

GIOVANNI SALA

Professore ordinario di Diritto amministrativo all'Università di Verona  
*sala-studiosala@libero.it*

**A CINQUANT'ANNI DALLA PUBBLICAZIONE DELLA  
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE COME  
ORGANIZZAZIONE: DAL MUTAMENTO DI PARADIGMA  
NELLO STUDIO DEI FENOMENI AMMINISTRATIVI.**

**FIFTY YEARS AFTER THE PUBLICATION OF PUBBLICA  
AMMINISTRAZIONE COME ORGANIZZAZIONE: FROM THE  
CHANGE OF PARADIGM IN THE STUDY OF ADMINISTRATIVE  
PHENOMENA**

SINTESI

Ci sono opere giuridiche che non solo non soffrono del trascorrere del tempo, ma che, al contrario, solo grazie ad esso il loro contenuto può essere compreso a fondo. Questa è certamente la sorte della *Pubblica amministrazione come organizzazione* scritta a più riprese da Giorgio Berti negli anni sessanta del secolo scorso e pubblicata allo spirare di quel decennio. In tale opera, l'autore effettua la *deconstruction* del sistema amministrativo tradizionale, il quale era strutturato attorno alla rigida distinzione fra organizzazione ed attività amministrativa; e, per il quale, la prima era incentrata sulle relazioni intersoggettive e sul principio d'imputazione, mentre la seconda trovava effettività solo sull'atto amministrativo. Nel cogliere le implicazioni della teoria della funzione di Feliciano Benvenuti, il nostro autore ebbe rileggere l'organizzazione e l'attività in continuità ed in senso oggettivo; e permise, così, di fare emergere sul piano giuridico tanto il potere quanto gli interessi in gioco nella fattispecie concreta. In questo senso, organizzazione ed attività sono attuazione del potere pubblico, nell'incontro di altri poteri e per il dialogo giuridico fra i vari interessi in gioco in rapporto alla dimensione concreta dell'interesse pubblico. Da qui l'esigenza, sottolineata con forza dall'autore, che l'attività dovesse avere un suo statuto giuridico attraverso la disciplina della procedura amministrativa; e ciò sia per costituire, sul piano sostanziale, quelle garanzie di tutela (attraverso la partecipazione ed il contraddittorio) che al tempo la persona non aveva (se non in rari casi), sia per rendere effettiva la successiva tutela giurisdizionale. Era il 1968, né era prevedibile né era immaginabile l'avvento delle rivoluzionarie riforme che furono avviate nell'ultimo decennio del ventesimo secolo; ma già in quell'anno e proprio in quell'opera si dimostrò la possibilità di un nuovo paradigma che sarebbe anda-

to a sostituire quello tradizionale (oramai in crisi irreversibile) che fu costruito con forza dai grandi maestri del tecnicismo giuridico.

#### ABSTRACT

Some books do not suffer the passage of time. Not only: passing of time allows to understand what immediately remain conceal. This is certainly the fate of “Pubblica amministrazione come organizzazione”, by Giorgio Berti carried out in the sixties of the last Century and published at the end of that decade. In this book, Berti deconstructs the traditional administrative system. Topic centre of tradition was the separation between organization and administrative activity. Organization was focused on the intersubjective relations and the principle of allocation within the public organization itself; procedure was focused on found effectiveness of the administrative decision. On the basis of Feliciano Benvenuti’s doctrine of function, Berti reread the organization and the administrative workings in the light of objectiveness. In this sense, administrative organization and administrative workings are implementation of the public power, for the legal dialogue between the various interests involved in relation to the concrete dimension of the public interest. Therefore, Berti strongly emphasizes administrative workings should have its own legal *status* through the legal regulation of administrative procedure. It was 1968, nor it was foreseeable or conceivable the advent of revolutionary reforms issued in the last decade of the twentieth century; already, in Berti’s book was revealed the possibility of a new paradigm that would replace the traditional one (now in an irreversible crisis) built with force by the great masters of legal technicality.

PAROLE CHIAVE: Diritto amministrativo, organizzazione amministrativa, attività amministrativa, potere pubblico, procedura

KEYWORDS: Administrative law, administrative organization, administrative activity, public power, procedure

INDICE: 1. Premessa – 2. Postulati del diritto amministrativo tradizionale – 3. Le ragioni per il cambio di paradigma – 4. Le implicazioni della teoria funzionalistica – 5. Il cambio di paradigma – 6. Conclusioni.

### 1. Premessa.

Giusto cinquant’anni fa, nel 1968, per i tipi – ché all’epoca i libri si stampavano ancora con caratteri a piombo e inchiostro – della CEDAM di Padova, veniva pubblicata *La Pubblica amministrazione come organizzazione* di Giorgio Berti.

L’opera, di 548 fitte pagine, era inserita nella collana *Diritto e amministrazione*, diretta da Feliciano Benvenuti, nella quale erano state già pubblicate le monografie su *I pubblici servizi* di Umberto Pototschnig, *L’imparzialità amministrativa* di Umberto Allegretti e *La burocrazia* di Giorgio Pastori.

Nella stessa collana l'anno successivo Giorgio Berti pubblicava anche l'ampio saggio sui *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*.

In una selezione delle collane editoriali che più hanno inciso sull'evoluzione degli studi di diritto amministrativo nella seconda metà del novecento, certo quella diretta da Feliciano Benvenuti dovrebbe avere una segnalazione prioritaria.

## **2. Postulati del diritto amministrativo tradizionale.**

Nel 1968 l'attività dell'amministrazione statale era regolata ancora dalle poche norme del testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato del 1957 e quella locale dal testo unico della legge comunale e provinciale del 1934, integrato con il richiamo in vigore, dopo la caduta del fascismo, di parti del testo unico del 1915. Le regioni a statuto ordinario non erano ancora nate e la IX disposizione transitoria della Costituzione, che imponeva alla Repubblica di adeguare le sue leggi all'esigenze delle autonomie locali e alla competenza legislativa attribuita alle Regioni, ancora lontana da trovare una qualche attuazione.

L'amministrazione operava chiusa in un suo mondo nettamente separato da quello degli amministrati. L'attività amministrativa si riteneva coperta da segreto e l'accesso del cittadino agli atti amministrativi, in via generale, precluso.

L'intervento del privato nel procedimento era ritenuto possibile solo in alcuni procedimenti sanzionatori e nei ricorsi gerarchici.

La tutela giurisdizionale era quella prevista dall'allegato e), legge sul contenzioso amministrativo, della legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia del 1865 e dal testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato del 1924. I Tribunali amministrativi non erano ancora stati istituiti e proprio nel 1968 la Corte Costituzionale aveva eliminato le giunte provinciali amministrative. Il dogma della non risarcibilità dell'interesse legittimo pareva incrollabile.

## **3. Le ragioni per il cambio di paradigma.**

Era questo il diritto amministrativo vigente più di vent'anni prima della codificazione dei principi dell'azione amministrativa e della riforma comunale e provinciale, più di quarant'anni prima del codice del processo amministrativo.

Un altro diritto amministrativo ma soprattutto un altro modo di studiarlo e spiegarlo: un diritto amministrativo con altri paradigmi (nel senso con cui il termine è utilizzato da Thomas Kuhn per descrivere la struttura delle rivolu-

zioni scientifiche: i modelli di analisi dei fenomeni, e insieme di spiegazione degli stessi, condivisi da una comunità scientifica in un determinato momento storico).

Lo schema di fondo portava ad inquadrare anche l'agire dell'amministrazione pubblica, dell'operare dello Stato e degli altri enti pubblici, nello schema che riconduceva l'atto e l'effetto giuridicamente rilevante alla manifestazione di volontà delle persone giuridiche ed alla disciplina dei rapporti intersoggettivi sia con riguardo alle relazioni dei soggetti pubblici tra loro che a quelle con i privati. Un approccio che, come rilevava Berti nell'introduzione, finiva più per *«comprimere che non valorizzare la forza giuridica dei fenomeni della vita sociale»*.

Da ciò l'esigenza di un capovolgimento di prospettiva capace di meglio comprendere, in un ripensamento in senso dinamico dell'organizzazione amministrativa, l'ordinamento particolare dell'amministrazione, muovendo però non dalle peculiarità della persona giuridica, e dalla specialità del regime dei suoi rapporti, ma dal potere amministrativo e dai modi del suo esercizio.

Da qui, conseguentemente, la necessità del cambio di paradigma, del modello esplicativo, imposta dalla constatazione del dato empirico dello *«straordinario intensificarsi di relazioni e quindi collegamenti tra ordinamenti rispetto ai quali la personalità giuridica (ad essi attribuita), sembrava prima involgere tra l'altro una specie di schermo di separazione reciproca in modo che i contatti tra gli stessi apparivano su un piano di quasi eccezionalità o rimanevano possibili solamente in occasione di alcune manifestazioni di volontà assai limitate in quantità e per importanza»*.

Anche se nulla era cambiato sul piano normativo nella pubblica amministrazione, Berti coglie i segni del mutamento e, in un mondo di relazioni giuridiche-pubbliche che tendeva via via più a sottrarsi ai vincoli della personalità giuridica svolgendosi al di sotto e o comunque quasi indipendentemente da questa, la necessità di dotare lo strumentario del giurista di nuove chiavi di lettura della realtà in cambiamento,

Così la percezione dell'affermarsi dei "movimenti di autonomia e decentramento" - che solo anni dopo troveranno compiuta attuazione con l'effettivo sviluppo dell'autonomia regionale e la riforma, nel 1990, dell'ordinamento di comuni e province -, consente di prefigurare la trasformazione dell'*«antico sistema di relazioni intersubiebbietive tra lo Stato in posizione di sovraordinazione e gli enti locali su un piano subordinato»*, in un *«sistema caratterizzato da un intreccio di relazioni istituite su base di paritarietà dove i collegamenti hanno la loro precipua estrinsecazione nei procedimenti amministrativi e nella partecipazione insieme di amministrazioni statali e enti locali alle varie attività»*.

Con l'ulteriore intuizione che l'acquisto di un maggior grado di autonomia avrebbe prodotto tutta una serie di nuovi collegamenti destinati a perdere le caratteristiche di relazione intersoggettive per attingere la loro qualificazione nel campo di relazioni intraorganizzativo, con scadimento, anche da tali punti di vista, della personalità giuridica dello stato e di quella degli enti locali.

La comparsa dei primi modelli di comunità economiche in Europa era colta come ulteriore indizio dello sfaldamento del concetto di personalità giuridica come tradizionalmente intesa; in esse Berti non solo intravedeva la futura contaminazione di diritto interno e diritto sovranazionale ma la conferma che in un altro importantissimo settore la personalità dello stato era destinata a cedere di fronte a forme organizzative complesse, imperniate, più che su rapporti giuridici formali, su relazioni interorganizzative con la creazione di nuove unità istituzionali.

Da qui l'avvertita necessità di un mutamento, copernicano, nella ricostruzione del sistema del diritto amministrativo che per cogliere la mutata realtà non poteva continuare a porre al centro del disegno ricostruttivo la personalità giuridica, dello stato e degli altri enti pubblici, ma il diverso configurarsi delle relazioni organizzative, ricostruite non dal punto di vista delle regole dei rapporti intersoggettivi ma delle discipline dello svolgimento di attività di comune interesse.

Ma - e questo l'esperienza dell'evoluzione successiva conferma essere stata il punto di forza del nuovo paradigma - l'analisi delle relazioni organizzative si sviluppa come modo di cogliere, da un'altra prospettiva, le caratteristiche dell'attività dell'amministrazione perché serve a mettere «*a nudo i collegamenti profondi che intercorrono tra le strutture dell'amministrazione e i procedimenti mediante i quali assume consistenza la manifestazione esteriore di essa*».

Consapevolmente ci si addentrava così "in una zona" fino allora "non molto esplorata del diritto pubblico" dato che, come rileva Berti, gli aspetti funzionali e oggettivi della sfera pubblicistica venivano solitamente considerati a sé, indipendentemente da un effettivo riferimento alle relazioni di struttura intercorrenti fra gli uffici e gli organi da cui promanano le varie manifestazioni dell'azione amministrativa.

L'idea dunque che per cogliere il fenomeno dell'amministrazione pubblica occorreva inquadrare, più che i, pur peculiari, connotati della sua soggettività e la specialità dei rapporti con gli altri soggetti, i caratteri e i modi di esercizio del potere amministrativo, inteso in senso di energia che trasformandosi nell'atto, produce l'effetto giuridico. In questo disegno l'organizzazione amministrativa è, prima che organizzazione degli uffici di una persona giuridica, or-

ganizzazione dell'esercizio del potere amministrativo, strumento di razionalizzazione, e dunque legittimazione, del potere.

Da qui la conclusione dell'evidente inadeguatezza nel diritto pubblico di un sistema imperniato sulla persona giuridica e sui rapporti di essa quale criterio di conoscenza della realtà giuridica e, insieme l'esigenza di un mutamento di prospettiva, dovendo il fenomeno dell'attività dell'amministrazione essere studiato non nei profili della persona giuridica e del rapporto organico, quale meccanismo di imputazione delle manifestazioni delle volontà alla sfera giuridica del soggetto, ma come attuazione del potere amministrativo per la realizzazione degli interessi per cui il potere è dato, interessi - e questo è il presupposto politico che giustifica la costruzione - non della persona giuridica ma della comunità che ne è il sostrato e in funzione della quale il soggetto giuridico, cui è imputata la titolarità del potere, si legittima.

#### **4. Le implicazioni della teoria funzionalistica.**

Riprendendo lo spunto della prospettazione del Benvenuti, Berti sviluppa l'idea della funzione amministrativa come disciplina della trasformazione del potere in atto, nella quale si verifica il rapporto dinamico tra il potere specifico e altri poteri attigui ad esso nonché il confronto altrettanto fondamentale tra l'interesse comunitario e gli interessi particolari coinvolti nella realizzazione di quel potere.

Gli atti amministrativi che nella visione precedente costituivano i soli elementi giuridicamente rilevanti appaiono nella descrizione di Berti come i vertici di una catena montagnosa che puntualizzano la serie della sua continuità ma che non hanno determinato il moto sottostante essendone invece stati da esso determinati.

#### **5. Il cambio di paradigma.**

Ma, soprattutto, l'analisi dell'organizzazione amministrativa, come organizzazione dell'esercizio del potere più che degli uffici e delle loro competenze, consente di valorizzare, in una prospettiva nuova, anche la ricostruzione del procedimento amministrativo nel quale *«può intravedersi, più che come substrato come componente di base, un fenomeno di organizzazione tanto più degno di attenzione quanto più il procedimento, non limitando a svolgersi secondo contatti tra organi di uno stesso ente, implichi il superamento dei confini determinati dalla personalità di quest'ultimo»* per coinvolgere anche uffici di altri soggetti.

Parole scritte ventidue anni prima che il legislatore, disciplinando il nuovo istituto della conferenza di servizi, codificasse, nell'art 14 della legge 241, il principio che quando un'amministrazione pubblica deve acquisire, intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni può convocare la conferenza nell'ambito della quale «*le determinazioni concordate [...] tengono luogo degli atti*» necessari al procedimento. Riprova di come sia l'organizzazione a dover plasmarsi sull'attività da svolgere.

Il procedimento non è più concepito, secondo l'ottica strutturale sulla quale era stato in passato costruito mutuando il modello della fattispecie a formazione successiva, come serie di atti e attività posti in essere da più soggetti per l'emanazione di un atto imputato nei suoi effetti al(la persona giuridica del) soggetto emanante, ma, nella nuova prospettiva funzionale, quale strumento per la ricognizione e reciproca ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti nell'esercizio del potere pubblico.

Le difficoltà di sistemazione della figura del procedimento potevano essere, secondo Berti, superate proprio scoprendone il valore di disciplina dell'organizzazione nel suo movimento; l'abbandono dello schema della personalità giuridica e dei rapporti intersoggettivi per una concezione funzionale del procedimento pareva, a maggior ragione, doveroso per la constatazione che «*la garanzia dei diritti individuali nei confronti dell'amministrazione*» andava «*trasferendosi sempre di più all'interno della stessa attività amministrativa, tendendo a compenetrarsi con il modo di essere di quest'ultimo*».

Non potevano dunque più costruirsi i rapporti intersoggettivi sulla base dell'idea che le posizioni di diritto soggettivo e di obbligo caratterizzassero la maggior parte delle posizioni assumibili dagli enti pubblici, essendo le situazioni che si intrecciano in funzione dell'attività pubblica, caratterizzata dalla disciplina dell'esercizio del potere per il perseguimento di un fine, attinenti molto più a situazioni di potere e di dovere che non a quelle di diritto e obbligo.

Rileva Berti che, nel sistema di tutela della legislazione di unificazione, al sindacato giurisdizionale sfuggiva il conflitto tra interessi in gioco, appuntandosi il giudizio sull'esercizio del potere cioè sull'atto la cui validità viene posta in confronto con la descrizione normativa del potere assunto come dato a priori. Invece un approccio all'azione amministrativa nella prospettiva dell'esercizio di un potere, organizzato per renderlo razionale, avrebbe fatto sì che il controllo, sollecitato mediante il processo, investisse non tanto la validità formale dell'atto amministrativo quanto la validità sostanziale del risultato dell'esercizio del potere. Ma per arrivare a ciò, rilevava Berti, difettava nel nostro ordinamen-

to una procedura amministrativa disciplinata e garantita, presupposto di una giurisdizione amministrativa piena.

Un ventennio prima della codificazione della 241, già Berti insisteva per l'urgenza di una disciplina della procedura amministrativa sostanziale che, imperniata sulla partecipazione individuale all'esercizio del potere, fornisse garanzia dell'imparzialità del suo esercizio attraverso il confronto trasparente dell'interesse individuale con quello generale, dovendo considerarsi l'interesse pubblico non interesse della persona giuridica a cui viene imputato ma della collettività.

Viene così indicata la prospettiva dell'analisi del procedimento amministrativo come vicenda della trasformazione del potere amministrativo per la definizione, nel confronto tra tutti gli interessi coinvolti, della soluzione che risulterà individuata come meglio rispondente all'interesse pubblico nella sua dimensione concreta e insieme strumento che rendendo trasparente il processo decisionale consente un effettivo sindacato giurisdizionale. Indicazione che ha trovato, decenni dopo, riscontro nel diritto vivente. La Corte Costituzionale (Sentenza del 18 maggio 1989, n. 251) riconosce che *«il sindacato sull'esercizio dei poteri pubblici ... ben può realizzarsi attraverso una penetrante indagine sulle modalità con cui è stata condotta l'istruttoria nel procedimento amministrativo, la cui congruità è appunto apprezzabile»* nel giudizio di legittimità. Il Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. IV, 20 settembre 2005, n. 4836) ritiene la partecipazione procedimentale utile ad *«assicurare piena visibilità all'azione amministrativa nel momento della sua formazione»*.

## 6. Conclusioni.

I nuovi paradigmi hanno non solo illuminato l'analisi della realtà ma ne hanno guidato lo sviluppo.

La scienza del diritto è scienza sociale. A differenza delle scienze fisiche i paradigmi servono non solo a offrire chiavi di lettura e sistematizzazione del diritto vivente, ma anche a indirizzarne l'evoluzione.

L'opera di Berti non solo ha offerto cinquant'anni fa una nuova e feconda chiave di lettura del fenomeno amministrativo in essere al momento della sua stampa, ma anche ha indicato le *guidelines* per rendere il sistema dell'ordinamento amministrativo coerente con i valori costituzionali e, soprattutto, con l'idea di fondo che ispira tutto il pensiero del Maestro: un ordinamento giuridico pensato come organizzazione non della sovranità ma della comunità per la realizzazione degli interessi collettivi.

Il potere deve essere posto al centro dell'analisi giuridica non per esaltarne la supremazia ma per rendere tutti partecipi al suo esercizio.