

“DIRITTO PUBBLICO”: COSTITUZIONALISTI E AMMINISTRATIVISTI A CONFRONTO**

1. Dalla “Scuola di diritto pubblico” ai “frammenti di un discorso interrotto” fra costituzionalisti e amministrativisti: una parabola irreversibile? – 2. Le conseguenze dell'avvento della Costituzione sulla formazione degli ambiti disciplinari del diritto pubblico: la separazione fra legalità costituzionale e legalità ordinaria. – 3. Graduale attenuazione della separazione e crescente divaricazione delle comunità scientifiche. – 4. Quel che resta in comune, e relative implicazioni metodologiche. – 5. Le definizioni del diritto costituzionale e del diritto amministrativo come “diritto per principi”: ragioni e circostanze. – 6. L'emergere di una dicotomia basilare in una risalente polemica sui principi. – 7. Accezioni di ‘principio’ e concezioni del sistema giuridico. – 8. Accezioni di ‘principio’ che attraversano gli steccati disciplinari.

1. Dalla “Scuola di diritto pubblico” ai “frammenti di un discorso interrotto” fra costituzionalisti e amministrativisti: una parabola irreversibile?

Nella prima metà del secolo scorso il diritto costituzionale e il diritto amministrativo costituivano poco più che materie specialistiche di un diritto pubblico concepito come diritto dello Stato. Riuniti in una comunità scientifica ristretta, fortemente consapevole della propria identità e dedita a una missione nazionale, i giurispubblicisti si dedicavano quasi sempre indifferentemente all'una come all'altra materia. I postulati teorici e le metodologie divergevano anche nella egemone scuola orlandiana (da Donati a Romano, come lo stesso Orlando noterà non senza compiacimento), ma la considerazione del diritto pubblico come diritto dello Stato faceva sì che attraversassero senza porre problemi la partizione fra diritto costituzionale e amministrativo. In seguito la nozione di diritto pubblico diventa man mano più incerta e i suoi due più tipici ambiti disciplinari tendono a divaricarsi fino a ridurre notevolmente le possibilità di comunicazione reciproca¹.

Conviene distinguere. Se per giurispubblicistica intendiamo una comunità di studiosi in grado di progettare lo sviluppo di tale scienza e affrontare l'intera gamma dei nuovi problemi che vi possano insorgere, è un fatto che, nel secondo dopoguerra, i suoi ultimi maestri riconosciuti, e capaci di muoversi con pari padronanza nel diritto costituzionale e nel diritto amministrativo, siano stati studiosi formati nella fase precedente come Sandulli, Giannini o Guarino. Quando è così, le spiegazioni di ordine soggettivo non possono bastare, né ci si può fermare al rimpianto degli storici, secondo cui i giovani formati negli anni Trenta non compongono un fronte dottrinale altrettanto robusto della “scuola giuridica nazionale”, con la conseguenza di non riuscire a opporre all'apparato dogmatico tradizionale una elaborazione teorica condivisa². Servirebbero indagini approfondite sulle conseguenze di mutazioni sopravvenute nell'ambiente giuridico a partire dall'avvento della Costituzione, mentre qui dovrò limitarmi a formulare qualche ipotesi. In ogni caso, per la fase recente hanno giocato fattori ulteriori e ben noti, quali la grande espansione numerica delle comunità scientifiche e nello stesso tempo l'articolazione di ciascuna in sottosectori sempre più chiusi nel loro sapere tecnico, peraltro a sua volta connessa a importanti sviluppi del diritto positivo: una legislazione amministrativa che va molto oltre l'intermediazione di amministrazioni pubbliche³, una crescita della giurisprudenza costituzionale tale, nei

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi “La Sapienza” di Roma. [cesarepinelli@tiscali.it]

** Contributo all'incontro tenuto dal Gruppo S. Martino presso la II Università di Napoli, S. Maria Capua Vetere, 12.4.2013.

¹ Peraltro a proposito della situazione tedesca E. DENNINGER, *Il luogo della legge*, in *Nomos*, 1997, n. 2, 15-16, ha parlato di “intensificate difficoltà di linguaggio, quasi prossime alla impossibilità di comunicazione”, fra costituzionalisti che “pensano di avere (ri)scoperto il nuovo paradigma dello ‘Stato’”, e amministrativisti che “ammicciano a forme di neocorporativismo e riempiono le riviste specializzate con considerazioni sull'attività amministrativa informale”.

² M. GREGORIO, *Quale Costituzione? Le interpretazioni della giurispubblicistica nell'immediato dopoguerra*, in *Quaderni fiorentini*, 2006, 35, 885 ss.

³ S. CASSESE, *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2010, 390.

suoi singoli settori, da risultare nota assai più a giuristi della corrispondente disciplina che ai costituzionalisti, il rigoglio di nuovi rami – dal diritto dell’Unione europea al diritto dell’ambiente – che impongono vedute trasversali a tutti quelli consolidati nella tradizione europea oltre che nazionale.

Quanto detto basta a ritenere inverosimile la pretesa di ripristinare la giuspubblicistica nella sua antica compattezza. Ma si può per questo escludere un discorso fra le diverse comunità dei costituzionalisti e degli amministrativisti? L’ipotesi appare praticabile, purché si mostri come si potrebbero riesaminare, tradurre reciprocamente e ricomporre paradigmi e obiettivi di ricerca, e auspicabile, ove si indichi che cosa gli uni e gli altri perderebbero da una comunicazione ridotta a “frammenti di un discorso interrotto”.

2. Le conseguenze dell’avvento della Costituzione sulla formazione degli ambiti disciplinari del diritto pubblico: la separazione fra legalità costituzionale e legalità ordinaria

Nel 1945 compaiono i *Principi di diritto costituzionale generale* di Santi Romano, dove il diritto costituzionale risulta definitivamente assorbito nel diritto dello Stato. In particolare, fra le norme che costituiscono l’*ius involontarium*, prima della consuetudine e della necessità, Romano annovera

“1) i *principi generali o fondamentali* che sono impliciti nella stessa esistenza dello Stato, nella sua struttura e nei suoi atteggiamenti concreti, dai quali sono da esprimersi e desumersi. Se alla c.d. ‘natura delle cose’ o ‘dei fatti’ non si può riconoscer valore di vera e propria fonte formale del diritto, lo stesso non è da ritenersi per la natura delle istituzioni e, quindi, in primo luogo dello Stato, giacché queste sono da per sé diritto positivamente vigente. Tali principi hanno una grande importanza per il diritto costituzionale anche di quegli Stati che possiedono una costituzione scritta: si è, infatti, osservato che né le carte costituzionali né le leggi particolari che sono ad esse complementari esauriscono tutto il diritto costituzionale di uno Stato, che, per la sua stessa natura, non si presta ad essere dichiarato in formule rigide e, in notevole parte, rimane non scritto. I principi di cui è parola non si debbono confondere con gli altri principi generali sostanzialmente diversi, che, per mezzo di interpretazione e col procedimento dell’*analogia legis* o *iuris*, si lasciano desumere da una o più norme scritte che regolano casi o materie simili o anche dall’insieme delle norme scritte, considerate nel loro sistema: è, infatti, opinione dominante che essi non abbiano carattere diverso da quello delle norme espresse, e che solo apparentemente rappresentino un’estensione di quest’ultime, nelle quali sarebbero invece compresi, sia pure in modo latente”⁴.

Non è difficile immaginare che Romano si riferisse a quei “principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato” (art. 12 disp. prel. cod. civ. del 1942) che avevano da poco sostituito i “principi generali di diritto” (art. 3 disp. prel. cod. civ. del 1865), i quali ancora evocavano un diritto superiore all’ordine statale⁵. E alla nuova formula, che ben poteva apparirgli frutto dell’intera evoluzione del Regno d’Italia, corrispondeva la radicata convinzione che quale ente politico lo Stato “può proporsi qualsiasi fine, ma non c’è alcun fine che debba necessariamente proporsi, e quindi quali siano quelli che in un dato momento egli sceglie e quali invece esclude, non risulta se non dal complesso del suo ordinamento concreto”⁶.

Ora, questa specie di coronamento dello *Staatsrecht* avveniva alla vigilia di una Costituzione che induceva a prendere congedo dall’idea di un diritto pubblico come diritto di uno Stato detentore di fini imperscrutabili, nel momento in cui rendeva i suoi principi di convivenza civile indisponibili da parte dei pubblici poteri, chiamati piuttosto ad attuarli, a promuoverli o a garantirli⁷. Era un rovesciamento di prospettiva, le cui modalità di realizzazione postulavano tuttavia una legalità costituzionale separata da quella ordinaria: ricorso insistito alle riserve di legge ove fossero in gioco interventi e organizzazione dei pubblici poteri; carattere incidentale dei giudizi di costituzionalità, in forza del quale leggi e atti equiparati restano validamente produttivi di effetti fino all’eventuale pronuncia di annullamento della Corte; sottrazione al suo sindacato dei regolamenti e degli altri atti del Governo; costituzionalizzazione dell’interesse legittimo e, pur secondo criteri non necessariamente corrispondenti alla sua distinzione dal diritto soggettivo, del riparto di giurisdizione fra giudici ordinari e amministrativi; disposizioni sull’amministrazione almeno all’apparenza scarse, e suscettibili di

⁴ S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1945, 134-135.

⁵ Per una compiuta ricostruzione della vicenda G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, Laterza, 2000, 290 ss.

⁶ S. ROMANO, *Principi*, cit., 112.

⁷ G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 39.

precomprensioni nel segno della continuità. Il principio di legalità, punto di snodo fra le due sfere, confermeva per ciò stesso la dislocazione dei singoli istituti nell'una o nell'altra.

Carlo Mezzanotte ha spiegato la scelta dei Costituenti di separare le due sfere soprattutto con l'esigenza di innestare la giustizia costituzionale in un ambiente giuridico estraneo⁸. E che solo a quella condizione i nuovi principi avrebbero potuto acquisire efficacia precettiva, lo si sarebbe visto subito, con la mancata applicazione da parte dei giudici comuni del sistema di controllo sulle leggi previsto dalla VII Disposizione transitoria. In effetti, soltanto la sent. n. 1 del 1956 della Corte avrebbe configurato la Costituzione come norma di riconoscimento del nuovo ordinamento. Ma al prezzo di confermare ulteriormente tutta l'ambivalenza insita nella separazione tra le due sfere di legalità.

Una ricostruzione dei percorsi scientifici di costituzionalisti e amministrativisti nel secondo dopoguerra non potrebbe prescindere dalle diverse implicazioni della separazione per gli uni e per gli altri: anzitutto nella prospettiva, che si andava progressivamente imponendo per ambedue, della fuoriuscita dal postulato statualistico. Alla generazione dei costituzionalisti del dopoguerra, la fuoriuscita poteva apparire inscritta nel testo, la cui efficacia normativa era tuttavia come si è detto discussa: occorre affermarla, per poi procedere all'attuazione costituzionale. A quel punto, la separazione avrebbe indotto i costituzionalisti a fermarsi alle colonne d'Ercole della legge, che guardassero ai processi di attuazione o alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali; corrispondentemente, lo studio dei profili organizzativi non sarebbe andato oltre la forma di governo. Di converso, le potenzialità innovative del testo apparivano agli amministrativisti dietro lo schermo tradizionale della legalità ordinaria, che li costringeva pertanto a misurarsi con una continuità assai più resistente di istituti e concetti. La Costituzione, osservava Sabino Cassese, "passò sopra gli apparati statali senza toccarli: gli uomini che la scrissero portavano con sé il mito liberale per cui la politica si estende fino ai confini del governo: gli apparati pubblici, le strutture cosiddette amministrative, sono macchine senza politica e fuori della storia"⁹. Gli amministrativisti cercarono di fuoriuscire dal postulato statualistico ora forzando quello schermo, attraverso un aggancio diretto dell'amministrazione ad enunciati costituzionali letti in una chiave democratico-partecipativa, ora con una visione funzionalistica, che puntando su istanze di modernizzazione di apparati e procedure richiedeva attenzione più a scienze sociali limitrofe, alla comparazione con altre esperienze e alla prassi che ai principi costituzionali.

3. Graduale attenuazione della separazione e crescente divaricazione delle comunità scientifiche

Nell'ultimo trentennio la scissione fra le due sfere di legalità viene fortemente ridimensionata nell'ordinamento giuridico. Rimangono il sistema di accesso incidentale alla Corte, l'individuazione degli atti oggetto del suo sindacato e le riserve di legge, ma la stessa Corte ne circoscrive l'area di operatività con la richiesta ai giudici e alle pubbliche amministrazioni di applicare il diritto dell'Unione europea direttamente applicabile a scapito del diritto nazionale. Rimane il riparto di giurisdizione, ma senza che vi corrisponda più la distinzione fra diritti fondamentali e non. La legge sul procedimento amministrativo aggiorna la lettura dei principi sull'amministrazione, specificandone cruciali profili applicativi e facendoli così uscire dal cono d'ombra della continuità. La figura della legge-provvedimento viene ritenuta dalla Corte costituzionalmente ammissibile a condizione di soggiacere a uno scrutinio stretto. A livello primario la produzione normativa si articola in una pluralità di fonti che affiancano la legge, quasi sempre a seguito di riletture di enunciati costituzionali che si riversano in altrettante applicazioni del criterio di competenza, sicché la regola del *numerus clausus* può sopravvivere a condizione di ammettere l'incidenza su di essa dell'interpretazione costituzionale. Nondimeno si introducono e in buona parte si consolidano Autorità indipendenti che rimettono in discussione il principio di separazione dei poteri anche in una visione costituzionalmente aggiornata. I modelli organizzativi si diversificano in ogni ambito, da ultimo in quello dell'amministrazione centrale. Nel nuovo Titolo V della Seconda Parte la distribuzione delle funzioni amministrative fra enti territoriali presuppone un'amministrazione prevalentemente per servizi, addirittura disancorata dal riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni.

A parte ogni altra considerazione, la legalità ordinaria perde così la funzione di raccordo esclusivo fra pubbliche amministrazioni e Costituzione. Le prime diventano anche amministrazioni di uno Stato mem-

⁸ C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari, Laterza, 1979, 151.

⁹ S. CASSESE, *L'immunità della burocrazia*, in *Politica del diritto*, 1971, 185.

bro dell'Unione, e quali amministrazioni nazionali vengono chiamate a compiti sempre meno riducibili a una meccanica attuazione di volontà legislativa o di governo, con una corrispondente esigenza di ripensamento del principio di legalità, comunque ormai affiancato dagli altri sopra accennati. A sua volta il diritto costituzionale si situa sempre meno in una inaccessibile regione sovrastante per diventare *ius quo utimur*, per via giurisprudenziale o della circolarità dei processi di produzione normativa o di decisione politica.

Non per questo si attenua la divaricazione interna alla giuspubblicistica. I costituzionalisti si impegnano in un vasto e complesso dibattito sull'interpretazione costituzionale che, se muove dalla registrazione della crescente incidenza della giurisprudenza della Corte nell'esperienza giuridica, non si ferma ad essa, ma si indirizza, con una pluralità di opzioni teoriche e di soluzioni operative, alla ricerca di punti di equilibrio con la sfera della rappresentanza e della deliberazione politica, pur nella consapevolezza della crisi che attraversa quest'ultima. Il fatto che, in ogni caso risulti recessivo il canone dell'intento originario dei Costituenti, avrebbe potuto agevolare un esame di trasformazioni come quelle accennate. Eppure i costituzionalisti vi si dedicano troppo di rado, quasi che la scissione fra le due sfere di legalità avesse mantenuto la valenza originaria.

Per contro gli amministrativisti salutano di solito con favore, quando non preparano, gran parte delle innovazioni intervenute, e molti vi vedono gli esiti di una modernizzazione proveniente dall'Unione europea. Ma non li attraggono nella stessa misura le questioni di come innestarle e assestarle nel tessuto normativo e istituzionale preesistente, e di come riorientare il discorso costituzionale sull'amministrazione, che pure si ponevano viste le modalità con cui le innovazioni sono avvenute.

Nel 1981 Massimo Severo Giannini auspicava che un Machiavelli "venisse fuori solo per dirci che non possiamo trovare l'identità della Repubblica fiorentina, cioè non possiamo trovare l'identità di uno Stato di un grande popolo, come è lo Stato italiano. Dobbiamo rassegnarci: l'identità verrà da fuori, ma da altre scaturigini, da altre ragioni, in modi diversi da quelli che oggi stanno negli orizzonti delle nostre immagini"¹⁰. Trenta anni dopo, parlando del codice del giusto processo amministrativo, Fabio Merusi ipotizza che, constatata l'insoddisfacente organizzazione costituzionale finora realizzata nell'Unione europea, la combinata azione della Commissione e della Corte di giustizia ha "inteso realizzare un unico ordinamento europeo partendo dal basso, dal diritto amministrativo...La tipicizzazione dell'esercizio dei poteri amministrativi determinerà, in orizzontale, quell'Unione che i governi nazionali non sono riusciti a realizzare in verticale. Come dire che verrà sovvertita la nota teoria secondo la quale nell'odierna organizzazione dello Stato il diritto amministrativo si sarebbe trasformato in diritto costituzionale concretizzato"¹¹.

La rassegnazione di Giannini e la speranza di Merusi riflettono peraltro una più ampia attitudine della cultura (non solo giuridica) italiana: un'abdicazione preventiva che non troveremmo nella dottrina degli altri Stati membri, attenta a preservare il più possibile categorie e istituti del diritto nazionale nel corso dell'integrazione europea, quando non a rilanciarli come piattaforma comune¹². Gli effetti di queste attitudini non sono sempre a nostro sfavore. Ma il fatto di essere sempre pronti a recepire gli orientamenti europei, un po' reticenti a criticarli e molto timidi nella capacità propositiva comporta il rischio di accettare "un'uniformazione eterodiretta" anziché "realmente partecipata anche dall'Italia"¹³. Del resto le carenze di organizzazione costituzionale dell'Unione, risalendo a resistenze politiche a investire le autorità di governo europee di sufficienti risorse di legittimazione democratica, pongono agli Stati membri, Italia compresa, dilemmi non aggirabili tramite processi incrementali di uniformazione amministrativa oltre che giurisprudenziale¹⁴.

¹⁰ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Messina-Taormina 3-8 novembre 1981, Giuffrè, 1982, 379.

¹¹ F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2011, 6.

¹² Come si desume da A. VON BOGDANDY, *Prospettive della scienza giuridica nell'area giuridica europea. Una riflessione sulla base del caso tedesco*, in *Foro it.*, 2012, V, 54 ss.

¹³ M. CARTABIA, *Cultura dei giuristi e processi di integrazione europea*, in L. PAGGI (a cura di), *Un'altra Italia in un'altra Europa. Mercato e interesse nazionale*, Roma, Carocci, 2011, 108.

¹⁴ Peraltro mi chiedo – ma qui mi riferisco solo in piccola parte a giuristi italiani – come si possa ancora pensare di affrontare la crisi europea con le elitarie categorie postmoderne di cui si è nutrita la letteratura sulla *multilevel governance*, senza sciogliere i nodi del governo democratico dell'Unione.

4. Quel che resta in comune, e relative implicazioni metodologiche

In definitiva, l'attenuarsi della separazione tra sfere di legalità ha prodotto una vasta area tematica non padroneggiabile senza che le prospettive dei costituzionalisti e degli amministrativisti interagiscano fra loro. E, nel complesso, l'interazione non è avvenuta¹⁵. Come se l'assai diversa posizione di fronte allo Stato in cui gli studiosi di questi rami si trovarono con l'avvento della Costituzione ne avesse plasmato l'identità al punto da continuare a orientarne paradigmi e obiettivi di ricerca, indipendentemente dagli andamenti dell'ordinamento giuridico.

Che essi abbiano preso "strade interamente separate, tra le quali sono piuttosto rari gli incontri", viene spiegato da Cassese con la circostanza che mentre i costituzionalisti sono stati attratti dalla giurisprudenza e soprattutto dal processo costituzionale, trascurando la seconda parte della Costituzione, la scienza amministrativistica, nella cui tradizione il diritto sostanziale era strettamente connesso alla giurisprudenza, ha scoperto la vita concreta dell'amministrazione e il posto importante che lo Stato e l'Europa occupano sulla scena del diritto amministrativo, ed è andata dunque "nella direzione opposta a quella del diritto costituzionale, verso l'allargamento, piuttosto che verso la chiusura nel recinto del giudice"¹⁶.

Solo una parte dei costituzionalisti, tuttavia, si limitano alla giurisprudenza, nel tacito presupposto che le questioni legate alla forma di governo sconfinino nel *derecho politico*, come era denominato il diritto costituzionale sotto il regime franchista. Molti altri si occupano di *gubernaculum* non meno che di *iurisdictio*, e con marcata attenzione alla prassi dei rapporti fra organi costituzionali. Ed altri ancora sono esclusivamente dediti alla forma di governo, al sistema elettorale e ai partiti, alla ricerca di linee di confine identitarie con la scienza politica. Il panorama è bilanciato, e lo è da tempo. Si pensi, per contro, allo stato della dottrina costituzionalistica francese, che dopo aver abbracciato l'indirizzo politologico di Maurice Duverger ha creduto, su impulso di Louis Favoreau, di poter scorgere una purezza disciplinare nell'aggancio alla giurisprudenza costituzionale.

Se così è, e se, come osserva Cassese, la scienza amministrativistica ha scoperto che oltre alla giurisprudenza c'è molto altro da studiare, potremmo concludere che i cultori di ambedue i rami condividono almeno la convinzione di non poter escludere dall'oggetto di conoscenza né i limiti ai pubblici poteri né la loro organizzazione e funzionamento senza danneggiare gravemente il relativo statuto scientifico¹⁷. Nell'approfondire la giurisprudenza, le fonti o i diritti, si adopereranno figure e linguaggi più tecnici, lo studio dell'organizzazione condurrà a un confronto più ravvicinato con altre scienze sociali. Ma più che con l'identità scientifica, queste varianti avranno a che vedere con la composizione della cassetta degli attrezzi. E la prospettiva aiuterà ulteriormente a comprendere i guasti di ogni esasperata contrapposizione, risalente all'epoca dello *Staatsrecht*, tra formalismo e realismo. Se la prima posizione porta a chiudere gli occhi di fronte a realtà scomode per una dogmatica immobile, l'altra pretende però di spiegare i fatti come se parlassero da soli: la disputa metodologica nasconde una comune povertà epistemologica, da cui uno sviluppo scientifico ormai secolare dovrebbe aver guarito anche i giuristi. Nello stesso tempo ambedue le posizioni inducono a distogliere lo sguardo dai principi di convivenza, che sono la prima posta in gioco delle ricerche giuridiche.

¹⁵ Ma v., fra gli altri, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Jovene, Napoli, 2003. La manualistica risulta ancor più arretrata, con le eccezioni, per il diritto amministrativo, di D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 2000, e di F. MERLONI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012. Soprattutto, nei manuali anche recenti di diritto pubblico traspare subito l'impronta disciplinare di chi li ha scritti.

¹⁶ S. CASSESE, *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, cit., 396-397.

¹⁷ Come si desume rispettivamente da M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicenda della Costituzione repubblicana*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 1.3.2013, 14, secondo cui la crisi della politica non deve portare a ritenere che "il 'governo dei custodi' possa sostituirsi al 'governo dei governanti'". Il nostro ordinamento ha un disperato bisogno sia di giurisdizione sia di legislazione, perché nessuna delle due basta a se stessa", e da M. RAMAIOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2010, 388, la quale considera "un errore di prospettiva sopravvalutare, a detrimento dell'altro, vuoi il polo della garanzia vuoi il polo dell'autorità, entrambi componenti necessarie del diritto amministrativo".

5. Le definizioni del diritto costituzionale e del diritto amministrativo come “diritto per principi”: ragioni e circostanze

Si può a questo punto notare che, dopo il diritto costituzionale, anche il diritto amministrativo viene ora definito “un diritto per principi”, e vi si dedicano opere collettanee¹⁸. L'uso comune del termine non vuol dire che le ragioni e le circostanze che lo hanno suggerito siano nei due casi le medesime. Ma proprio per questo potrebbe indurre a convenzioni stipulative, inquadramenti e distinzioni che problematizzino utilmente le direzioni dei percorsi scientifici.

La designazione del diritto costituzionale come “diritto per principi” si diffonde nello scorso ventennio nel corso del dibattito sull'interpretazione costituzionale, e con la scoperta che questa non obbedisce ai canoni di interpretazione degli atti normativi diversi dalla Costituzione, ma a criteri propri, in ragione di un testo intessuto di principi non di rado privi di fattispecie, suscettibili di successive concretizzazioni o ottimizzazioni tramite regole legislative, e oggetto di reciproci bilanciamenti¹⁹. Né il termine “diritto per principi” è mero esito di una razionalizzazione della giurisprudenza, nella misura in cui costituisce la proiezione giuridica dello Stato costituzionale, formula comprensiva dei principi e degli istituti della democrazia pluralista²⁰, nonché, si può aggiungere, di condizioni di apertura ad altri ordinamenti compresa l'Unione europea. Queste formule riflettono un ripensamento del nesso fra tradizione e innovazione, muovendo fra le altre dalla premessa che, per canalizzare in forme democratiche processi di identificazione collettiva che i totalitarismi avevano dirottato verso la barbarie, i Costituenti europei non potevano ancorare i loro disegni a quella razionalità sinottica e a quell'orgoglioso progresso autopropulsivo che avevano ispirato il costituzionalismo di matrice illuministica. Nel fondare la convivenza su testi costruiti intorno a principi in grado di rispondere alle incognite del tempo, essi non pretesero di dotarli di una particolare capacità predittiva, ma ricorsero ad enunciati abbastanza comprensivi da ammetterne un'ampia, pur se certo non indiscriminata, latitudine interpretativa. Questa apparente limitazione si sarebbe convertita in una risorsa preziosa. Avrebbe posto le premesse per consentire ai principi di affrontare più efficacemente le incognite del futuro, e assicurarne così nel lungo andare la forza prescrittiva²¹.

Nella designazione del diritto amministrativo come “diritto per principi” confluiscono varie direttrici: il passaggio dei principi generali dagli ordinamenti nazionali a quello europeo e il loro ritorno agli ordinamenti nazionali²², la codificazione dei principi generali del diritto amministrativo a partire dalla legge n. 241 del 1990 e poi, anche in conseguenza di essa, quella delle regole processuali²³, come pure l'invito a rileggere la Costituzione traendone direttamente molti principi finora ricavati dalla legislazione²⁴, e il rilievo che la combinazione fra l'art. 24 Cost. e la nuova versione dell'art. 111, a prescindere dalla penetrazione ‘europea’ del modello del giusto processo, basta a spiegare lo spostamento di attenzione del diritto amministrativo dall'esercizio unilaterale del potere al suo rapporto con le situazioni giuridiche soggettive²⁵.

Le ragioni per qualificare “diritto per principi” i due ambiti disciplinari presentano dunque aspetti comuni, ma non coincidono. Diverse, se non disperate, sono poi le matrici dell'affermazione dei singoli principi in ciascuno di tali ambiti: ripensamenti teorici sulla portata della Costituzione, consolidamento di indirizzi giu-

¹⁸ Si tratta, almeno a mia conoscenza, di G. DELLA CANANEA-C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano* diretto da F.G. Scoca-F.A. Roversi Monaco-G. Morbidelli, Torino, Giappichelli, 2010, e di M. RENNA-F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012.

¹⁹ Si può vedere C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, III, Jovene, Napoli, 2004, 1665 ss.

²⁰ E. CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006; G. ZAGREBELSKY, *Problemi del diritto per principi* (2006), e *Stato costituzionale* (2006), in *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, Einaudi, 2009, risp. 102 ss. e 117 ss.; P. COSTA, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006.

²¹ Nel prospettare il tema della durata delle costituzioni, M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni*, cit., 2, muove invece dalla loro riconduzione alla “idea – di matrice illuministica – che il reale possa essere modellato da un atto di volontà politica, e cioè da un atto di ragione finalizzato al governo della polis”, onde opporla alla “prospettiva antilluministica dell'ordine sociale spontaneo”, osservando poi giustamente, ma così ridimensionando il paradigma costruttivistico, che la Costituzione italiana “non intende essere totalizzante, non nutre eccessi giacobini, non impone modelli astratti, ma traccia concrete linee di tendenza e offre – alla politica che sappia servirsene – gli strumenti per assicurare il progresso dei singoli e dell'intera comunità nazionale” (ivi, 15).

²² D. DE PRETIS, *I principi del diritto amministrativo europeo*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 50 e G. DELLA CANANEA-C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, cit., 52 ss.

²³ A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al Libro I*, in *Diritto amministrativo*, 2011, 107.

²⁴ A. BARTOLINI E A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 81.

²⁵ F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, cit., 15.

risprudenziali, incidenza del diritto europeo (variabile a seconda che si tratti di *hard law*, di *soft law* o di orientamenti delle corti), mere esigenze di riordino di legislazioni di settore disperse. Eppure sappiamo che i principi non si scoprono all'angolo della strada. Per evitarne almeno l'inflazione, e una Babele di significati, può servire il richiamo a una polemica, alla quale può farsi risalire una dicotomia basilare di accezioni di 'principio'.

6. L'emergere di una dicotomia basilare in una risalente polemica sui principi

Nell'intervenire nel dibattito sui principi generali dell'ordinamento fascista, Crisafulli definiva i principi generali "come norme-base, dalle quali dipende il modo di essere e la configurazione di settori più o meno ampi dell'ordinamento, perché contengono già in sé, potenzialmente, le norme particolari che concretamente costituiscono quei settori dell'ordinamento"²⁶, o quali "norme di diritto positivo, che differiscono dalle norme particolari soprattutto per la maggiore generalità e comprensione del precetto che contengono"²⁷.

Alludendo a Crisafulli, Emilio Betti replicava che "se qualche spirito conservatore si attarda ancor oggi a sostenere che 'i principi (generali) stanno alle norme particolari come il più sta al meno, come quello che è anteriore e poziore, a quello che è posteriore e conseguente'... pure l'opposta verità è emersa ben chiara dalle recenti discussioni; ed è che, come dai principi generali non si possono ricavare a priori, per semplice deduzione, le disposizioni particolari che risolvono problemi pratici e contingenti, così dalle sole disposizioni particolari non è dato ricavare, per induzione, una cognizione adeguata di quei principi, che nella loro generalità superano ogni singola applicazione, e nella loro virtualità indefinita non si captano né si esauriscono in specifiche formulazioni"²⁸. 'Principio' designa piuttosto "qualcosa che si contrappone concettualmente a compimento, a conseguenza che ne discende, e così alla norma compiuta e formulata: è il pensiero, l'idea germinale, il criterio di valutazione, di cui la norma costituisce la messa in opera, calata in una specifica formulazione"²⁹. Ciò basta ad escludere, proseguiva, "una meccanica equivalenza e convertibilità dei due termini: quella equivalenza, cui inclina l'astratta concezione normativistica, ossessionata dal postulato, o piuttosto dal preconetto, di un'autosufficienza e 'completezza' logica dell'ordine giuridico (= legislazione) e, di conseguenza, portata a negare ogni influenza di esigenze e tendenze che stiano in qualche modo al di fuori di esso, nel senso che nella legislazione non siano del tutto captate e assorbite senza residui"³⁰. E "siccome le singole norme non rispecchiano se non in parte i principi generali... così i principi generali, in quanto criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, sono caratterizzati da un'*eccedenza di contenuto deontologico* (o *assiologico* che dir si voglia) in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema"³¹.

Se dunque Crisafulli, nell'ascrivere piena portata normativa ai principi generali, li configura quali norme di diritto positivo che differiscono solo per la loro "maggiore generalità" da quelle, appunto, "particolari", sul presupposto che le une e le altre entrino a comporre un sistema giuridico logicamente chiuso e completo, Betti ritiene che il "contenuto deontologico eccedente" dei principi si risolva in "criteri direttivi per l'interpretazione" e in "criteri programmatici per il progresso della legislazione", sul presupposto di un sistema giuridico aperto. Dietro diverse visioni dei principi si coglievano diverse visioni dell'intero sistema giuridico.

7. Accezioni di 'principio' e concezioni del sistema giuridico

La polemica fra i due consente di intravedere una dicotomia basilare intorno alla struttura e alla concezione dei principi, a condizione di trasporla in un quadro costituzionale nel quale i valori o "i criteri di valutazione" di Betti si sono tradotti in principi³², e con l'avvertenza che il sistema postulato da Betti era solo

²⁶ V. CRISAFULLI, *A proposito dei principi generali e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 1940, 208.

²⁷ V. CRISAFULLI, *I principi costituzionali dell'interpretazione e applicazione delle leggi*, in *Scritti on. Romano*, I, Cedam, Padova, 1940, 683.

²⁸ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Giuffrè, Milano, 1949, 206.

²⁹ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 207.

³⁰ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 207.

³¹ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 211. Corsivi del testo.

³² Come osserva G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, cit., 36, "Perché i valori insiti nell'etica sociale di un popolo in una determinata epoca storica acquistino un rilievo giuridico e diventino pertanto base sostanziale delle istituzioni e delle norme da queste pro-

oggettivamente aperto, nel senso che gli interpreti vi venivano chiamati a scoprire principi non desumibili dal diritto positivo: lo attesta la furiosa replica a Tullio Ascarelli, che aveva osato parlare di creatività dell'interpretazione³³, inaugurando una linea di pensiero destinata solo più tardi a venire accolta e variamente rielaborata dalla scienza giuridica italiana.

Intendere i principi alla stregua di norme generali capaci di contenere potenzialmente tutte le norme particolari comporta o presuppone un sistema chiuso, completo e produttivo di certezze: il rapporto principio-norma particolare, o se si vuole principio-regola, si dispone in tal caso nei termini di un automatismo che non lascia spazio all'imprevedibile. Chi muova dalla premessa che, nel diritto, l'"esigenza empirica di razionalità della vita sociale" si traduce "in un nesso di solidarietà assiologica, e per ciò stesso di coerenza logica, tra le regole di un medesimo ordinamento giuridico", ascrive la funzione di collegarle ai principi: "da quelli minimi (internormativi) che convogliano sotto l'*eadem ratio* due o più norme singolarmente individuate, ai principi medi (o polinormativi) che accomunano un insieme di norme operanti in un unico campo di interesse - come possono essere gli istituti e i complessi istituzionali o materie -, fino ai principi massimi (od onninormativi) che abbracciano l'intero mondo del diritto positivo": è "in funzione di questi principi immanenti di ogni ordinamento" che "si svolge la interpretazione sistematica, procedimento fondamentale di ogni ermeneutica giuridica", anche se, per il giurista, il punto di partenza obbligato è costituito "dall'interesse parziale considerato dalla norma specifica, e da qui muove ogni successiva attività ermeneutica", per cui nel suo lavoro scientifico "appaiono imprescindibili entrambi gli approcci metodologici: il procedimento esegetico che pone in rapporto il giurista con le norme, ed il procedimento sistematico che lo pone in rapporto con i principi"³⁴.

Intendere invece i principi come inizi di processi di normazione, quali "criteri di valutazione" o di "presa di posizione" di fronte alla realtà, equivale a dire che essi non contengono già potenzialmente tutte le norme particolari e che pertanto ci troviamo in presenza di, o presupponiamo, un sistema aperto, incompleto e produttivo di minori certezze di quanto non avvenga nella prima ipotesi. Ammettendo più possibilità per la sua realizzazione, il principio-inizio non può funzionare come parte di un programma che ne ammette una sola, senza contare che la sua realizzazione può scontrarsi con altri principi, che non sono parti di un programma destinate ad adempiere a funzioni mutuamente esclusive. Conseguentemente, a differenza del principio-norma generale, che contenendo già in sé potenzialmente tutte le norme particolari predetermina entro binari fissati una volta per tutte lo spazio di manovra di legislatori e giudici, il principio-inizio avvia percorsi, decisionali e argomentativi, così orientandoli, ma aprendo anche uno spazio inevitabilmente assai più ampio a legislatori e giudici. Chi muova da questa accezione dei principi ne parla come di "proposizioni normative d'un grado di generalità così elevato che di regola non possono essere applicate senza l'aggiunta di ulteriori premesse normative e subiscono perlopiù limitazioni da parte di altri principi", e ritiene che il problema dell'argomentazione si ponga in quanto "la norma da giustificare di regola non segue logicamente dai principi"³⁵.

8. Accezioni di 'principio' che attraversano gli steccati disciplinari

È appena il caso di notare che chi oggi ragiona di "diritto per principi" con l'occhio alle "codificazioni" dei principi dell'attività e del processo amministrativo non vi vede l'avvio di un ritorno in grande stile alla sistematica, ma solo il tentativo di rendere più semplice una normazione caotica e inafferrabile³⁶; così come, d'altra parte, sono generalmente avvertiti i rischi che una creatività giurisprudenziale trasmodante in arbitrio può comportare per gli equilibri delle democrazie costituzionali. Se il principio-regola generale si riduce così a esito magari provvisorio di processi di razionalizzazione, il principio-inizio dei processi di normazione e interpretazione, che riflette valori radicati ma si protende verso l'ignoto, si presta a gravi distorsioni applicative.

dotte è necessario che gli stessi assumano una veste particolare, che li renda idonei ad essere inseriti nel mondo dei fenomeni giuridici: si devono trasformare in principi".

³³ Si può vedere C. PINELLI, *Il confronto sull'interpretazione fra Emilio Betti e Vezio Crisafulli e il contributo di Tullio Ascarelli*, in *Il diritto fra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, IV, Roma, Aracne, 2010, 67 ss.

³⁴ A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, Accademia Nazionale dei Lincei, *Convegno sul tema: I principi generali del diritto* (Roma, 27-29 gennaio 1991), Roma, 1992, 23-24.

³⁵ R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica* (1978), Giuffrè, Milano, 1998, 193 ss.

³⁶ M. DOGLIANI, *L'ordinamento giuridico strapazzato*, in *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, a cura dello stesso, Torino, Giappichelli, 2012, 4, distingue peraltro la semplificazione, nell'accezione nota, dalla manutenzione delle leggi come attività volta a illustrare "i fenomeni che creano disordine inutile e inutilmente accentuano la oggettiva e inevitabile crescente complessità della legislazione, legata alla crescente complessità della vita sociale".

Ma se il tasso di incertezza è notoriamente cresciuto su ambedue i piani, ciò che conta, anche nell'incertezza, è saper distinguere: e la distinzione fra principio-inizio e principio-regola generale non corre necessariamente lungo il crinale delle due aree disciplinari ma non di rado lo attraversa. Alcuni esempi di andirivieni. La genesi e la fattura delle disposizioni costituzionali sul giusto processo, del nuovo Titolo V della Seconda Parte o della I. cost. n. 1 del 2012 riflettono la tentazione di fissare certe regole, talora nemmeno generali, al livello più elevato della normazione. All'opposto, la rivitalizzazione dei principi di imparzialità e buon andamento si deve a ripensamenti del diritto amministrativo che ne mettono in luce la portata costituzionale. Questioni quali l'applicabilità alla legislazione del principio di legittimo affidamento e l'ammissibilità delle leggi di interpretazione autentica si pongono o ritornano sul tavolo della Consulta sulla spinta di Strasburgo, dove la formazione della legge ad opera dell'organo rappresentativo della volontà popolare recede di fronte alla sua considerazione di atto del pubblico potere. Lo stesso previsto esonero di motivazione degli atti normativi e di quelli a contenuto generale comincia a patire eccezioni per vari aspetti. Ancora, un principio-inizio come il principio di responsabilità dei pubblici poteri si articola in sedi e forme che, non solo sotto l'influsso del diritto europeo, appaiono sempre meno ripartibili fra i tradizionali steccati disciplinari del diritto pubblico. Quanto alla giurisprudenza costituzionale, è significativo che, a differenza della figura scientifica dell'eccesso di potere legislativo, grande fortuna abbia incontrato il principio di congruità-proporzionalità delle scelte legislative, pur esso di origine amministrativistica. Il principio costituzionale di sussidiarietà verticale non ha finora funzionato, come previsto, da criterio di distribuzione delle funzioni amministrative fra enti territoriali, ma da puntello argomentativo per colmare il mancato raccordo di quella distribuzione con l'assetto delle competenze legislative statali e regionali. E si potrebbe continuare. In ciascuna occasione il necessario controllo dell'uso del termine principio non potrà che compiersi nel corso di comuni stipulazioni e di successive interazioni di prospettive fra costituzionalisti e amministrativisti, a reciproco beneficio.