

di **Guido Corso**

pubblicato il 19/06/2023

Condizioni per una pubblica amministrazione efficiente nel pensiero di Giuseppe Guarino

1. – Nella premessa ai suoi saggi di diritto dell'economia, raccolti nel 1970 e frutto di un decennio di riflessioni, Giuseppe Guarino spiega che il tema centrale è “*quello della efficienza degli organismi pubblici*”. Il “*punctum dolens*” dell'Italia: un paese che ha vissuto due decenni di crescita economica, sociale e culturale impetuosa, mentre “*nell'organizzazione amministrativa si è rimasti incredibilmente fermi*”.

I servizi pubblici non sono all'altezza dei bisogni di una società che da prevalentemente agricola è diventata industriale, che ha visto massicci trasferimenti di lavoratori dal sud al nord, che ha bisogno di trasporti, di alloggi, di scuole etc., che la pubblica amministrazione fatica a soddisfare, caratterizzata com'è da “*una azione condizionatrice e riduttrice, che si collega ad alcuni istituti di carattere generale, quali la disciplina degli atti amministrativi, il sindacato che su di essi si esercita, i sistemi di controllo*”.

Come si giustificano queste considerazioni, formulate nella premessa ad una serie di scritti di diritto pubblico dell'economia? Si giustificano perché non si può prescindere da quella che, tra le varie competenze istituzionali, ha il peso dominante: la pubblica amministrazione, appunto.

Non è il diritto dell'economia che è parte del diritto amministrativo; è il diritto amministrativo che “*entra a far parte del diritto dell'economia, considerato che l'organizzazione, non potendo prescindere dalle competenze, abbraccia in effetti anche i comportamenti, e quindi, sotto questo profilo, anche la disciplina degli atti*”.

G. propone un'inversione di prospettiva: “*Sin qui l'organizzazione è stata prevalentemente disaggregata nei poteri e negli atti cui essa dà vita, il suo studio cioè si è risolto nell'analisi dei poteri a mezzo dei quali la p.a. opera nei confronti dei terzi e nei rapporti interorganici*”. Occorre ora “*capovolgere questo rapporto*”, traducendo a loro volta poteri ed atti in termini di organizzazioni: indagare gli effetti che la disciplina dei

poteri e degli atti producono nella organizzazione come “*condizionamenti comportamentali*” della “*efficienza della p.a.*”.

Su questo presupposto G. dedica la prima parte del volume ai “*problemi generali della organizzazione pubblica*”, iniziando con un ampio scritto “*sulla utilizzazione di modelli differenziati nella organizzazione pubblica*”: ispirato all’idea che “*la diversificazione dei modelli organizzatori produce conseguenze positive sul funzionamento della macchina*” (v. i par. 9 e 10).

2. – Nello stesso anno 1970 G. pubblica sulla Rivista trimestrale di diritto pubblico “*qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*” in cui riprende e sviluppa le idee esposte nella ricordata premessa alla raccolta di saggi sul diritto pubblico dell’economia. Convinto nella bontà di “*modelli organizzativi differenziati*”, egli lamenta che all’intera organizzazione dello Stato venga applicato un modello unitario, che questo modello venga esteso agli enti pubblici; che un unico materiale sia utilizzato sia per l’azione che per l’organizzazione dello Stato e degli enti pubblici. Il materiale è costituito dall’ “*atto amministrativo*”: ossia l’atto autoritario, destinato a produrre effetti sulla sfera del privato indipendentemente dal suo consenso. Uno schema che, secondo G, esprime solo una parte, neppure prevalente, dell’attività amministrativa. E questo schema che spinge a enfatizzare i profili dell’imparzialità e della giustizia, più che quelli dell’efficienza: “*in assenza di ogni genuino interesse per gli aspetti organizzatori*” (pp. 970-71).

Questo unico “*materiale*” (l’atto amministrativo, che impedisce di distinguere il momento dell’azione da quello della organizzazione) è utilizzato sulla base di quella che G. chiama l’ “*ideologia amministrativistica*”.

Tale ideologia poggia su tre principi: il principio della necessaria produzione da parte delle norme amministrative di situazioni soggettive, un interesse legittimo o un diritto soggettivo di un terzo, anche quando si tratta di norme puramente organizzative; il principio secondo cui ogni atto ha sempre rilevanza esterna (l’incidenza, appunto, su un interesse legittimo o un diritto soggettivo); e il principio della “*presupposizione*”, in forza del quale atti che pure non confliggono con interessi di terzi, diventano lesivi quando

sono assunti a presupposto di atti successivi, questi si lesivi: così che vengono impugnati assieme a questi ultimi (p. 977).

Il saggio che contiene riflessioni di vario genere, si conclude con un invito ai giuristi, e in particolare agli amministrativisti, a studiare economia: non perché il diritto debba diventare “*una disciplina ancella dell’economia*” (pp. 997) ma perché lo Stato è un attore economico fondamentale, non solo come produttore, anche come consumatore di beni e servizi.

Mi risulta che Guarino, in vecchiaia, abbia preso molto sul serio questo invito, dedicandosi alla lettura dei classici del pensiero economico, da Smith a Ricardo a Bentham.

3. – Quindici anni dopo gli scritti del settanta il Nostro torna sul tema con un volumetto dal titolo “Quale amministrazione?” Il diritto amministrativo degli anni ’80, 1985).

La P.A., ribadisce Guarino, è costituita con un unico materiale: il potere amministrativo che si esplica in atti. Il potere amministrativo marginalizza il potere politico (l’atto politico) ed i poteri interni (a causa della necessaria rilevanza “*esterna*” dell’atto). G. è costretto ad ammettere che è la stessa costituzione a spingere in questa direzione, con le disposizioni contenute negli artt. 97, 24, 103 e 113.

La disciplina del potere amministrativo, elaborata da giurisprudenza e dottrina, è in funzione della tutela dei cittadini. Da qui la trasformazione del ruolo del sindacato giurisdizionale. Questo fu concepito in origine come strumento per assicurare la prevalenza della volontà della legge su quella subiettiva degli amministratori – una specie di giurisdizione di diritto obiettivo - ; successivamente è divenuto mezzo esclusivo di tutela del privato, tutela garantita sia dal giudice ordinario che dal giudice amministrativo.

L’A. ripropone la sua idea che la portata del concetto di atto amministrativo come atto autoritario sia sopravvalutata. Lo schema non si addice agli atti di gestione del rapporto di impiego, agli atti di organizzazione, ai piani, alle sovvenzioni, ai contributi etc.

A causa dell'eccessiva enfasi sulla tutela, l'agire amministrativo, secondo G., perde in scioltezza ciò che guadagna in garanzia: diventa tanto più lento quanto più vengono potenziati gli istituti di garanzia e di controllo. In Italia più che altrove.

Un chiodo fisso del nostro A. è il seguente.

Ogni vizio dell'atto amministrativo è causa di annullamento giurisdizionale: anche quando il vizio non ha influito per nulla sull'esito del procedimento. Propone, quindi, che il giudice amministrativo annulli l'atto impugnato solo nel caso che il vizio abbia influito in maniera decisiva sul risultato. Ma neppure se il vizio è stato decisivo, l'atto non dovrebbe essere annullato quando è conforme all'interesse pubblico.

In questo caso le ragioni del privato possono essere soddisfatte con un indennizzo.

La proposta, occorre aggiungere, è stata parzialmente accolta dalla legislazione nei decenni successivi.

L'art. 21-octies della L. 241/1990 (inserito nel 2005) esclude l'annullabilità del provvedimento affetto da vizi di forma o di procedimento quando, in ragione della natura vincolata, il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso. L'art. 122 del c.p.a. consente al giudice che abbia ritenuto illegittima l'aggiudicazione del contratto di non dichiararlo inefficace, tenuto conto dell'interesse delle parti, dello stato di esecuzione del contratto, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione o di subentrare nel contratto.

G. va oltre. Suggerisce di allungare l'elenco di materie in cui è ammessa una giurisdizione di merito del G.A., con facoltà del giudice, una volta accertata l'illegittimità dell'atto impugnato, di adottare lui stesso il nuovo provvedimento (p. 117). E ciò per evitare che la rinnovazione del procedimento da parte dell'amministrazione porti *“ad un risultato sostanziale meno conveniente all'amministrazione”* (pp. 115-116).

Che i vizi dell'atto amministrativo abbiano tutti la stessa rilevanza e che uno qualunque di essi sia causa dell'annullamento giurisdizionale dell'atto – senza che ci sia *“proporzione tra l'entità della causa e l'entità dell'effetto”* (così G. GUARINO, Atti e poteri amministrativi, in Dizionario amministrativo, a sue cure, 1983, pag. 237), è causa non ultimo, secondo G., della tendenziale irrilevanza del *“merito”* nell'azione amministrativa.

Ha influito su questo anche la soppressione della condizione della definitività dell'atto per l'accesso alla giurisdizione amministrativa, disposta dalla legge istitutiva del TAR. Il ricorso gerarchico, oggi praticamente scomparso, consentiva al superiore “*di rivalutare la bontà della scelta compiuta dall'inferiore*” (pag. 26), di cancellarla o di modificarla – “*La sottoponderazione del merito non è un fatto casuale, ma il risultato quasi necessitato dal concorso di fattori istituzionali già ricordati*” (pag. 24). “*Il ‘merito’ può affermarsi solo se l'Amministrazione può spiegare con libertà di forme le ragioni delle scelte compiute e se viene giudicata solo per il valore di questa scelta: ma il sindacato si svolge su basi esclusivamente documentali ed è di stretta legittimità*”.

Al formalismo dell'azione dell'amministrazione corrisponde la “*dimensione rigida della macchina*”: un organico, che è difficilmente modificabile sia quando sono diminuite le funzioni di un apparato o addirittura sono esaurite, sia quando insorgono necessità di un suo ampliamento. Una rigidità che si impone allo stesso legislatore: dissuasivo spesso dall'assumere iniziative che comportano fabbisogno di nuovo personale (pp.- 30-31).

4. – Un discorso sulla pubblica amministrazione non può prescindere, secondo Guarino, dalla classe politica, dai caratteri di questa o dal rapporto della classe politica con la burocrazia.

Al tema G. aveva dedicato qualche anno prima un saggio (“Quale costituzione? Saggio sulla classe politica, Rizzoli, 1980). Lo riprende ora perché_ a suo giudizio, la classe politica è “*il polo di riferimento nell'evoluzione dell'amministrazione*” legata a quest'ultima da “*un rapporto di odio-amore, comando-autonomia*” (pag. 91).

I suoi caratteri? È una classe “*professionale*” che resiste alle immissioni esterne, e che obbliga chi si inserisce in essa ad assorbirne i caratteri. È una classe che conosce una carriera, soggetta a regole rigide. È una classe sufficientemente autonoma rispetto agli altri centri di potere: i patentati internazionali, le grandi industrie, i sindacati, le Chiese, la burocrazia. È una classe che subisce una limitata influenza dal corpo elettorale se questo vota, come in Italia, in base a un sistema elettorale rigidamente proporzionale (p. 92). La necessità di un governo di coalizione, imposta da un sistema elettorale che

moltiplica il numero dei partiti, fa sì che il governo non sia l'espressione diretta della maggioranza degli elettori, ma dell'accordo di coalizione concluso ad urne chiuse. È sempre una classe che punta ad espandersi, occupando spazi in precedenza occupati dalla burocrazia (regione, enti locali).

Anche se tende ad allargarsi (*“da tempo è superdimensionata ed il superdimensionamento è di per sé causa di ulteriori disfunzioni”*, pag. 34), la classe politica trova un argine in quelli che G. chiama i *“contrappesi”*: il frazionismo (che non è solo della D.C.); il mercato, soprattutto grazie alla parte del sistema produttivo nazionale che è fatta di medie e piccole imprese, di origine artigianale, *“altamente dinamiche, capaci di autofinanziarsi, che si fondano su una stretta integrazione tra imprenditori e dipendenti, che non abbisognano di aiuti pubblici e si sottraggono in buona misura alle conflittualità sindacali”* (pag. 102); la magistratura, penale, amministrativa, contabile, l'amministrazione.

La P.A. opera applicando regole che *“sono oggi coperte in buona parte da garanzia costituzionale”*. Quello che poteva apparire come un errore, si è rivelato una misura utile. Tutto ciò che vi è di rigido, di macchinoso, sinanche di irrazionale risponde in definitiva a questo scopo. Arginare lo strapotere politico, assicurare la professionalità dell'agire amministrativo, non lasciarsi cullare dalla suggestione di un comportamento atto penale, contentarsi di garantire un comportamento mediamente buono” (pp. 104-105).

Da qui l'apparente *“contraddizione in quanto si è venuto e esponendo”*.

Dopo aver denunciato *“quanto vi è di astratto, di paradossale, per non dire di assurdo nell'organizzazione e nell'azione delle pubbliche amministrazioni”*. G. si trova a *“intessere le lodi”*: perché in una società che in cento anni si è trasformata profondamente, l'amministrazione nelle sue linee di fondo è rimasta eguale a se stessa e può menar vanto di questa evoluzione” (pag. 89).

5. – G. è un giurista realista, che impiega gli strumenti della scienza dell'amministrazione, della scienza politica, dell'economia per spiegare cos'è

l'amministrazione e come funziona. Guarda più agli apparati che al cittadino, è più sensibile alle ragioni della efficienza che alle esigenze di garanzia.

Nel volumetto del 1985 egli prende le mosse dal discorso di Silvio Spaventa all'Associazione costituzionale di Bergamo per tentare un bilancio di un secolo di pubblica amministrazione. Significativamente guarda a quel testo non come un manifesto per la giustizia nell'amministrazione in vista della protezione del privato, ma come una proposta per tutelare l'autonomia dell'amministrazione contro l'invadenza della classe politica, espressione della sinistra giunta al governo nel 1876, ma anche della destra storica, alla quale Spaventa appartiene.

Guarino ha esordito nei primi anni del dopoguerra, come brillante costituzionalista, con una serie di contributi fondamentali su alcuni dei nuovi principi e istituti costituzionali, ma anche con notevole apporti alla teoria generale del diritto, come è chiarito nel saggio che in vista di questo incontro ha preparato Francesco Follieri.

Una volta passato agli studi di diritto amministrativo ha dato l'impressione di essersi lasciato alle spalle l'impostazione costituzionalistica. Il suo percorso scientifico mi ricorda quello del mio venerato maestro prof. Pietro Virga. Anche lui esordisce nel 1947 con un fondamentale contributo sulla libertà giuridica, cui seguono nel giro di tre anni, pionieristiche monografie sull'istituto regionale e sui partiti politici e altri numerosi scritti che lo affiancano a Guarino con il quale forma la coppia dei più acuti giovani costituzionalisti dei tardi anni quaranta.

Passato al diritto amministrativo, alla fine degli anni cinquanta, anche Virga si lascia alle spalle il diritto costituzionale. Memore del consiglio impartitogli da Zanolini, di volare basso, costruisce un sistema del diritto amministrativo sul quale la Costituzione ha poca incidenza: la costituzione cambia, l'amministrazione resta.

Torniamo a Guarino. Egli propugna l'introduzione di modelli differenziati di amministrazione, ridimensiona la portata del concetto di atto amministrativo, attribuisce a un eccesso di garantismo l'attenzione esclusiva per la legittimità e la tendenziale irrilevanza del merito nel comportamento di chi amministra. Tuttavia, da studioso che prende sul serio il dato normativo, non può ignorare che la Costituzione parla della pubblica amministrazione al singolare, che al di fuori dell'attività di prestazione indica

l'atto amministrativo come suo unico prodotto, che quest'atto collega ai diritti e agli interessi legittimi, indicati come oggetto potenziale di lesione.

I problemi della pubblica amministrazione che G. ha segnalato mezzo secolo fa, prospettando le sue soluzioni, permangono oggi: dopo che è stata sperimentata la regionalizzazione, ridefiniti i rapporti tra organi politico-amministrativi e burocrati, è stato privatizzato in larga parte il pubblico impiego, è stato disciplinato in termini generali il procedimento amministrativo, sono state istituite autorità amministrative indipendenti, sono stati introdotti, anche se con forti resistenze, principi e regole di diritto europeo.

Sono ancora attuali le ricette di Giuseppe Guarino?

L'idea che la portata del concetto di legittimità possa essere ridotta e che il giudice amministrativo possa o debba astenersi dall'annullare il provvedimento impugnato, anche discrezionale, quando il vizio che lo inficia non ha influito sull'esito del procedimento, urta, secondo me, contro l'impostazione costituzionale della legittimità amministrativa (art. 100 e 113 nonché gli originari art. 125 co. 1 e 130 Cost.), soppressi dalla riforma costituzionale del 2001), ma anche contro le regole che delimitano il potere giurisdizionale dagli altri poteri (artt. 101, 97 e 98 Cost.).

Lo stesso vale, a mio avviso, per la proposta di allargare l'ambito della giurisdizione di merito generalizzando in queste materie il potere del giudice di sostituirsi all'amministrazione.

Quanto alla sperimentazione di modelli differenziati di pubblica amministrazione, avvenuta nel decennio scorso (enti territoriali, enti pubblici, enti pubblici economici, aziende pubbliche, società pubbliche etc.) non mi pare che essa abbia dato esito brillante tale da giustificare un'insistenza su questo indirizzo.

Rimane di Guarino esemplare un approccio realistico ai problemi dell'amministrazione che investe le radici di questi problemi: quella che egli chiama l'ideologia amministrativistica.

Tale ideologia ha una serie di implicazioni. Che il grosso dei problemi della vita associata debba esser risolto dalla pubblica amministrazione (mentre G. attribuisce, a questo scopo, grande rilevanza al mercato); che il potere amministrativo debba essere

esercitato a prescindere dalle conseguenze economiche; che la formazione dei burocrati debba essere essenzialmente giuridica; che ogni atto dell'amministrazione debba essere doppiato da un controllo contabile o penale; che gli amministratori e dipendenti pubblici debbano aver uno statuto penale particolare (gli scritti pregevoli su pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio); che gli interessi privati debbano vivere tutti all'ombra di un onnipresente interesse pubblico.

Se queste indicazioni venissero raccolte, e fatte proprie dal legislatore, andrebbe modificata la formazione dei burocrati, modificati gli stessi programmi delle facoltà giuridiche, presi sul serio le regole europee sulla liberalizzazione delle attività private, con correlativa riduzione dei condizionamenti e controlli amministrativi, sfoltito il novero degli interessi pubblici da tutelare. Ne guadagnerebbero i cittadini al servizio dei quali la P.A. è posta dalla Costituzione.