

**L'amministrazione pubblica nel sistema ordinamentale multilivello in Italia.
Il cammino dell'integrazione europea ha radici costituzionali forti.**

di Alfonso Maria Cecere

25 novembre 2016

SOMMARIO: 1. Amministrazione pubblica tra continuità statale e discontinuità costituzionale. 2. La democratizzazione della pubblica amministrazione si radica nello Stato repubblicano. 3. Nella Costituzione i principi di un'amministrazione pubblica al servizio del cittadino. 4. L'amministrazione pubblica si proietta oltre la dimensione autoritativa.

1. Amministrazione pubblica tra continuità statale e discontinuità costituzionale.

L'ampiezza del tema trattato impone una premessa di metodo. Il contributo della Costituzione repubblicana all'evoluzione dell'amministrazione si colloca in un percorso dove l'esperienza storica consente di cogliere la migliore dimensione del ruolo della stessa amministrazione nello Stato democratico dei giorni nostri, anche in una prevedibile prospettiva futura.

L'amministrazione come fenomeno statale è un modo di essere del potere, è una sua rappresentazione che inevitabilmente subisce le influenze di concezioni ideologiche sull'assetto della civile convivenza che in concorrenza tra loro pongono le radici su cui cresce il modo di essere dello Stato¹. In chiave democratica l'amministrazione è anche, allo stesso tempo un modo di essere dei cittadini, intesi sia singolarmente che in forma associata, ai quali va ricondotto il potere.

Già queste prime brevi considerazioni risentono degli insegnamenti di un maestro del diritto pubblico in Italia, Feliciano Benvenuti, che sulle radici, la crescita e i processi evolutivi dell'ordinamento giuridico italiano ha svolto analisi e riflessioni profonde che rappresentano un contributo fondamentale allo studio della pubblica amministrazione intesa in senso sostanzialmente democratico.

In questo scritto si ragiona sull'amministrazione come funzione dello Stato in costante evoluzione secondo i flussi della storia. In questo moto dinamico deve collocarsi il ruolo della Costituzione che va indagato per cogliere il suo contributo in termini di trasformazione piuttosto che di novità rispetto al processo di modernizzazione dell'amministrazione.

La Costituzione repubblicana non rappresenta un punto di partenza ma un fatto nuovo, un mutamento in un quadro dove persiste una continuità di fondo, l'ordinamento statale. Si tratta di valutare la portata di questo mutamento con

¹ F. Benvenuti, *Disegno della amministrazione italiana*, Padova, 1996; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, 2 voll., III ed., Milano, 1993; S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, IV ed., Milano 2000.

riferimento al ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico per considerarne gli effetti in termini sia di evoluzione che di innovazione.

In questo contesto in movimento la scelta di porre al centro della riflessione la Costituzione repubblicana del 1948 non intende sminuire il contributo determinante che in dottrina ha dato allo sviluppo dell'amministrazione pubblica la teoria della Costituzione materiale² a partire dal progressivo affermarsi dello Stato pluriclasse, in un ordinamento retto da una costituzione formale espressione di uno Stato censitario - lo Statuto Albertino - dove, ad esempio, i diritti erano proclamati ma non effettivamente garantiti. Solo per portare un esempio, contrariamente all'impostazione classica dello Stato liberale che propende per un contenimento delle amministrazioni pubbliche - l'attività si risolveva sostanzialmente nell'esercizio delle funzioni amministrative dello Stato di tipo autoritativo -, il legislatore italiano, già a partire dalla fine del milleottocento opta per un interessamento dei pubblici poteri verso le attività economiche, produttive, professionali, al fine di offrire protezione sociale, maggiore tutela di libertà individuali e di gruppo. La legislazione amministrativa fu soprattutto legislazione di giustizia sociale (leggi sulle assicurazioni sociali, sui servizi pubblici municipali e le leggi istitutive degli enti pubblici parastatali). Questi profili interessano il ruolo dello Stato, e più in generale dei pubblici poteri e delle politiche pubbliche, nell'economia o meglio il ruolo che lo Stato stesso decide di assumere rispetto al sistema economico. Benvenuti magistralmente sintetizza il concetto: «L'intervento dello Stato nell'economia, e quasi contemporaneamente nel sociale, non ha risposto ad esigenza di equilibrio o di arbitraggio di cui si fosse riconosciuto titolare lo Stato, ma ad esigenze di sostegno delle necessità materiali della comunità»³. Si delinea la base della struttura assistenziale dello Stato per il cui corretto funzionamento si richiede un'attenta valutazione dei limiti entro i quali contenere le provvidenze. Solo per rendere un'idea della portata del problema si richiama la differenza tra politiche assistenziali e politiche di solidarietà⁴ e sul piano giuridico l'inscindibile nesso tra effettivo esercizio dei diritti sociali e adempimento dei doveri di solidarietà sociale.

2. La democratizzazione della pubblica amministrazione si radica nello Stato repubblicano.

L'impostazione cambia nella Costituzione repubblicana e nell'evoluzione dello Stato di diritto in Stato democratico, dove deve o dovrebbe affermarsi il principio della compenetrazione del cittadino nello Stato. Si tratta di un cambiamento lento ed in principio anche ad avvio ritardato, se si considera che la Costituzione pur ponendosi come superamento dello Statuto Albertino ne confermò l'insieme delle leggi che avevano retto fino ad allora l'amministrazione. E' sufficiente soffermarsi

² C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940; M. Nigro, *La pubblica amministrazione tra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Studi Bachelet*, II, Milano 1987; M. S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986.

³ F. Benvenuti, *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, in *Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, a cura di G. Marongiu e G. C. De Martin, Milano, 1993, 13 ss.

⁴ In politica sociale alcuni studi rilevano in Italia la co-presenza di tre politiche sociali: politiche universalistiche per la sanità; politiche assicurativo previdenziali per le pensioni; politiche assistenziali per le situazioni di povertà economica. Sul punto si veda V. Salerno; M. Visentin, *La rigenerazione del legame sociale*, Padova, Libreriauniversitaria.it, 2011.

sulle sole disposizioni contenute nei due articoli compresi nella seconda sezione del titolo terzo relativo al Governo (artt. 97 e 98 Cost.)⁵, per cogliere come il problema dell'amministrazione non sia affrontato se non sotto il profilo della burocrazia. In questi spazi stretti si è, comunque, destreggiata la giurisprudenza costituzionale che già nel 1988⁶, nel momento in cui collegava la necessità di un adeguato trattamento economico dei pubblici dipendenti al principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione, ha pure recepito un'esigenza espressa con sempre maggiore consapevolezza dalla collettività: «quella della necessaria tutela della capacità professionale dei dipendenti stessi contro appiattimenti assurdi e mortificanti, dovendosi garantire, nell'interesse della società, l'efficienza della pubblica amministrazione»⁷. La tutela degli interessi della collettività viene percepita dalla Corte costituzionale come una necessità alla quale deve attendere l'amministrazione, sulla quale ricade il dovere di rendere efficienti i servizi pubblici e soddisfare elementari esigenze dei cittadini, dovere desunto in via giurisprudenziale dal citato art. 97. Quindi, se da un lato non ci sono nella Costituzione delle esplicite disposizioni dedicate a posizionare e valorizzare la pubblica amministrazione nell'ordinamento democratico ed a scardinare le sue basi autoritarie e burocratiche, dall'altro c'è una sensibilità costituzionale sia in dottrina⁸ che in giurisprudenza che scopre alcuni dei punti nevralgici che ne ostacolano il processo di democratizzazione. Tra questi punti spiccano quelli più squisitamente politici, vale a dire le patologiche infiltrazioni dei partiti politici nei processi decisionali delle istituzioni a discapito dell'autonomia decisionale degli amministratori. L'altro punto è strettamente collegato al primo e ne è una conseguenza, visto che da queste indebite occupazione di spazi istituzionali da parte delle segreterie dei partiti dipendono una sempre più nociva commistione ed interferenza tra gli amministratori, sempre meno autonomi, ed il corpo dei burocrati, nelle decisioni amministrative che finiscono per essere sempre più politicizzate e quindi meno credibili ed autorevoli, con grave pregiudizio per i principi di buon andamento e imparzialità. Detto in sintesi, uno dei problemi da affrontare in radice è quello relativo alla ricerca costante di un equilibrio dinamico tra principio democratico e supremazia della politica, da un lato, e corretto esercizio delle funzioni amministrative, dall'altro⁹.

5 C. Pinelli, *Il "buon andamento" e l'"imparzialità" dell'amministrazione - Il 2° comma dell'art. 97 - Il 3° comma dell'art. 97, Sez. I, La regola del concorso - Il I comma dell'art. 98*, in *Art. 97-98. La Pubblica Amministrazione, Commentario della Costituzione* fondato G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli Foro Italiano, 1994.

6 Corte costituzionale, sentenza n.973 del 1988.

7 In *La giurisprudenza costituzionale del 1988*. Conferenza stampa del Presidente della Corte costituzionale Francesco Saja, Palazzo della Consulta, 7 febbraio 1989, in www.cortecostituzionale.it

8 U. Allegretti, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996; G. Berti, *La responsabilità pubblica*, Milano, 1994; A. Cerri, *La "costituzionalizzazione" dell'amministrazione pubblica in Italia*, in N. Greco-P. Biondini, *Diritto e amministrazione pubblica nell'età contemporanea*, Roma, Scuola Superiore della P.A., 2001; V. Cerulli Irelli, *Costituzione e amministrazione*, Torino, 2002; A. Patroni Griffi, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica. Contributo ad uno studio del rapporto di «autonomia strumentale» tra politica e amministrazione*, Napoli, 2002; G. Scialoja, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, 2013.

9 Il tema della tutela dei funzionari pubblici contro possibili abusi politici da parte del Governo passa per la clausola di esclusività (art.98 Cost.); per la regola del concorso pubblico; per la neutralizzazione di possibili condizionamenti politici per l'impiegato pubblico che eletto parlamentare può conseguire promozioni solo per anzianità. Ricade nell'ambito del rispetto del dettato costituzionale la riforma sulla separazione tra responsabilità politica e responsabilità di gestione amministrativa con

Anche sotto il profilo della tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti dell'amministrazione la Carta repubblicana non compie scelte innovative, proseguendo nel solco della doppia giurisdizione per una tutela distinta degli interessi legittimi rispetto ai diritti soggettivi, senza superare le ben note differenze sul piano della tutela sostanziale a vantaggio dell'apparato amministrativo¹⁰.

Se non nelle singole disposizioni costituzionali il contributo è offerto in termini di principi e di struttura dell'ordinamento. La Costituzione rappresenta l'*humus* sul quale si formano i nuovi indirizzi legislativi che a partire dagli anni '90 dello scorso secolo, avviano un cammino di modernizzazione dell'amministrazione ancora oggi non completamente tracciato¹¹. Si avviano le riforme del pubblico impiego, quelle sul procedimento amministrativo, quelle sull'ordinamento delle autonomie locali ed erompono le Autorità amministrative indipendenti con compiti di regolazione e/o garanzia. Il legislatore pone queste ultime parallelamente all'amministrazione tradizionale, come nuove entità pubbliche, indipendenti rispetto al potere esecutivo, alle quali affidare non interessi della pubblica amministrazione bensì la cura di interessi della collettività strettamente collegati all'esercizio di libertà politiche, sociali ed economiche.

Il cammino intrapreso nella direzione di un'amministrazione sempre più democratica non è orientato solo dalla Carta costituzionale ma anche dall'Europa, e le Autorità amministrative indipendenti appena ricordate ne sono una tangibile testimonianza, così come lo è il progressivo incremento di tutela riconosciuto agli interessi legittimi. La bussola europea, tuttavia, indirizza in modo deciso l'amministrazione verso una gestione delle finanze pubbliche tesa ad assicurare l'equilibrio di bilancio e la sostenibilità dello stesso debito pubblico, con l'effetto di

conseguente sottrazione agli organi di governo della funzione provvedimentale e di gestione (amministrativa e finanziaria), riservate ai dirigenti. Si comincia ad affermare una progressiva separazione tra attività di governo e attività amministrativa.

¹⁰ F.G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990.

¹¹ Uno dei maestri del diritto costituzionale del secondo dopoguerra a ragione affermava: «Chi voglia sapere come è disciplinata l'amministrazione nella nostra costituzione non deve leggere due soli articoli, ma l'intera costituzione», C. Esposito, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 248.

rendere ancora più dipendente dal condizionamento finanziario¹² la garanzia di effettività e la tutela dei diritti sociali¹³.

3. Nella Costituzione i principi di un'amministrazione pubblica al servizio del cittadino.

Tracciati i tratti essenziali del cammino e la complessità del percorso si possono svolgere alcune brevi considerazioni sui principi che governano i processi decisionali della pubblica amministrazione, partendo da quelli più facilmente riconoscibili anche nella Carta repubblicana.

Tra i principi generali sui quali poggia l'attività amministrativa, in particolare vanno richiamati i principi di legalità, di azionabilità e di imparzialità, che, prima ancora che essere sanciti nella Costituzione repubblicana, appartengono alla costituzione materiale.

Il principio di legalità attiene alla funzione amministrativa che si realizza con atti a contenuto autoritativo ed esprime una riserva di legge in ordine ai provvedimenti amministrativi che incidono su libertà garantite e su diritti fondamentali riconosciuti. Nella concezione di amministrazione come potere esecutivo la legalità si pone come immediata correlazione tra legge e atto amministrativo, rappresentando una regola del limite della funzione amministrativa «che si inserisce nella dialettica dell'autorità e della libertà». In questi termini, la legalità può essere assicurata dalla semplice conformità degli atti alla legge, fatti salvi gli spazi lasciati all'esercizio del potere discrezionale dove la legalità dell'azione amministrativa è garantita dall'introduzione della tutela giurisdizionale rispetto al vizio di legittimità dell'eccesso di potere

¹² Quello dei diritti finanziariamente condizionati (il termine è stato utilizzato da F. Merusi, *I servizi pubblici negli anni Ottanta*, in *Quad. reg.*, n. 1, 1985) è un campo molto arato dalla dottrina giuspubblicistica e sul quale si è cimentata la giurisprudenza costituzionale, pertanto, senza alcuna pretesa di completezza si citano A. Brancasi, *Le modalità di finanziamento della spesa pubblica come limitazione al ridimensionamento dello Stato sociale*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 341ss.; M. Raveraira, *L'ordinamento dell'Unione europea, le identità costituzionali nazionali e i diritti fondamentali. Quale tutela dei diritti sociali dopo il Trattato di Lisbona?*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 2/2011; A. D'Atena, *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Lezioni di diritto costituzionale*, III ed., Torino, 2012; D. Messineo, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, 2012; A. D'Aloia, *I diritti sociali nell'attuale momento costituzionale*, in www.gruppodipisa.it, 2012; C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali. Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, n.4/2013; D. Morana, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *Rivista AIC*, n.4/2013; F. Bilancia, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e Unione monetaria*, in *Rivista AIC*, n.2/2014; AA.VV. (a cura di S. Gambino), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015.

¹³ Una parte della dottrina (A. Morrone, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Lavoro e diritto*, n. 3/2013) anche dopo la novella degli articoli 81 e 97 della costituzione, si dichiara meno scettica circa la possibilità di praticare politiche pubbliche fondate sull'indebitamento, alla condizione della previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, e ogni qualvolta tale forma di finanziamento si configuri come necessaria per arginare gli effetti delle fasi avverse del ciclo economico, per far fronte ad eventi eccezionali o per concorrere ad assicurare i livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali. Secondo l'autore "L'introduzione dell'equilibrio di bilancio, come negli altri Paesi, è compatibile con politiche di *deficit spending*, anche se l'indebitamento è sottoposto ora a limiti (non rigidi), relativi a presupposti (distinguendosi tra effetti del ciclo economico e eventi eccezionali), soggetti (governo, parlamento e istituzioni europee), e procedimenti (deliberativi e di controllo), che incrociano scelte politiche e norme giuridiche di dimensione internazionale, europea e nazionale".

affidata al giudice amministrativo. Nella Costituzione repubblicana il concetto di legalità dell'amministrazione evolve e si riferisce non più ad un'attività di mera esecuzione delle leggi ma ad un'attività istituzionale nell'ambito delle leggi. Passa in secondo piano la valutazione puramente formale della corrispondenza degli atti alle norme ed acquista centralità la risposta sul piano sostanziale ed in termini di risultati dell'azione amministrativa al diritto¹⁴. Nel sistema costituzionale si rinvergono le basi del sistema amministrativo funzionale all'attuazione dei principi e dei fini costituzionali e con la riforma del titolo V, parte II, della Carta repubblicana, i fini sono esplicitamente legati ad obiettivi prestazionali per garantire ai cittadini l'effettività dei diritti civili e sociali. Un'amministrazione complessa e composta, organizzata su più livelli territoriali, democratica e partecipata finalizzata ad erogare prestazioni adeguate a realizzare i diritti della persona.

Ricordando ancora una volta Benvenuti, che ragiona su questi processi in largo anticipo rispetto ai tempi del legislatore impegnato nella revisione costituzionale, «la legalità della pubblica amministrazione ha, allora, cambiato prospettiva e dimensione: non più semplice osservanza della legge, ma individuazione degli interessi pubblici garantiti dalla legge, soggettivati dall'autorità, ma individuati con il consenso partecipativo dei singoli»¹⁵. Il cambiamento è in atto e i riferimenti si sono arricchiti accogliendo il diritto dell'Unione europea, il diritto prodotto dalla giurisdizione della Corte per la tutela dei diritti della CEDU, con conseguente nuova caratterizzazione degli interessi pubblici e delle autorità. Così l'amministrazione, che ha perso il riferimento certo di un sistema delle fonti del diritto strutturato in senso tradizionale, può cercare una rinnovata armonia non solo con i principi della Costituzione repubblicana ma anche con i principi dell'Unione europea e della Carta europea dei diritti dell'uomo. La legalità assume una dimensione composita sia perché fa riferimento ad un diritto non più solo interno, sia perché associa i cittadini all'esercizio del potere amministrativo in termini di partecipazione e di controllo. La "dequotazione" del principio di legalità sostanziale spinge a superare la sua stretta interpretazione sul conferimento di attribuzioni e competenze e ad innalzare le garanzie procedurali nella formazione delle fonti regolamentari. In presenza di un sistema normativo deframmentato è in atto un consolidamento del principio di legalità in senso procedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nel ricorso sempre più ampio a rafforzate forme di partecipazione che dal procedimento amministrativo si estendono al procedimento di formazione degli atti regolamentari. La partecipazione, pertanto, è un ingrediente nell'ordinamento democratico utilizzato in modo articolato, differenziato ed anche idoneo a "donare" legittimazione democratica a modi di esercizio del potere che esorbitano dal tradizionale circuito democratico della rappresentanza. Le Autorità amministrative indipendenti nell'esercizio degli ampi poteri regolamentari utilizzano la partecipazione al procedimento ricorrendo alle consultazioni dei destinatari delle regole¹⁶. La garanzia della partecipazione e la

14 F. Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969; F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità: la decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007; A. Police e M. Immordino, a cura di, *Principio di legalità ed amministrazione di risultati*, Atti del Convegno dal medesimo titolo (Palermo, febbraio 2003), Torino, 2004.

15 F. Benvenuti, in *La cultura della Legalità. Prima sessione della Conferenza nazionale permanente*, (Roma – luglio 1991), Roma, 1992, 131 ss.

¹⁶ R. Titomanlio, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012; P. Chirichulli, R. Miccù (a cura di), *Il modello*

garanzia del contraddittorio nei processi di normazione delle Autorità indipendenti, sottratte al modello di responsabilità di cui all'art.95 della Costituzione, danno legittimazione democratica all'esercizio di questo potere partendo dal 'basso'. Indipendenza e neutralità amministrativa delle Autorità traggono fondamento dal basso, dalla diretta relazione con la comunità. La tutela di queste due garanzie è assistita poi dal controllo giurisdizionale¹⁷.

Il principio di azionabilità generale delle situazioni soggettive della persona nei confronti dell'autorità amministrativa è garanzia irrinunciabile. Nella Costituzione repubblicana questo principio è codificato diffusamente nell'art.113 e nell'art.28. L'amministrazione si qualifica per la sua misura di garanzia. Il principio garantistico si declina sul piano giurisdizionale con la tutela differenziata che pone da un lato il diritto soggettivo, dall'altro l'interesse legittimo. Sebbene la Carta costituzionale non rechi traccia di una differente intensità di tutela, l'ordinamento positivo per lungo tempo ha riservato all'interesse legittimo una tutela sostanzialmente formale rispetto all'interesse della pubblica amministrazione, sottolineando la persistenza della cultura dell'autoritarità nel rapporto tra Stato e cittadino¹⁸. Eppure già nel codice civile del 1942 c'era quel riferimento al risarcimento del danno ingiusto che prescindeva dalla qualifica della posizione giuridica soggettiva lesa e che rappresentava la chiave per riconoscere il risarcimento del danno anche da lesione di interesse legittimo. L'evoluzione culturale è stata lenta e si è dovuto aspettare il tempo dell'Europa¹⁹, per imboccare la strada del riconoscimento della piena tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive private violate da parte della amministrazione²⁰.

Il principio di imparzialità si risolve nel divieto di favoritismi ed incide sull'esercizio delle potestà discrezionali. In tale esercizio non sono da valutare in termini preferenziali interessi politici di parte, interessi particolari di gruppi di pressione pubblici o privati, né possono essere usati favori o discriminazioni non stabiliti da norme o da legittime direttive del parlamento o del governo. A questo principio è legato il superamento della concezione dell'interesse dello Stato come primario interesse rispetto al quale quello del cittadino è interesse secondario e subordinato. L'interesse degli amministrati è, invece, essenziale per la validità dell'azione amministrativa. «Oggi l'interesse pubblico non è l'interesse dello Stato o dell'Ente pubblico, ma è l'interesse che deriva dalla fusione processuale tra l'interesse pubblico fatto valere dall'Ente pubblico e l'interesse privato fatto valere dal cittadino;

europo di regolazione, Napoli, 2011; M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, in Aa.Vv., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; M. Ramajoli, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, Relazione tenuta al Convegno su "La regolazione dei servizi di interesse economico generale", Firenze, 6 novembre 2009, sul sito www.giustamm.it.

¹⁷ A. Patroni Griffi (a cura di), *Autorità indipendenti e tutela giurisdizionale nella crisi dello Stato*, numero tematico in *Rass. di dir. pubbl. europeo*, 1-2/2015 a cui si rinvia anche per ulteriori i riferimenti bibliografici.

¹⁸ F. G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, 1990, Milano; Id, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 13 ss.; B.Sordi, *Interesse legittimo*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. II, 709 ss.

¹⁹ F. Benvenuti, *Europa e nuova amministrazione in Lo stato delle istituzioni italiane: problemi e prospettive* (atti del convegno tenutosi a Roma il 30 giugno-2 luglio 1993), Milano, 1994, 657 ss.

²⁰ A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Padova 2001; V. Fanti, *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, 2006.

questo è il nuovo interesse pubblico»²¹. La formula costituzionale che impone l'imparzialità dell'amministrazione (art. 97 cost.) ha una portata innovativa determinante in quanto sposta il centro di gravità del diritto pubblico dal diritto dello Stato al diritto dei cittadini. Sul principio di imparzialità e sul rapporto dialettico tra interesse pubblico e interesse della pubblica amministrazione si regge il sistema di riforme in materia di ordinamento degli enti locali e di procedimento amministrativo, che ha realizzato un più diretto rapporto tra collettività e organi amministrativi. Il legislatore ha poi affiancato all'imparzialità la trasparenza così da rafforzare il sistema di garanzie a protezione del cittadino dai rischi di *mala gestio* e di corruzione²².

Un'amministrazione democratica deve anche essere plurale, ovvero, legare l'aspetto funzionale al pluralismo autonomistico ed alla tensione dialettica tra ente pubblico e privati cittadini in termini di partecipazione, secondo un'accezione ampia sino a ricomprendere lo svolgimento di attività di interesse generale affidato all'autonoma iniziativa dei cittadini singoli e associati²³. Significativo in tal senso il recepimento in Costituzione del principio di sussidiarietà declinato sia seguendo il moto verticale che quello orizzontale²⁴.

Altro aspetto della partecipazione è quello legato al processo di formazione delle scelte amministrative²⁵. Vale a dire l'attività partecipativa nel procedimento amministrativo sia a carattere garantistico che a carattere collaborativo. Il primo riconducibile ad una dimensione più personale finalizzata a garantire il contraddittorio, il secondo ad una dimensione civica inteso come contributo di

21 F. Benvenuti, *L'impatto del procedimento nell'organizzazione e nell'ordinamento (quasi una conclusione autobiografica)*, in *Le Ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III (Teoria generale e miscellanea), Milano, 1995, 1723 ss.

22 Nella legge di revisione costituzionale Renzi-Boschi, sulla quale gli elettori saranno chiamati a pronunciarsi con in referendum confermativo indetto per il 4 dicembre 2016, l'art.97 Cost. viene novellato così da recepire la trasparenza come principio che si affianca al buon andamento ed all'imparzialità della pubblica amministrazione.

23 A. Poggi, *Le autonomie funzionali "tra" sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001; S. Lieto, *Il diritto di partecipazione tra autorità e libertà*, Napoli, 2011.

24 Già l'art.4 della legge 15 marzo 1997, n. 59, disponeva, infatti, che i conferimenti di funzioni agli enti locali più vicini ai cittadini devono avvenire «nell'osservanza del principio di sussidiarietà attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di compiti e di funzioni di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità». A sua volta l'art.3, co. 5 del T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, decreto legislativo 18 agosto 2000, n.267, dispone che «I comuni e le province [...] svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali». Sulla sussidiarietà orizzontale, senza pretesa di completezza si ricordano: G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, vol. I, 179; G. Berti, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in *Jus*, 2004, 171 ss.; M. Abrescia, *Il principio costituzionale di sussidiarietà*, Bologna, 2005; V. Cerulli Irelli, voce *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, agg. XII, 2004; A. D'Atena, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 603 ss.; D. D'Alessandro, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004; G. C. De Martin (a cura di), *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, Padova, 2008; G. Pastori, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005, 1749-1762; G. Lombardi - L. Antonini, *Principio di sussidiarietà e democrazia sostanziale: profili costituzionali della libertà di scelta*, in *Dir. soc.*, 2003, 155 e ss.; F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

25 M. Cocconi, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010; J. P. Ferrier, *La participation des administrés aux décisions de l'administration*, in *Rev. droit publ.*, 1974, 3, 673 ss.;

conoscenze e di idee relative ai fatti oggetto del procedimento amministrativo. Amministratori e amministrati partecipano per la cura di un interesse pubblico così da realizzare una buona amministrazione²⁶. La dimensione civica fa leva sulla partecipazione come strumento al servizio della pubblica amministrazione. La partecipazione degli interessati al procedimento può assurgere a fonte di legittimazione del potere amministrativo in considerazione del contributo che fornisce alla formazione dell'assetto e composizione degli interessi coinvolti²⁷. Lo spostamento del baricentro dal provvedimento al procedimento e con questo alla partecipazione, determina una diversa considerazione del concetto di esercizio di potestà autoritativa da parte della pubblica amministrazione, nel senso di ridimensionarlo. La stessa disciplina sul procedimento considera il provvedimento non più necessario potendosi rappresentare una definizione dell'interesse pubblico concordata²⁸.

Imparzialità e partecipazione tendono assieme ad una buona amministrazione democratica e chiamano in gioco la regola dell'agire in modo trasparente, concetto che contribuisce a dare contenuti e limiti anche alla pubblicità ed al diritto di accesso che, per essere funzionalmente indirizzati a garantire il buon funzionamento dell'amministrazione, devono esprimere correttezza e comprensibilità nell'azione amministrativa da parte del cittadino, che così partecipa in modo consapevole e attivo. Ecco che allora il cerchio si chiude tornando a garantire al cittadino il diritto-dovere alla partecipazione al procedimento che si rapporta in modo dialettico con l'amministrazione chiamata ad esercitare la potestà autoritativa, sino a poter sostituire la decisione provvedimento con l'accordo²⁹.

4. L'amministrazione pubblica si proietta oltre la dimensione autoritativa.

Il principio di legalità nell'ordinamento della Repubblica italiana serve sia a tutelare che a garantire la tenuta dei diritti fondamentali rispetto all'esercizio dei pubblici poteri; sia a garantire l'effettività dei diritti sociali, vale a dire l'impegno della Repubblica a creare le condizioni per consentire a tutti di vivere da persone

26 Il Consiglio di Stato, in funzione giurisdizionale, sez. V, sentenza n.7553 del 18 novembre 2004, afferma che «la partecipazione al procedimento amministrativo...ha dignità di principio generale dell'ordinamento, strettamente connesso con i canoni costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento» e prosegue sostenendo che tale principio «non tollera interpretazioni che ne limitino arbitrariamente l'applicazione generalizzata a tutti i procedimenti».

27 M. D'Alberti, *La visione e la voce: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 31; M. R. Spasiano, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, 283.

28 Con la novella legislativa la disciplina degli accordi sostitutivi di provvedimenti viene riportata a quella prevista dall'originario schema della Commissione Nigro. L'accordo sostitutivo di provvedimento diviene, così, strumento tendenzialmente generale di azione amministrativa. L'intervento, opportuno, non è sufficiente a promuovere efficacemente l'istituto degli accordi di cui all'art. 11, della legge 7 agosto 1990, n.241, sostanzialmente ignorato dalle amministrazioni, anche nella versione più moderata dell'accordo integrativo da riversare in un provvedimento amministrativo.

29 La partecipazione del cittadino alla vita democratica è un principio che discende direttamente dal diritto di sovranità popolare e dal diritto di cittadinanza, riaffermato dalla normativa europea. Alcune azioni dell'Unione, quali la "Carta europea dei diritti dell'uomo nella città" (2000) e l'Agenda della conferenza di Fuerteventura, "Sviluppo della cittadinanza democratica e di una leadership responsabile a livello locale" (2002), sostengono la partecipazione diretta dei cittadini e la massima trasparenza nelle comunicazioni tra pubblica amministrazione e cittadini.

libere e dignitose ed a predisporre tutto quanto necessario per fissare ed ottenere il raggiungimento del livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Impegno riconducibile a quanto dispone l'articolo 3, co. 2 della Costituzione e nel quale sono coinvolti i cittadini che hanno il dovere di contribuire alla crescita del Paese. Il depotenziamento del principio di legalità come tipicamente inteso e l'obiettivo tendenziale di avere un'amministrazione democratica, suggeriscono di tendere al superamento della contrapposizione tra autorità e libertà ponendo al centro del sistema il cittadino e rappresentando il potere come a servizio di quest'ultimo. In questa prospettiva si pone la lettura data all'impianto dei principi di imparzialità, partecipazione e trasparenza ed alla centralità assunta dal procedimento amministrativo. Tutto questo è riconducibile e può essere accolto in una idea di legalità che pone al centro la tutela della persona con una cittadinanza tridimensionale, ovvero, al contempo nazionale, europea e internazionale. Si può quindi offrire un quadro di sintesi mettendo in relazione diretta due considerazioni: «il potere pubblico esercitato al servizio del cittadino» con «dalla centralità del provvedimento alla centralità del procedimento». Il sistema delle garanzie riposa sulle basi costituzionali degli Stati, dell'Unione e della CEDU e i guardiani a tutela non possono che essere le Corti costituzionali ed il loro dialogo.

Dove rimane ancora molto lavoro da fare è sul piano della partecipazione politica e del raccordo tra istituti di democrazia rappresentativa e istituti di democrazia partecipativa. Questo perché lo scollamento tra i cittadini e il potere politico è pericolosamente avvertito non solo sul piano interno ma anche su quello europeo, nonostante l'implemento di poteri e competenze in favore dell'Unione europea. Il pericolo è tangibile e riscontrabile nel consenso crescente che in molti paesi dell'Unione raccolgono i partiti antieuropeisti. Eppure in punto di diritto il quadro sembra essere rassicurante dal momento che una delle caratteristiche principali dell'Unione europea è data dall'importanza che essa conferisce ai cittadini. Infatti, i cittadini degli Stati membri possono partecipare all'elaborazione delle norme adottate dalle istituzioni europee votando i loro deputati al Parlamento europeo. Essi sono inoltre i principali beneficiari delle politiche europee. La centralità del ruolo affidato alle donne e agli uomini degli Stati membri ha portato, nel corso del processo di integrazione europea, a riconoscere espressamente l'esistenza di una comune cittadinanza europea. La cittadinanza dell'Unione è stata istituita dal Trattato sull'Unione europea (TUE), firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993. Essa è disciplinata dagli articoli 20-25, nella seconda parte del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Il suo obiettivo consiste nel promuovere tra i cittadini degli Stati membri la partecipazione democratica al processo decisionale, una coscienza politica europea e un'identità comune. La cittadinanza dell'Unione designa un rapporto caratterizzato da diritti³⁰ e

³⁰ Lo status di cittadino dell'Unione implica i seguenti diritti: il diritto alla libera circolazione e il diritto di soggiorno nel territorio degli Stati membri; il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del PE e alle elezioni comunali nello Stato membro di residenza alle stesse condizioni previste per i cittadini di quello Stato; il diritto di beneficiare nel territorio di un paese terzo (non appartenente all'UE) della protezione diplomatica o consolare delle autorità di un altro Stato membro, qualora il suo Stato di origine non vi fosse rappresentato, nella stessa misura in cui tale protezione viene concessa ai cittadini dello Stato membro in questione; il diritto di petizione dinanzi al PE (articolo 24, co. 2, del TFUE) e il diritto di ricorrere al mediatore (articolo 24, co. 3, del TFUE) nominato dal PE per denunciare casi di cattiva amministrazione nelle attività delle istituzioni o degli organi comunitari

partecipazione politica del cittadino, tra quest'ultimo e l'Unione europea. In tal modo si intende eliminare la discrepanza tra il sempre maggiore impatto delle misure comunitarie sui cittadini dell'Unione e la dimensione quasi esclusivamente nazionale dell'attribuzione di diritti e doveri e della partecipazione al processo democratico. Il trattato di Lisbona ha introdotto una nuova forma di partecipazione pubblica per i cittadini europei: l'iniziativa dei cittadini. Questa consente a milioni di cittadini che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri d'invitare direttamente la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare un'iniziativa di loro interesse³¹.

(queste procedure sono disciplinate rispettivamente dagli articoli 227 e 228 del TFUE); il diritto di scrivere alle istituzioni o agli organi comunitari in una delle lingue degli Stati membri e di ricevere una risposta nella stessa lingua (articolo 24, co. 4, del TFUE); il diritto di accesso ai documenti del PE, del Consiglio e della Commissione a determinate condizioni (articolo 15, paragrafo 3, del TFUE).

31 Come richiesto dal Trattato, su proposta della Commissione europea, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato un regolamento che definisce le norme e le procedure che disciplinano questo nuovo strumento. Il regolamento (UE) n. 211/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, riguardante, appunto, l'iniziativa dei cittadini.