e non federalistica.

Legislazione, giurisdizione, interpretazione: una prospettiva europea

Questa sintetica ricostruzione mostra che, all'interno della vicenda europea del costituzionalismo, anche il diritto amministrativo poté godere di un notevole scambio di *inputs* sia metodologici che di contenuto, i quali spesso non possono ricevere spiegazione semplicemente in base ai modelli nazionali. La soluzione viene ovviamente dalla prospettiva comparatistica qui illustrata da Schönberger, con l'esatta puntualizzazione che nel diritto pubblico sussiste un più intenso carattere storico-politico, il quale esige anche una metodologia diacronica di comparazione. Io sono però del parere che, più di una considerazione semplicemente comparativa, sia necessaria una considerazione storica compiutamente europea, per poter fare luce sulle condizioni odierne del diritto amministrativo in Europa e nel mondo. Essa deve essere però di lungo periodo, poiché la storia dei paradigmi scientifici si muove solo lentamente e non conosce confini nazionali. Talora può svilupparsi anche attraverso ipotesi false e scambi nascosti, cosicché v'è bisogno d'indagare anche i suoi lati oscuri e di comprendere nel modo giusto le contraddizioni o i fraintendimenti sorti dai diversi "stili" cultural-nazionali che spesso impediscono una lettura aperta del fenomeno.

Nella un po' manchevole prestazione scientifica del diritto amministrativo fin verso la fine del XIX secolo gioca un suo ruolo anche l'interpretazione. L'irrealizzabile bisogno di codificazione, insieme al bisogno pratico di normare in qualche modo i crescenti compiti dello Stato, spiega il grande ruolo giocato dall'interpretazione nel diritto pubblico, soprattutto nel diritto amministrativo. Si trattava di combinare l'antica funzione amministrativa con la nuova questione della costituzione. Nella tensione tra legislazione (spesso delegata) e giurisdizione (spesso di natura poco chiara) solo l'interpretazione poteva offrire ai giuristi una base dinamica per la sistematizzazione concettuale di un diritto amministrativo in espansione.

In quanto strumento del pensiero giuridico, l'interpretazione svolge un ruolo analogo sia nel sistema di *Common Law* che in quello di diritto scritto: perciò il ricorso a essa può anche eventualmente aiutare ad attenuare la differenza tra i due sistemi. Di fatto essa ha occupato un posto di primo piano nell'interscambio tra i principali modelli di diritto amministrativo. Si pensi solo all'interpretazione data da Dicey al concetto di *Rule of Law*. Ma come si potrebbe affermare correttamente, senza interpretazione, la lettura data da Rudolf Gneist del *Local Government* inglese? Per restare in Germania, quanto interpretativa fu la sistematizzazione, secondo schemi francesi, data a Strasburgo da Otto Mayer al diritto amministrativo tedesco verso fine secolo? La più recente storiografia francese spiega ormai i

ripetuti tentativi dei brillanti giuristi del *Conseil d'État* di fornire un'interpretazione ufficiale dell'*Arrêt Blanco* come espressione del bisogno di stabilità della *Troisième République*. Ma ugualmente attraverso una contestata interpretazione del *service public* (Hauriou o Duguit?) la scienza francese del diritto amministrativo ha saputo elaborare il suo adattamento alla capacità di prestazione dell'amministrazione richiesta a gran voce dal democratico XX secolo. Ma non è neppure un caso che proprio la neutralizzante interpretazione fornita da Harold Laski del titolo del libro di Léon Duguit *Transformations du droit public* come *Law in the Modern State* abbia aperto infine la strada allo studio scientifico del diritto amministrativo in Gran Bretagna.

Uscire dallo Stato liberale: l'impossibilità della codificazione

Nel frattempo, abbiamo così raggiunto la soglia autoritaria che, dopo la guerra e la rivoluzione bolscevica, è apparsa, sempre più e dovunque, come possibile via d'uscita dalla manifesta crisi dello Stato liberale. Uno dei principali giuspubblicisti del XX secolo, il siciliano Santi Romano, aveva già capito tutto nel suo libretto sull'*Ordinamento giuridico* del 1917 (ma concepito già nel 1907, in riferimento alle conseguenze anche giuridico-amministrative del famoso terremoto di Messina). Egli era allievo di Orlando e io credo che proprio nella distanza intellettuale e scientifica tra i due pensieri si possa trovare una ragione della trasformazione del diritto amministrativo europeo, dalla sua vecchia conformazione liberal-formalistica a quella nuova, e fino a oggi non ancora compiutamente espletata, democratico-pluralistica. Non so dire se ciò possa corrispondere alla vittoria di uno "stile funzionalista", ma sono convinto che, in caso positivo, bisognerà al più presto riuscire a qualificare tale funzionalismo con nuovi contenuti e fini, più adeguati ai tempi.

Dal punto di vista scientifico, nella prima fase tardo-ottocentesca della scienza del diritto amministrativo coesisterono tre orientamenti principali: il rifiuto di Dicey, accompagnato dall'orgogliosa condanna della democrazia *à la française*; la svolta democratica, di servizio, in Francia, accompagnata dall'intensificazione della *puissance publique*; il metodo giuridico in Germania, che poi raggiunse il suo vertice nell'austriaca Scuola di Vienna. Dal punto di vista istituzionale crebbe l'impossibilità di giungere a una codificazione del diritto amministrativo o anche solo di provvedere per via legislativa a una sua sistematizzazione. Il caso di necessità divenne sempre più motivo per una legislazione delegata, che però a sua volta si doveva confrontare con la necessità di una giurisdizione amministrativa.

Secondo Elie Halévy, Beatrice Webb avrebbe affermato di aver introdotto il diritto amministrativo alla *London School of Economics*,

perché esso conteneva il germe del collettivismo; più o meno in quegli anni, Dicey aveva posto al centro delle sue *Lectures on the Relation Between Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century* l'eterno conflitto tra individualismo e collettivismo. Più tardi, ma nella stessa linea, si muoverà il giudizio di Edouard Berthélémy: nel suo *Supplément à la XIIIe édition du Traité élémentaire de droit administratif* del 1938, egli scorse il *principe d'unité* dell'enorme espansione delle riforme amministrative per via di *Décrets-lois* fra il 1933 e il 1938 (ma già a partire dal 1926 col governo Poincaré) «dans l'extension et dans le renforcement de la puissance publique». La sua chiusa è ancora più drastica:

«ce droit administratif affirme énergiquement sa donnée fondamentale, la puissance publique, qui y prend son plein relief [...], son caractère irréductible, lié à la primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers».

Di ciò portavano, secondo Berthélémy, uguale responsabilità i governi liberali (1934-35) e socialisti (fino al 1938). Lo stesso vale per la Gran Bretagna, dove Laski, Robson e Jennings cercarono di inquadrare le riforme nella *Public Law*, sotto il segno di un nuovo liberalismo e degli esiti del *Committee on Minister's Powers* del 1926. Sotto la formula del *Functionalist Style*, Martin Loughlin ha portato tutto ciò in sintonia col principio di solidarietà in Francia, con la socialdemocrazia in Germania e anche con i “Nuovi democratici” di Woodrow Wilson negli USA.

Purtroppo, però, *trends* analoghi divennero dominanti – in modo ancora più intensivo e naturalmente con obiettivi antidemocratici incomparabili – nell'ambito dell'evoluzione scientifica in campo giuridico-amministrativo sia nel fascismo italiano che nel nazismo tedesco, come conseguenza della sostanziale sospensione di ogni vita sia della costituzione che del diritto costituzionale. Ma la differenza era solo di tipo politico, o si possono riconoscere in essa anche motivi di tipo tecnico-scientifico? Col fascismo venne interrotto il vitale nesso storico tra diritto amministrativo e costituzionalismo e il primo cominciò a venir trattato come sostitutivo del secondo. Il concetto sottostante fu, in epoca nazista, l'idea di “capacità di prestazione” dell'amministrazione, che non conosceva altri limiti al di fuori della decisione politica. Essa era orientata alla “cura esistenziale” della popolazione e aveva bisogno di uno “Stato totale” per potersi realizzare. Ma Ernst Forsthoff non era nazista: ancora nel 1940 aveva pubblicato una *Deutsche Verfassungsgeschichte* che, ai miei anni, ho anch'io studiato con profitto, mentre subito dopo la guerra è apparso un suo *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, giunto con la decima edizione al 1973.

«Passo dopo passo nel diritto amministrativo della Repubblica federale e nella sua scienza si è imposta la “costante dipendenza costituzionale del diritto ammini-

strativo”, formulata in modo assai incisivo alla fine degli anni Cinquanta nella tesi del “diritto amministrativo come diritto costituzionale concretizzato”»,

scrive per noi Walter Pauly.

Non so se queste sue parole coincidano con quelle della prolusione di Peter Badura nel 1966 a Göttingen: «Le trasformazioni sociali e gli sconvolgimenti del diritto costituzionale hanno rafforzato il significato dell'amministrazione e hanno modificato il contenuto del diritto amministrativo non solo nella materia, bensì nei principi».

Mi resta il dubbio se la rivitalizzazione delle costituzioni, dopo le esperienze totalitarie del XX secolo, sia realmente sufficiente a garantire una dimensione giuridica e, ancor più, scientifico-giuridica all'amministrazione. Ovviamente la questione non riguarda tanto l'amministrazione in sé, che senza costituzione può operare anche meglio, ma noi cittadini, che da un'amministrazione non costituzionale potremmo venir sopraffatti.

Qualche riflessione conclusiva

Vorrei aggiungere un breve commento al commento. In un mio saggio recente dal titolo un po' criptico, “Stato”³, mi sono divertito a scandire la storia e il significato dello “Stato (moderno)”⁴ attraverso tre forme di coniugazione del verbo “essere”: “stato”, “ente” e “futuro”. L'idea era di designare, forse con irriverenza ma con sano intento pedagogico, le tre funzioni principali che quella “forma storicamente determinata di organizzazione del potere” che chiamiamo Stato⁵ ha svolto nella sua evoluzione. Una prima essenzialmente statica, di basamento e costruzione di spazi e apparati utili a creare le condizioni per il consolidamento di gruppi umani dotati di capacità razionale e pratica (dottrina o anche ideologica) per una progettazione politica dimensionata sulle esigenze di sopravvivenza e organizzazione di una società umana il più possibile allargata. Una seconda funzione di tipo invece dinamico, in cui – sotto il manto protettivo e insieme precettivo della “Costituzione” – la struttura portante dello “Stato” acquista crescente capacità d'agire, ottiene personalità non solo in senso metaforico, ma interviene a promuo-

³ In U. POMARICI (ed), *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Torino 2007, pp. 563-568.

⁴ L'espressione è, com'è noto, del mio Maestro Gianfranco Miglio, di cui segnalo la recente ristampa del memorabile saggio: G. MIGLIO, *Genesi e trasformazioni del termine-concetto 'Stato'*, a cura di P. SCHIERA, Brescia 2007. La mia introduzione s'intitola: *Il problema dello 'Stato' e della sua 'modernità'. Gianfranco Miglio dalla storia alla scienza politica*, pp. 5-38.

⁵ P. SCHIERA, *Stato moderno*, in N. BOBBIO e N. MATTEUCCI (edd), *Dizionario di politica*, Torino 1976.

vere e difendere interessi, a dirimere conflitti e, infine, a dirigere tutto il possibile. Infine una terza funzione, di cui si ha ancora scarsa notizia ma che presenta alcuni tratti già visibili, che si tratterà d'interpretare e semmai di ricoprire di vesti politiche. Tali tratti mi sembrano al momento caratterizzati – dopo la tremenda “pausa” totalitaria della storia europea durante il XX secolo – da un allargamento del territorio “statale” all'intero pianeta; dalla comparsa – più o meno pacificamente accettata dai tradizionali attori occidentali – di nuovi “soggetti”, non necessariamente ispirati a principi e concezioni del mondo a base giuridico-statale; dall'emergenza, per ora incontrollata, di centri di decisione, a livello globale, prevalentemente sottratti a ogni tipo di responsabilità politica, in quanto operanti sul piano prettamente economico o addirittura finanziario; dal ritorno al costituzionalismo da parte dei tradizionali soggetti occidentali, sia per la regolazione delle proprie relazioni politiche interne che per il controllo sul resto del mondo; dal superamento progressivo delle tradizionali distinzioni – occidentali e ancor più europee – del Diritto in interno e internazionale, privato e pubblico; dall'affermazione non sempre consapevole e riflessa, in quello strano inglese in cui tutti parliamo senza sapere esattamente che cosa stiamo dicendo, di un termine-concetto di difficile comprensione nella sua essenza sia linguistica, che dottrinarica che semantica, a uno come me, che per anni si è occupato di storia delle dottrine politiche e della sostanza dello “Stato (moderno)”. Mi riferisco a “Governance”.

L'elenco di questi tratti nuovi dell'esperienza politica mondiale può essere allungato ancora: è un esercizio non inutile e spero che “Scienza & Politica” possa diventare un'utile palestra per ciò. Per quanto mi concerne, non ho timore ad avventurarmi sul campo, scomodando anche aspetti di solito ritenuti estranei alla storia dello Stato⁶. È anche in tal senso che m'interessa molto il nuovo tema della “Solidarietà” a cui la rivista si apre da questo numero.

⁶ P. SCHIERA, *Il passato dello Stato, il futuro dell'Amore*, in F. BATTISTIN (ed), *Che cos'è la politica? Dialoghi con Alessandro Biral*, Saonara (PD) 2006, pp. 47-55.