

A 150 ANNI DALL'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA ITALIANA

→ STUDI ←

a cura di

Leonardo Ferrara (Università di Firenze)

Domenico Sorace (Università di Firenze)

Comitato Scientifico

Umberto Allegretti, Antonio Brancasi, Alfredo Corpaci,

Leonardo Ferrara, Carlo Marzuoli, Domenico Sorace

(Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze)

Volumi

Vol. I – *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di Roberto Cavallo Perin, Aristide Police, Fabio Saitta

Vol. II – *La coesione politico-territoriale*, a cura di Gabriella De Giorgi Cezzi, Pier Luigi Portaluri

Vol. III – *La giuridificazione*, a cura di Barbara Marchetti, Mauro Renna

Vol. IV – *La tecnificazione*, a cura di Stefano Civitarese Matteucci, Luisa Torchia

Vol. V – *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di Maurizio Cafagno, Francesco Manganaro

Vol. VI – *Unità e pluralismo culturale*, a cura di Edoardo Chiti, Gianluca Gardini, Aldo Sandulli

Vol. VII – *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, a cura di Gian Domenico Comporti

Vol. VIII – *Cittadinanze amministrative*, a cura di Antonio Bartolini, Alessandra Pioggia

A 150 ANNI DALL'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA ITALIANA

→ STUDI ←

a cura di

Leonardo Ferrara, Domenico Sorace

Vol. VIII

Cittadinanze amministrative

a cura di

Antonio Bartolini

Alessandra Pioggia

Firenze University Press

2016

A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi / a cura di Leonardo Ferrara, Domenico Sorace ; Vol. VIII. Cittadinanze amministrative / a cura di Antonio Bartolini, Alessandra Pioggia. – Firenze : Firenze University Press, 2016. (Studi e saggi ; 164)

<http://digital.casalini.it/9788864534510>

ISBN 978-88-6453-450-3 (print)

ISBN 978-88-6453-451-0 (online PDF)

ISBN 978-88-6453-452-7 (online EPUB)

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández, Pagina Maestra snc

Hanno contribuito alla realizzazione degli studi e alla loro pubblicazione la Banca d'Italia, il Comune di Firenze, l'Ente Cassa di Risparmio di Firenze e la Regione Toscana.

Certificazione scientifica delle Opere

Tutti i volumi pubblicati sono soggetti ad un processo di referaggio esterno di cui sono responsabili il Consiglio editoriale della FUP e i Consigli scientifici delle singole collane. Le opere pubblicate nel catalogo della FUP sono valutate e approvate dal Consiglio editoriale della casa editrice. Per una descrizione più analitica del processo di referaggio si rimanda ai documenti ufficiali pubblicati sul catalogo on-line della casa editrice (www.fupress.com).

Consiglio editoriale Firenze University Press

A. Dolfi (Presidente), M. Boddi, A. Bucelli, R. Casalbuoni, M. Garzaniti, M.C. Grisolia, P. Guarnieri, R. Lanfredini, A. Lenzi, P. Lo Nostro, G. Mari, A. Mariani, P.M. Mariano, S. Marinai, R. Minuti, P. Nanni, G. Nigro, A. Perulli, M.C. Torricelli.

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>).

This book is printed on acid-free paper

CC 2016 Firenze University Press
Università degli Studi di Firenze
Firenze University Press
via Cittadella, 7, 50144 Firenze, Italy
www.fupress.com
Printed in Italy

INDICE

Le cittadinanze amministrative. Percorsi e prospettive dell'amministrazione tra diritti e doveri a 150 anni dalle leggi di unificazione amministrativa <i>Antonio Bartolini, Alessandra Pioggia</i>	9
STUDI	
PARTE PRIMA	
Equità e coesione socio economica: diritti sociali e servizi	
Cittadinanza amministrativa e previdenza sociale <i>William Chiaromonte, Stefano Giubboni</i>	57
Il diritto all'istruzione come diritto di cittadinanza <i>Enrico Carloni</i>	81
Cittadinanza amministrativa, salute e sanità <i>Melania D'Angelosante, Claudia Tubertini</i>	101
L'accesso degli stranieri ai diritti sociali <i>Cecilia Corsi</i>	133
Persona e diritti all'assistenza <i>Nicoletta Vettori</i>	159
L'evoluzione del volontariato e Terzo settore nella funzione di <i>advocacy</i> <i>Sandra Gallerini</i>	181

PARTE SECONDA

Nuovi diritti verso l'amministrazione

Il principio di proporzionalità come componente della cittadinanza amministrativa <i>Alessandra Albanese</i>	193
La trasparenza amministrativa come fattore abilitante della cittadinanza amministrativa <i>Benedetto Ponti</i>	215
Il contributo del principio di sussidiarietà alla cittadinanza <i>Fabio Giglioni</i>	235
La «piena responsabilità civile» nei confronti dell'amministrazione come diritto di cittadinanza <i>Annalisa Giusti</i>	255
L'ordine pubblico <i>Francesco Clementi, Mario Savino</i>	277
La partecipazione procedimentale <i>Marco Bombardelli</i>	295
Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa: andata e ritorno di un insolito fenomeno di eteronegesi dei fini <i>Alessandra Valastro</i>	317
La 'semplificazione amministrativa' come diritto e come strumento di cittadinanza <i>Giorgio Vercillo</i>	339
L'acquisto dello <i>status civitatis</i> nella legislazione italiana: natura della fattispecie provvedimentale e delle correlate posizioni giuridiche soggettive <i>Daniele Porena</i>	353

PARTE TERZA

Doveri

Fiscal compact: doveri dello Stato e diritti di cittadinanza al tempo
dell'equilibrio di bilancio 375

Livia Mercati

I doveri nella nuova frontiera della cittadinanza 391

Serenella Pieroni

Concetto di *status* nel diritto europeo. Doveri inespressi a fronte dei
diritti sanciti dall'Unione europea 407

Valentina Colcelli

COMMENTI

Le cittadinanze amministrative 429

Giorgio Pastori

GLI AUTORI 437

SOMMARIO GENERALE 441

LE CITTADINANZE AMMINISTRATIVE. PERCORSI E
PROSPETTIVE DELL'AMMINISTRAZIONE TRA DIRITTI E DOVERI
A 150 ANNI DALLE LEGGI DI UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA

Antonio Bartolini, Alessandra Pioggia

SOMMARIO – 1. Dalla cittadinanza alle cittadinanze amministrative: una premessa. 2. La cittadinanza amministrativa come fattore di unificazione ed integrazione degli ordinamenti giuridici. 3. La cittadinanza amministrativa nei percorsi dell'equità economico-sociale. 4. Stato e diritti sociali. 5. Amministrazione dei diritti sociali e cittadinanza amministrativa. 6. Cittadinanza amministrativa e territorio. 7. La cittadinanza amministrativa nel rapporto con la buona amministrazione. 8. Interesse legittimo e cittadinanza amministrativa. 9. La cittadinanza amministrativa dei doveri. 10. I diritti di cittadinanza amministrativa in Europa: una cittadinanza senza doveri. 11. Quale cittadino amministrativo?

1. Dalla cittadinanza alle cittadinanze amministrative: una premessa

Nell'affrontare un tema come quello oggetto del presente studio occorre porsi preliminarmente una domanda e in particolare chiedersi se abbia senso parlare oggi di cittadinanza amministrativa, specie alla luce della prospettiva della globalizzazione e dell'apparente superamento del concetto stesso di cittadinanza.

A nostro modo di vedere non sono poche le ragioni che militano a favore di uno studio che affronti il tema della cittadinanza, *melius*: delle cittadinanze amministrative.

La locuzione cittadinanza amministrativa è entrata solo di recente nel gergo dei giuristi e tende ad indicare la «capacità di diritto pubblico», cioè lo *status* del soggetto legittimato ad essere titolare di diritti ed obblighi di carattere amministrativo (Cavallo Perin, 2004), o in senso più assiologico, «il modo con cui una determinata società ha impostato e risolto il problema fondamentale del rapporto fra l'individuo e quell'ordine politico di cui l'amministrazione è una delle componenti principali» (Arena, 2010).

La cittadinanza amministrativa integra e supera lo *status* (generale) di cittadinanza, quest'ultimo da intendersi come l'insieme dei diritti e doveri riconosciuti dallo Stato ai propri cittadini. In questo ambito è stato correttamente evidenziato che mentre la “cittadinanza” sottintende un rapporto di appartenenza politica dell'individuo al popolo sovrano, invece, la “cittadinanza amministrativa” prescinde da questo rapporto: si può, infatti, intendere quest'ultima come la «appartenenza ad una comunità diversa da quella sovrana, con legitti-

mazione a posizioni soggettive che non dipendono dallo status di cittadino-sovrano» (Cavallo Perin, 2004). Ma non si tratta di una appartenenza che identifica una persona come elemento costitutivo di una collettività definita: più che un 'appartenere' quello che si incontra nella cittadinanza amministrativa è, infatti, un 'far parte', in cui il 'fare' indica la relazione che è innanzi tutto con il sistema amministrativo, e che, attraverso di esso, intesse legami con la comunità che questo ha come riferimento.

Questa differenza ponderale tra le due cittadinanze porta a ritenere che la cittadinanza amministrativa (almeno da un punto di vista storico) preesista alla cittadinanza politica: nel senso che la prima si riferisce più in generale alle persone, agli individui, mentre la seconda solo a quei cittadini cui è riconosciuta la pienezza dei 'diritti civili e politici'. Nell'800 tutti i cittadini godevano della cittadinanza amministrativa, mentre di quella politica era portatrice solo la borghesia: ecco perché la cittadinanza amministrativa precede e preesiste a quella politica.

È chiaro che con l'avvento del suffragio universale la distinzione, sotto questo profilo, tende a stemperarsi: ma oggi ci sono altre ragioni che militano a favore del mantenimento della locuzione che in questa sede ci occupa.

Innanzitutto, l'avvento del diritto europeo, che riconosce situazioni giuridiche soggettive di carattere amministrativo e non politico: il cittadino francese, quello belga, il rumeno ecc. possono, infatti, esercitare i propri diritti di cittadinanza amministrativa anche in ordinamenti diversi da quello di cui sono politicamente cittadini ed in cui esercitano il diritto di voto (v. V. Colcelli, *Concetto di status nel diritto europeo. Doveri inespressi a fronte dei diritti sanciti nel diritto dell'Unione Europea*, in questo volume), mentre i diritti connessi alla possibilità di eleggere i propri rappresentanti nel parlamento europeo e partecipare alle elezioni amministrative, riconosciuti anche a cittadini comunitari che risiedono in un paese diverso da quello di origine, si configurano come diritti politici 'deboli' e sicuramente non pieni. Questo conferma l'impossibilità nel momento attuale di dare corpo ad una cittadinanza politica europea, mentre lo *status* di cittadino amministrativo è già una dimensione della quale occorre tenere pienamente conto, dal momento che si coagula in situazioni giuridiche soggettive, di carattere essenzialmente amministrativo, riconosciute direttamente dall'ordinamento comunitario (in forza del principio di *primauté*) e che possono essere fatte valere di fronte ai giudici nazionali contro le autorità nazionali.

Ma le ragioni che suggeriscono di fare i conti con una idea di cittadinanza amministrativa sono anche altre e, in particolare, quelle che spingono ad interrogarsi sul futuro dei diritti che trovano nel rapporto con l'amministrazione lo strumento per la loro soddisfazione.

Nella fase attuale emergono prepotentemente tre consistenti e, per molti versi, drammatiche tensioni: la crisi economica, le pressioni migratorie dai Paesi più

poveri o in guerra, e la sempre più fragile tenuta dell'unità europea. Si tratta di fenomeni che interagiscono fra di loro, aggravando l'uno le conseguenze dell'altro.

Se la tensione degli ordinamenti va sempre più nella direzione di estendere le situazioni giuridiche soggettive di natura amministrativa, anche agli stranieri (extracomunitari) muniti di permesso di soggiorno, riconoscendo il nucleo essenziale di molti diritti fondamentali a tutti coloro che sono presenti nel territorio nazionale anche indipendentemente da un legale titolo di permanenza, la crisi economica rende sempre più fragili anche i diritti dei cittadini politici, intaccandone pesantemente l'effettività. Contemporaneamente il mantenimento della stabilità e dell'unità monetaria europea richiede sacrifici economici che, per gli Stati in maggiori difficoltà, si traducono, non di rado, nel sacrificio di quei diritti dei quali le condizioni economiche rendono più urgente la soddisfazione a carico della sfera pubblica.

Mentre scriviamo queste pagine i giornali riportano la notizia degli scontri fra la polizia e i migranti ammassati oramai in quasi settemila nell'isola di Kos. Il governo greco dichiara di non avere risorse per gestire l'emergenza umanitaria creata dall'immigrazione e chiede aiuto a quella stessa Europa con la quale sta negoziando nuove misure di austerità. Un cortocircuito evidente, che investe in pieno i fondamenti stessi della cittadinanza amministrativa.

Se da un lato è evidentemente in crisi il modello classico della cittadinanza politica (v. D. Porena, *L'acquisto dello status civitatis nella legislazione italiana. Natura della fattispecie provvedimentale e delle correlate posizioni giuridiche soggettive*, in questo volume), nel senso che l'essere cittadino di un dato ordinamento non è più il solo 'viatico' necessario per essere titolare dei diritti nei confronti del potere che detiene la sovranità, anche le nuove forme di cittadinanza post-moderne non appaiono sufficientemente definite. Le condizioni storiche ci mettono oggi più che mai di fronte all'esigenza di affiancare all'idea dell'appartenenza quella del 'far parte', ponendo l'accento non tanto sugli aspetti dell'identità e dell'unità, ma piuttosto sul sistema di relazioni con l'amministrazione e con la comunità.

Ripensare alla cittadinanza amministrativa appare allora necessario.

2. La cittadinanza amministrativa come fattore di unificazione ed integrazione degli ordinamenti giuridici

La formula cittadinanza amministrativa risulta essere un vero e proprio punto di snodo dei processi di unificazione giuridica: fattore centrale sia per l' 'unificazione italiana' che per il processo di integrazione europeo.

Difatti non si può avere unità di un ordinamento, senza un *idem sentire* che ruoti intorno al carattere identitario dato dalla comune 'cittadinanza'.

Come noto, una volta che nel 1861 si arrivò all'unificazione del nascente stato italiano, si pose imperiosamente la problematica, riassunta nella nota affermazione attribuita a Massimo d'Azeglio «fatta l'Italia bisogna fare gli italiani».

La matrice identitaria, difatti, non poteva basarsi sull'elemento dell'unificazione territoriale, dovendosi, invece, procedere a formare, a creare, un popolo, una nazione.

Lo strumento giuridico impiegato per questo obiettivo fu quello della cittadinanza, così come elaborata da Pasquale Stanislao Mancini. Quest'ultimo nella sua nota prolusione del 1851, collegò la cittadinanza alla nazionalità, vista, quest'ultima, come fattore determinante per l'unità nazionale. Cittadinanza e nazionalità, infatti, secondo l'idea manciniana dovevano essere intimamente collegate, sicché i diritti e doveri di cittadinanza devono essere attribuiti sulla base della nazionalità (c.d. *ius sanguinis*). Idea che tra l'altro è posta ancora a fondamento dell'acquisto della cittadinanza alla luce dell'ordinamento vigente (v. D. Porena, *L'acquisto dello status civitatis nella legislazione italiana. Natura della fattispecie provvedimentoale e delle correlate posizioni giuridiche soggettive*, in questo volume).

L'idea di nazione e di cittadinanza, peraltro, sempre secondo Mancini, richiede la presenza di un elemento psicologico/culturale, ovvero quello dato dalla necessità di una presa di coscienza da parte dei cittadini di essere una nazione: un cittadino difatti, non si riconosce come tale se non quando si sente parte di un popolo, di una nazione.

L'obiettivo nazionalistico venne perseguito, da un punto di vista tecnico giuridico, attraverso il potere dello Stato unitario di attribuire lo *status* di cittadino *iure sanguinis*. All'attribuzione di questo *status* segue l'attribuzione di diritti e doveri, con conseguente sottoposizione del cittadino all'autorità dello Stato.

Nell'idea di cittadinanza-nazione le situazioni soggettive chiave sono l'obbligo scolastico e la sottoposizione alla leva militare: trattasi, infatti, di obblighi diretti a promuovere quella coscienza di nazione che al momento dell'unità ancora mancava in larghi strati della popolazione. Non a caso, l'impegno più importante, dal punto di vista amministrativo, del nuovo stato unitario, nei primi quattro anni dopo l'unità d'Italia, riguardò il settore scolastico e quello militare: «ingenti furono gli sforzi per l'alfabetizzazione della popolazione (scuola elementare) e per dotare lo Stato di un esercito e di una marina» (Cassese, 2011: 23).

Questi doveri, infatti, avevano finalità nazionalistiche: con la scuola dell'obbligo – stante un tasso di analfabetismo oscillante tra il 70% e l'80% della popolazione sopra i 5 anni – si voleva dare un livello d'istruzione minima volta all'abbandono dei dialetti in favore della lingua italiana: al momento dell'unificazione vi era «una molteplicità di popoli e di territori; [...] pochissimi abitanti della Penisola, il 2,5%, parlavano italiano e si stima che intorno al 10 per cento

potessero capirlo; il livello di alfabetizzazione era diversissimo da zona a zona e in particolare tra Nord e province napoletane» (Cassese, 2011: 52).

Parimenti il lungo periodo di ferma militare (3 anni), imposto subito dopo l'unificazione, oltre a creare un contrappeso al movimento risorgimentale formatosi su base volontaria dalle camicie rosse garibaldine, aveva la funzione di estendere alla nascente gioventù italiana lo spirito e l'amor di patria. A ciò si aggiungeva, naturalmente, il contributo alla creazione della coscienza nazionale grazie all'uso della lingua italiana da parte degli ufficiali nei confronti della truppa.

Scarsi ed esigui, invece, i diritti politici di cittadinanza: dal punto di vista politico, l'elettorato era su base censitaria e, quindi, riconosciuto alla sola classe borghese, egemone (oltre che alla penta aristocrazia).

Ma scarsi erano anche i diritti civili di carattere amministrativo: come ebbe a notare Feliciano Benvenuti (1969), in occasione della celebrazione del centenario delle leggi di unificazione amministrativa, dominava un'idea del diritto amministrativo legata al rapporto autorità-libertà, con prevalenza della prima sulla seconda, ed in cui gli unici diritti erano quelli partecipativi, affermati, più nella forma che nella sostanza, dall'articolo 3 della legge abolitrice del contenzioso.

Per il resto vi erano semplici interessi, che si giuridicizzarono solamente dopo la nota prolusione bergamasca di Silvio Spaventa (1880) con l'istituzione della IV sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato (1889) che consentì di attribuire al 'cittadino amministrativo' la facoltà d'invocare l'interesse legittimo, anche se come mera situazione processuale diretta ad ottenere l'annullamento degli atti amministrativi.

Più che ad un cittadino, ci trovavamo di fronte ad un suddito gravato di doveri piuttosto che di diritti.

Il passaggio ad una vera cittadinanza fatta di diritti, oltre che di doveri, si avrà con una lenta evoluzione che si concluderà, tra alti e bassi (invero più bassi che alti), con la Costituzione repubblicana del 1948.

I diritti costituzionali prenderanno forma concreta a partire dagli anni Sessanta con uno sviluppo sempre più tumultuoso.

A partire dagli anni Ottanta del Novecento la parabola dei diritti incontra però la sua fase discendente, non tanto in termini di riconoscimento, quanto sotto il profilo dell'effettività. Ad essere messa in discussione è la dimensione della sfera pubblica e la spesa che il suo mantenimento comporta. Mentre le teorie dei diritti si consolidano, anche grazie all'implementazione della Convenzione EDU e poi all'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE contenuta nel Trattato di Lisbona, la loro soddisfazione entra progressivamente in crisi e ai pericoli di un inaccettabile sacrificio degli elementi costitutivi del diritto si risponde con l'argomento del 'nucleo incompressibile', una soglia al di sotto

della quale la mancanza di una corrispondente prestazione si traduce in violazione della Costituzione.

Accanto a questo, nella prospettiva costituzionale e transnazionale vi è indubbiamente un superamento del concetto di cittadinanza nazionale, dal momento che, da un lato, i diritti di libertà negativa sono riconosciuti alla persona in quanto tale, e non soltanto al cittadino, e, dall'altro, anche molti diritti sociali vengono progressivamente riconosciuti, dal diritto positivo, agli stranieri (v. C. Corsi, *L'accesso degli stranieri ai diritti sociali*, in questo volume). Entra così in crisi la stessa nozione di cittadinanza come criterio di attribuzione di diritti diversi da quelli politici; gli altri diritti tendono piuttosto ad essere assegnati in base ad un rapporto con il territorio che non è di appartenenza, ma come si vedrà oltre di 'presenza' o di 'collegamento' (Savino, 2012).

Si assiste ad un passaggio dalla 'cittadinanza' ai 'diritti di cittadinanza': «la cittadinanza cambia natura e si presenta come l'insieme dei diritti che costituiscono il patrimonio di ogni persona, quale sia il luogo del mondo in cui si trova» (Rodotà, 2012: 4).

La cittadinanza si apre così a modelli plurali e differenziati e prende piede «l'idea di una multicittadinanza, o meglio, di una cittadinanza a dimensioni pluri-me», dove «a ciascun individuo potranno essere riconosciuti tanti livelli diversi di cittadinanza, a seconda del tipo di comunità cui fanno capo i singoli diritti di cui è riconosciuto titolare o i singoli doveri il cui adempimento gli è richiesto» (Grosso, 1998: 141).

Nascono così gli statuti differenziati: dal cittadino italiano a quello europeo, per passare al cittadino extracomunitario, o a statuti particolari come quelli del lavoratore, del familiare ecc. (v. V. Colcelli, *Concetto di status nel diritto europeo. Doveri inespressi a fronte dei diritti sanciti nel diritto dell'Unione Europea* e C. Corsi, *L'accesso degli stranieri ai diritti sociali*, in questo volume).

La frantumazione del concetto di cittadinanza offre spazio anche alle c.d. aperture laterali, e, quindi, a nuove forme orizzontali di cittadinanza: il termine cittadinanza viene così «ghermito da una tendenza aggettivante senza precedenti: oltre che di cittadinanza politica, si parla assai più spesso di cittadinanza sociale, amministrativa, globale, locale, attiva, scientifica, ambientale, sanitaria, ecc.» (v. A. Valastro, *Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa: andata e ritorno di un insolito fenomeno di eteronegesi dei fini*, in questo volume).

Forme di cittadinanza che tra l'altro si sono ipostatizzate in centri di interessi diversi dall'individuo, quali le associazioni portatrici d'interessi diffusi. Si pensi alle dimensioni che ha assunto il volontariato, come centro motore del dovere costituzionale inderogabile di solidarietà sociale (v. S. Gallerini, *L'evoluzione del volontariato e Terzo settore nella funzione di advocacy*, in questo volume). Ma anche alle associazioni ambientaliste o a quelle sorte in difesa dei consumato-

ri, come anche ai vari Tribunali del malato che si sono diffusi sul territorio nazionale: tutte portatrici dei vari diritti di cittadinanza che mano a mano vengono riconosciuti non solo dal diritto positivo ma a anche dalla giurisprudenza.

Il dato comune a questo processo di frantumazione verso le cittadinanze è quello dell'affermazione del «diritto ad avere diritti» (Rodotà, 2012: *passim*), che tuttavia può comportare, come di recente evidenziato, il rischio di uno svilimento dei doveri di cittadinanza della funzione dei quali si va perdendo la percezione, in una sorta di oblio della memoria. Luciano Violante (2014: *passim*) ha ricordato di recente come accanto al «diritto di avere diritti», c'è anche «un dovere di averli doveri», pena la deriva individualista a scapito del dovere di solidarietà e di responsabilità cui tutti siamo tenuti: difatti, i doveri specificano il senso complessivo della cittadinanza, come obbligo politico e come rete di rapporti civici.

Tra l'altro, la minore attenzione ai doveri nasconde, non di rado, un aumento degli oneri inespressi e il sacrificio (di fatto) di diritti formalmente riconosciuti. Si pensi all'esempio di diritti, come quello al rispetto dei tempi di attesa per il godimento di prestazioni sanitarie, che vengono formalmente rispettati imponendo tuttavia oneri inespressi, come quello di doversi recare in luoghi molto lontani (a proprie spese), che in alcuni casi rendono ineffettivo il diritto o comunque impongono pesi economici non da tutti sostenibili.

Ma sui doveri si avrà modo di tornare più avanti.

Quello che, invece, preme per ora mettere in evidenza è che 'età dei diritti' porta con sé un nuovo modello di unificazione giuridica.

La funzione unificante dei doveri ottocenteschi si è ormai esaurita: la popolazione italiana ha un grado di alfabetizzazione pari al 98% e l'obbligo della leva militare non esiste più.

Oggi, infatti, l'unificazione, meglio l'integrazione giuridica e sociale avviene mediante diritti, e soprattutto tramite la valorizzazione del principio di eguaglianza, della parità di genere, e del divieto di discriminazione.

È significativo in questo senso quanto accaduto negli Stati Uniti, dove, tramite una serie di fondamentali sentenze della Corte Suprema fondate sul principio di non discriminazione, sono state superate le odiose limitazioni razziali e poi quelle legate alla differenza di genere: consentendo, quindi, una integrazione mediante diritti.

In Europa il medesimo fenomeno è, invece, più marcato nell'ottica dell'integrazione tra ordinamenti giuridici. Difatti, l'ordinamento comunitario si avvale dell'«integrazione mediante diritti» per dare *enforcement* alla propria debole unità giuridica. Come è stato acutamente messo in evidenza, l'UE non potendo avvalersi dell'uso della forza, non avendo una potestà coercitiva diretta nei confronti degli Stati, impiega i cittadini (e non solo) come una sorta di corpo di polizia dell'UE: «unofficial police force to boost Commission manpower» (Harlow, 1996:

199). Difatti, la possibilità da parte degli individui di poter invocare di fronte alle Corti nazionali diritti da far valere nei confronti degli Stati e delle autorità amministrative, impone agli ordinamenti nazionali di adeguarsi alla primazia del diritto europeo. Con l'affermazione della disapplicabilità delle fonti interne contrastanti con il diritto europeo, con la c.d. interpretazione conforme e con il principio di responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario, il diritto europeo introduce misure a tutela sia dei diritti, sia dell'unità dell'ordinamento europeo, incoraggiando così «l'*enforcement* del diritto e della giurisprudenza comunitaria nei singoli ordinamenti» (v. A. Giusti, *La «piena responsabilità civile» nei confronti dell'amministrazione come diritto di cittadinanza*, in questo volume). In definitiva, il riconoscimento di tali diritti da parte della Corte di Giustizia e delle Corti nazionali impone agli Stati un adeguamento dei propri ordinamenti alle regole uniformi europee, perseguendo in tal modo l'integrazione tra ordinamenti, in modo da renderli, se non uniti, perlomeno, omogenei.

E i medesimi effetti sono prodotti dal sistema CEDU nei confronti degli ordinamenti nazionali che non si uniformano ai diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione EDU.

Emerge, pertanto, un nuovo concetto di cittadinanza in funzione dell'unità e dell'integrazione tra ordinamenti, non basato più sui doveri, ma sui diritti.

Scopo delle prossime pagine è proprio quello di esaminare come la cittadinanza amministrativa contribuisca a questo nuovo processo di integrazione (sociale e tra ordinamenti).

Perché il vero problema posto dalla post-modernità non è più quello di fare gli italiani, ma quello di dare risposte alle esigenze di integrazione di carattere endogeno (superamento dello squilibrio nord/sud e coesione sociale) e di carattere esogeno (integrazione europea e fenomeno dell'immigrazione di massa).

E l'unica strada percorribile appare, con tutta una serie di problemi, quella dell'integrazione mediante diritti di cittadinanza, inclusa quella che a noi pare la più importante, ovvero quella amministrativa.

3. La cittadinanza amministrativa nei percorsi dell'equità economico-sociale

Nel progressivo e sempre mutevole scomporsi e ricomporsi della cittadinanza amministrativa un ruolo chiave è ricoperto dal sistema di rapporti con l'amministrazione deputata all'organizzazione e alla fornitura di servizi che soddisfano diritti sociali. Attraverso tale sistema gli individui sono messi in grado di realizzare i propri diritti e di sviluppare la propria personalità, secondo un disegno che trova il proprio fondamento nell'affermazione della centralità della persona e nell'impegno della Repubblica alla rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono la piena realizzazione di ciascuno.

Nel disegno costituzionale lo sviluppo individuale è indissolubilmente legato alla partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, partecipazione che solo tale sviluppo è in grado di consentire pienamente.

Nella connessione fra questi due elementi si coglie con particolare nettezza il senso di quell'approccio, prima suggerito, in cui l'idea di appartenenza, *proprium* della cittadinanza politica, nella cittadinanza amministrativa si traduce in un 'far parte' che è anche un 'poter fare': poter studiare, curarsi, lavorare, vivere dignitosamente.

In questo modo ciascuno, mentre realizza se stesso, contribuisce attraverso il proprio apporto (lavorativo, partecipativo, volontario ecc.) alla vita della comunità attraverso un 'fare' che dà progressivamente corpo e sostanza a quel 'far parte'.

Sotto questo profilo il riferimento che l'articolo 3 fa all'organizzazione «politica, economica e sociale», alla quale il pieno sviluppo della persona umana consente di partecipare, si congiunge perfettamente con il richiamo ai doveri di solidarietà anche qui «politica, economica e sociale» dei quali la Repubblica richiede l'adempimento in chiusura dell'articolo 2. Alla inviolabilità degli uni si lega l'inderogabilità degli altri (Bascherini, 2014; Grosso, 2010: 229 sgg.) in una indissolubile connessione che è posta a fondamento dell'impianto costituzionale e che coerentemente ne rappresenta un limite alla revisione.

In tale legame si coglie anche il senso di una cittadinanza amministrativa che è relazione, prima con l'amministrazione che rende concreti i diritti e libera dai bisogni e, poi, con la comunità tutta, alla vita della quale si è posti in grado di partecipare e di contribuire pienamente.

Il riferimento che la Costituzione in diversi suoi articoli, a partire da quello in cui si sancisce il principio di eguaglianza, fa ai 'cittadini', se inteso come relativo alla cittadinanza amministrativa interpretata in questo senso, può e probabilmente deve essere oggi capovolto: sono i diritti che fanno i cittadini e non i cittadini che soli possono godere dei diritti. Assicurando i diritti fondamentali per il tramite dell'amministrazione e della sua azione di servizio, lo Stato consente a ciascuno di partecipare e così di sostenere la vita della collettività amministrata, divenendone cittadino amministrativo. Si rompe il legame con l'appartenenza che caratterizza la cittadinanza politica e si dischiude in tutta la sua potenzialità l'idea dell'arricchimento sociale attraverso la liberazione individuale della persona in quanto tale. Esempio in questa prospettiva la sentenza con la quale di recente la Corte costituzionale ha toccato il rapporto fra cittadinanza e partecipazione alla vita della collettività, sostenendo che il legislatore non può discriminare lo straniero 'in regola' stabilendo per esso particolari limitazioni nell'esercizio dei doveri costituzionali di solidarietà¹.

In questa prospettiva l'analisi del modo in cui la tutela dei diritti sociali si è affermata, consolidata ed evoluta nel nostro sistema, rappresenta un punto di

osservazione fondamentale per apprezzare le trasformazioni dell'amministrazione e del modo in cui, attraverso la relazione con essa e i legami che a partire da ciò si attivano con la collettività, si sono andati delineando alcuni tratti dell'attuale e della futura cittadinanza amministrativa.

Nel percorrere questo itinerario si farà prevalente riferimento agli studi di coloro che, con impegno e dedizione, hanno contribuito all'approfondimento del tema delle cittadinanze amministrative affrontando le diverse sfaccettature di tale complessa tematica. La lettura combinata dei loro lavori (tutti pubblicati in questo volume) consente di apprezzare appieno il dispiegarsi della parabola dei diritti sociali lungo un percorso che, mentre mette sempre più al centro del sistema la persona con le sue specificità e i suoi bisogni e ne trae le conseguenze anche in termini di doverosità dell'amministrazione, si scontra con il depauperamento dell'effettività dei diritti che deriva dalle crescenti difficoltà che quella stessa amministrazione incontra nel farvi fronte.

4. *Stato e diritti sociali*

Lo Stato italiano subisce una profonda trasformazione a partire dalla fine degli anni Sessanta: i diritti sociali sanciti in Costituzione cominciano a trovare spazio in una legislazione che fino a quel momento non era andata oltre un approccio disorganico e residuale in materia di diritti a prestazione. Possiamo dire che è soltanto a partire da quegli anni che si delinea pienamente la nuova forma di Stato sociale di diritto prodotto della stagione costituente apertasi nel secondo dopoguerra.

Se il quadro che si trovavano di fronte gli studiosi che celebrarono con i loro scritti il centenario delle leggi di unificazione amministrativa era ancora fortemente caratterizzato dalle esigenze della unificazione nazionale, quello che si apre successivamente è uno scenario diverso, in cui prendono corpo i bisogni legati ad una realtà unificata nelle istituzioni, ma ancora sperequata nei diritti.

Mentre si vanno delineando modalità di intervento pubblico che non erano nemmeno prospettabili nei decenni precedenti (Assistenza sociale, su cui v. N. Vettori, *Persona e diritti all'assistenza*, in questo volume), altre si trasformano radicalmente (Sanità, su cui v. M. D'Angelosante, C. Tubertini, *Cittadinanza amministrativa, salute e sanità*, in questo volume) e si compiono passi significativi nella direzione dell'espansione (Previdenza, su cui v. W. Chiaromonte, S. Giubboni, *Cittadinanza amministrativa e previdenza sociale*, in questo volume) e della uniformazione dei diritti di prestazione (Istruzione, su cui v. E. Carloni, *Il diritto all'istruzione come diritto di cittadinanza*, in questo volume). L'azione statale viene finalmente percepita come motore di una eguaglianza sostanziale che non può prescindere da un diretto impegno della sfera pubblica e dalla

presenza di consistenti strutture amministrative. Nell'articolo 3, comma 2 della Costituzione si legge da ora in poi il «nesso indissolubile tra Stato di diritto e Stato sociale, nel senso che solo l'intervento nell'economia da parte degli organi pubblici può realizzare lo Stato di diritto in senso sostanziale, come sintesi di libertà e di eguaglianza» (Mengoni, 1963: 159).

I successivi anni Settanta rappresentano un momento chiave dell'evoluzione dello Stato sociale italiano: il trasferimento di molte funzioni amministrative alle Regioni è l'occasione per dare forma e compattezza a compiti di servizio prima disarticolati (ad esempio assistenza sociale, su cui v. N. Vettori, *Persona e diritti all'assistenza*, in questo volume) e si consolida la dimensione universalistica della gran parte delle prestazioni a tutela dei diritti sociali. Ma quegli stessi anni segnano anche il punto di vertice di una parabola espansiva che, nel sottovalutare drammaticamente gli aspetti della sostenibilità economico-fiscale dei sistemi che si venivano realizzando (v. W. Chiaromonte, S. Giubboni, *Cittadinanza amministrativa e previdenza sociale* e M. D'Angelosante, C. Tubertini, *Cittadinanza amministrativa, salute e sanità*, in questo volume), dà avvio alla lunga fase delle riforme organizzative che ancora oggi sembra esserne il tratto caratterizzante.

È a partire dagli anni Ottanta che si avvia in Italia la dialettica fra diritti sociali e condizionamento economico organizzativo dei servizi che ne realizzano la soddisfazione. Mentre, anche a seguito dell'ondata neolibera di quegli anni, iniziano i processi di revisione della spesa e di ridimensionamento dell'amministrazione, il discorso sui diritti sociali si spezza in due: da un lato c'è l'argomento del nucleo incompressibile che identifica un'area sottratta alle scelte della politica, dall'altro, c'è per l'appunto la dimensione tutta politica della decisione sulla configurazione di una tutela, che si qualifichi come piena realizzazione e non semplicemente come non violazione.

Con gli anni Novanta e l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht il Paese è posto di fronte al vincolo esterno europeo e le politiche interne iniziano a risentire di decisioni assunte in sede sovranazionale. La dimensione della scelta politica sui diritti diminuisce progressivamente e insieme al nuovo secolo si apre una stagione di radicalizzazione del condizionamento finanziario dei diritti. Con il *Fiscal compact* e la riforma dell'articolo 81 della Costituzione gli equilibri appaiono profondamente mutati (v. L. Mercati, *Fiscal compact: doveri dello Stato e diritti di cittadinanza al tempo dell'equilibrio di bilancio*, in questo volume). Si configura quello che è stato definito il diritto della crisi: un diritto che si occupa sempre meno di diritti, assorbito piuttosto da contingenti esercizi di bilanciamento tra bisogni sociali e risorse finanziarie disponibili (Giubboni, Pioggia, 2015: 303).

Anche a ragione di ciò, chi cercasse una *ratio* unica e coerente nelle riforme che in quest'ultimo ventennio hanno coinvolto l'assetto del *welfare* italiano

resterebbe deluso. Se appare chiara e reiterata la finalità di contenimento e stabilizzazione della spesa, non c'è traccia di una autentica revisione dell'impianto del nostro sistema di *welfare*, né in termini di correzione dei suoi principali squilibri distributivi interni, né in una prospettiva di investimento sociale, in linea con la terza 'ondata' di trasformazione del *welfare* identificata nelle analisi più recenti (Hemerijck, 2013: 118 sgg.; ma anche W. Chiaromonte, S. Giubboni, *Cittadinanza amministrativa e previdenza sociale*, in questo volume).

Si delinea piuttosto un impianto ibrido in cui «si stratificano [...] livelli e itinerari diversi e talvolta dissonanti» (Giubboni, Pioggia, 2015: 306).

Ad uno sguardo contemporaneo i diritti sociali che danno corpo a diversi livelli di cittadinanza amministrativa appaiono oggi al centro di tensioni diverse e di segno opposto.

La più evidente è senz'altro quella che radicalizza il contrasto fra diritti costosi e riduzione della spesa pubblica: soggetti alla discrezionalità di un legislatore guidato da una politica non più preoccupata di realizzare un progetto di trasformazione economico-sociale, ma occupata a raggiungere obiettivi macroeconomici e di bilancio asimmetricamente fissati a livello europeo, i diritti sociali rischiano di essere 'sfigurati' da strumento di emancipazione a contingente leva di riequilibrio economico-monetario (Bilancia, 2014: 35).

Al tempo stesso il fondamento costituzionale dei diritti, che è anche fondarsi del disegno costituzionale su di essi, è andato consolidando una lettura ricca del loro contenuto e della loro articolazione avviando una trasformazione del volto dell'amministrazione che eroga i servizi necessari a garantirli e progressivamente mutando il rapporto fra di essa e coloro che hanno diritto di godere delle prestazioni che fornisce.

5. Amministrazione dei diritti sociali e cittadinanza amministrativa

I diritti sociali sono stati inizialmente subordinati all'esistenza e poi a lungo modellati dalla conformazione dell'amministrazione deputata a soddisfarli. A ciò è corrisposta in una primissima fase una lettura 'debole' del dettato costituzionale in materia, nel senso, come è noto, della programmaticità delle relative norme, ritenute insuscettibili di consentire l'autonoma costituzione di pretese direttamente garantite ai singoli. Successivamente si è giunti alla qualificazione come interessi legittimi della quasi totalità delle situazioni soggettive di pretesa nei confronti dell'amministrazione che eroga i servizi necessari a garantire la soddisfazione dei diritti sociali. Ciò appariva del tutto coerente con l'idea di un rapporto dell'individuo con il potere, innanzi tutto organizzativo, dell'amministrazione, anche nella relazione in cui quest'ultima fornisce una prestazione di servizio.

Da un punto di vista concettuale si afferma e si consolida l'idea della 'precedenza' dell'amministrazione rispetto ai diritti, anche costituzionali, idea che dà corpo ad un cittadino 'amministrato' prima ancora che ad un cittadino amministrativo. Non che manchino da parte dell'amministrazione doveri di erogazione dei servizi che soddisfano diritti fondamentali, come segnalano già diversi commentatori del centenario delle leggi di unificazione, ma si tratta di doveri che discendono dalle leggi che disciplinano il funzionamento e l'organizzazione dell'amministrazione e che, nel definire tali aspetti, indirettamente e subordinatamente a ciò, conformano le pretese dei cittadini che si confronteranno con essa.

A lungo nella visione della dottrina e della giurisprudenza amministrative la legge continua a fare ombra al dettato costituzionale e prevale un atteggiamento 'continuista', che ridimensiona, fino addirittura a sminuirla, la portata rivoluzionaria della Costituzione, continuando a proporre il paradigma statualistico della dimensione soggettiva dell'amministrazione come potere, nonostante questo sia ampiamente contraddetto proprio dalla carta fondamentale (Allegretti, 1991; Bartole, 2004). Se è Zanobini ad affermare nel suo manuale del 1959 che la Costituzione «nel diritto amministrativo ha una importanza soltanto remota», Vittorio Emanuele Orlando rintraccia nelle norme che riconoscono i diritti sociali addirittura una potenziale minaccia per la stabilità dell'ordinamento giuridico (Fioravanti, 2003: 17). Lo stesso Giannini nella sua voce *Atto amministrativo* del 1959 liquida come «inaccettabile la tesi secondo cui la garanzia costituzionale dei diritti di libertà segnerebbe il limite all'azione amministrativa».

Se i diritti di libertà non costituivano limiti (v. F. Clementi, M. Savino, *L'ordine pubblico*, in questo volume), a maggior ragione i diritti sociali non potevano configurare pretese direttamente azionabili nei confronti dell'amministrazione. La dimensione politica e quella amministrativa della cittadinanza risultano quindi ampiamente sovrapposte, identificandosi entrambe nell'appartenenza-soggezione ad un ordinamento giuridico statale.

A partire dalla fine degli anni Settanta, anche grazie al dialogo diretto instaurato fra giudici ordinari e Costituzione (Pioggia, 2012), i diritti sociali che trovano in essa fondamento iniziano a ricevere un riconoscimento e una piena tutela anche nei confronti dell'amministrazione. Ma si tratta di un processo che passa per la sottrazione alla giurisdizione amministrativa della cognizione sui diritti costituzionali fondamentali attraverso l'affermazione dell'assenza di un potere amministrativo idoneo a conformarli. Alla presenza del diritto si fa corrispondere la mancanza del potere, oscurando la dimensione doverosa di quest'ultimo anche quando si esprime in scelte organizzative attinenti le modalità di erogazione dei servizi che a quei diritti dovrebbero dare soddisfazione e, quindi, effettività e concretezza. Per questo, in corrispondenza dell'affermazione giurisdizionale di veri e propri obblighi dell'amministrazione a fronte di diritti

costituzionali, non c'è alcuna profonda revisione del ruolo dell'amministrazione, né prende corpo sostanziale una cittadinanza amministrativa dei diritti fondata sulla Costituzione, per la quale occorrerà attendere tempi molto più recenti.

La dottrina che ancora la funzione e i caratteri dell'amministrazione alla realizzazione del progetto di società iscritto nella nostra carta fondamentale resta a lungo minoritaria (Bachelet, 1992; Allegretti, 1991) ed è solo con l'avvio dell'ultimo decennio del secolo scorso che inizia un ripensamento più organico dei caratteri dell'amministrazione pubblica attraverso il capovolgimento del paradigma precedente: non è più il modo di essere dell'amministrazione che definisce i diritti, ma sono le esigenze di soddisfazione di questi ultimi che disegnano i doveri della prima e conseguentemente incidono sui requisiti del suo modo di essere organizzativo. Nel 1991 Allegretti raccoglie in un significativo volume i suoi scritti su amministrazione e Costituzione. Ne emerge con chiarezza la possibilità, non ancora concretizzata nell'ordinamento, di una nuova amministrazione, i cui tratti delineano una rivoluzione concettuale capace di trasformare non solo il ruolo degli apparati amministrativi, ma la stessa società per il tramite di una nuova cittadinanza dei diritti. In quegli stessi anni significativamente Giorgio Pastori (1993) segnala la portata dirompente della centralità dei diritti sociali nella trasformazione dell'amministrazione, ma anche e soprattutto nella trasformazione della società, esortando a far uscire la loro attuazione dal rapporto «quasi obbligato con i pubblici poteri [...] per riportarli [...] nell'organizzazione, o meglio nell'ordinamento della società».

La priorità dei diritti sull'amministrazione sta alla base della stessa pensabilità di una idea di cittadinanza amministrativa ricostruibile a partire dal 'far parte' piuttosto che dall'appartenenza su cui si fonda la cittadinanza politica. La perdita di centralità del paradigma dell'amministrazione come autorità, consente di ricostruire i rapporti con essa sulla base di una pluralità di relazioni in cui acquista progressiva importanza l'individuo, il soggetto che si relaziona con l'amministrazione e che attraverso di essa intesse legami con la comunità. Emblematico di questo capovolgimento di prospettiva è il saggio di Benvenuti del 1994 sul nuovo cittadino, in cui il tramonto dell'amministrazione intesa come autorità consente il passaggio da una idea di cittadinanza fondata sulla libertà passiva di opporsi all'esercizio del potere a quella di una cittadinanza caratterizzata dalla libertà attiva di partecipare, condividendo le responsabilità e dando concretezza, insieme, al principio della solidarietà e al valore dell'esistenza individuale. Due anni dopo Arena collega concettualmente l'utenza dei servizi alla sovranità, proseguendo il percorso lungo il quale si va delineando una nuova cittadinanza propriamente qualificabile come amministrativa.

Gli anni Novanta sono anche gli anni in cui prende avvio la più grande stagione di riforme dell'amministrazione pubblica italiana. Certi tratti della con-

sistente trasformazione a cui è sottoposta testimoniano alcuni effetti del capovolgimento del rapporto fra organizzazione e diritti. In particolare aspetti come quello della maggiore flessibilità organizzativa che discende dalla privatizzazione dei rapporti di lavoro, ma anche dal riconoscimento di importanti forme di autonomia alle strutture erogatrici (si pensi al caso della sanità), sono resi possibili, se non per alcuni versi motivati, proprio dall'enfasi sulla natura strumentale dell'amministrazione e delle prestazioni da essa erogate rispetto alle esigenze di soddisfazione dei diritti. Per la prima volta l'organizzazione, alla stabilità della quale si era a lungo riconosciuta la funzione di garanzia di prevedibilità in ordine alle modalità di esercizio del potere amministrativo, diventa elemento flessibile, da decostruire e ricostruire, almeno in parte, intorno alle esigenze della prestazione. Sono molti altri gli elementi che testimoniano un approccio sempre più sensibile all'idea della strumentalità all'amministrazione, come, ad esempio, l'investimento sull'orientamento al risultato e sulla qualità della gestione, nonché le diverse forme di semplificazione che cercano di favorire la soddisfazione dell'utente anche nella relazione di servizio. Contemporaneamente si rompe anche la tradizionale uniformità dell'amministrazione attraverso la valorizzazione delle autonomie e il decentramento delle responsabilità nell'organizzazione e nella gestione dei servizi che soddisfano i diritti sociali. Si assiste così, a partire dalla fine del secolo, ad una 'denazionalizzazione' dello Stato sociale (v. M. D'Angelosante, C. Tubertini, *Cittadinanza amministrativa, salute e sanità*, in questo volume) che caratterizza non solo l'esperienza italiana, ma anche quella di molte altre realtà nazionali europee, anche sulla spinta di politiche dell'Unione di valorizzazione diretta dei livelli territoriali intermedi. Le ragioni sono diverse: certamente fra le più diffuse quella della maggiore efficienza nella gestione dei servizi, che si cerca di conseguire avvicinando erogazione e responsabilità politica ed economica degli stessi. Non mancano però in questo quadro anche altre motivazioni, collegate all'idea che la valorizzazione delle autonomie territoriali sia funzionale anche al raggiungimento di più efficaci forme di eguaglianza sostanziale, proprio attraverso la possibilità che le modalità di erogazione dei servizi si adattino alle diverse esigenze delle diverse realtà territoriali, ma anche sociali che frammentano il Paese. Si configura così una cittadinanza amministrativa di prossimità, che se, da un lato, si presenta come astrattamente in grado di realizzare appieno la strumentalità dell'amministrazione alla garanzia dei diritti sociali e con ciò dell'eguaglianza sostanziale, dall'altro, contiene anche il seme di nuove possibili disparità.

Al rischio che la cittadinanza amministrativa dei diritti, appena consolidata, finisca per disarticolarsi e dissolversi nella relazione diseguale con una amministrazione plurale e diversificata a livello organizzativo e territoriale, si cerca di porre un argine all'inizio del secolo attuale attraverso la costituzionalizzazio-

ne del legame fra doverosa garanzia dei diritti, anche sociali, e uniformità delle prestazioni erogate per soddisfarli (Carloni, 2004). Nella previsione della competenza del legislatore statale a fissare i livelli essenziali e uniformi delle prestazioni idonee a soddisfare i diritti sociali c'è l'impegno delle istituzioni a realizzare tali prestazioni attraverso l'amministrazione, ma quest'ultima non compare nella previsione costituzionale sui livelli, a conferma della sua strumentalità, prima ancora che della sua plurale articolazione territoriale e funzionale.

La frattura del legame che subordinava l'esistenza stessa del diritto e le possibilità e i modi della sua soddisfazione all'amministrazione diventa definitiva con l'elevazione della 'prestazione' ad autonomo oggetto costituzionale. Con la modifica del 2001 la Costituzione porta a compimento la pienezza giuridica dei diritti sociali che si traduce nella diretta esigibilità dei servizi a cui danno titolo, se non altro per la parte configurata come livello essenziale, a prescindere dall'amministrazione alla quale ci si rivolge.

6. *Cittadinanza amministrativa e territorio*

Nell'ottica della cittadinanza amministrativa, la priorità dei diritti rispetto all'amministrazione favorisce così il progressivo indebolimento, fino ad alcuni casi alla dissoluzione, del fattore 'appartenenza' al territorio. Si è fatto prima riferimento alla dimensione di prossimità che la cittadinanza amministrativa acquista attraverso il decentramento della responsabilità oltre che dell'erogazione dei servizi. Ciò non significa soltanto avvicinamento al luogo in cui il cittadino si è stabilito, ma corrisponde anche ad attenuare il legame fra l'appartenenza al territorio locale e il godimento di diritti di cittadinanza amministrativa. Nel nuovo quadro, infatti, la relazione di servizio si costituisce con l'amministrazione 'vicina' che si può scegliere e cambiare semplicemente spostandosi (Dinelli, 2011).

La mobilità sanitaria nazionale è un esempio particolarmente efficace del dissolversi del legame fra esercizio del diritto e territorialità. La possibilità del cittadino di rivolgersi ad un servizio sanitario regionale diverso da quello della regione di appartenenza, se, da un lato, ha reso più evidente e concreta la strumentalità dell'amministrazione rispetto al diritto, che diviene anche diritto di scelta del luogo di cura, dall'altro, vira la strumentalità dell'amministrazione a competizione fra amministrazioni fornitrici di servizi, con conseguenze non prive di rischi per la tenuta del sistema solidaristico-redistributivo su cui si fonda il modello di stato sociale che si è andato costituendo sino ad ora (v. M. D'Angelosante, C. Tubertini, *Cittadinanza amministrativa, salute e sanità*, in questo volume). La prestazione e con essa il diritto sociale rischiano di divenire prodotto di un mercato in cui sono in gioco non solo le risorse, ma in alcuni casi la sopravvivenza stessa delle amministrazioni. Nel campo dell'istruzione, anche obbligatoria, ad

esempio, l'aumento della libertà di scelta dell'istituto scolastico ha prodotto in certi casi effetti di 'ghettizzazione' determinati dall'abbandono di scuole percepite come 'mal frequentate' o meno di moda (v. E. Carloni, *Il diritto all'istruzione come diritto di cittadinanza*, in questo volume).

Ma l'acquisita priorità dei diritti rispetto all'amministrazione segna anche percorsi di evoluzione della cittadinanza amministrativa che travalicano i confini nazionali per proiettarsi nella dimensione europea. Il fenomeno qui acquista il volto della 'portabilità' dei diritti attraverso lo spazio europeo.

Anche a questo livello possono rintracciarsi i segni di una cittadinanza amministrativa che prende corpo e si trasforma in corrispondenza del capovolgimento del rapporto fra amministrazione e diritti. Se la priorità della prima sui secondi si è a lungo tradotta nel mantenimento all'interno della sfera di sovranità statale della decisione in ordine alla dimensione della cittadinanza sociale, che coincideva quindi in pieno con la cittadinanza-appartenenza nazionale, lo spostamento dell'equilibrio verso la centralità-priorità dei diritti ha aperto la strada a pretese che impegnano gli Stati anche nei confronti di cittadini appartenenti ad altre nazioni dell'Unione e anche nei confronti dei propri cittadini che esercitano i loro diritti in altri territori nazionali.

In ambito europeo tuttavia le dinamiche della strumentalità dell'amministrazione (intesa qui ampiamente come sistema nazionale di protezione dei diritti) non hanno avuto come diretto riferimento i diritti sociali, mirando piuttosto a tutelare diritti altri, legati direttamente al processo di costruzione di uno spazio economico europeo senza confini interni. È così che, già a partire dagli anni Settanta, la fruibilità di buona parte delle prestazioni previdenziali per tutti i cittadini-lavoratori europei in tutti i Paesi dell'Europa, è stata strumentale alla effettività del diritto di libera circolazione dei lavoratori (Giubboni, 2015). Lo stesso è accaduto più di recente per l'ampliamento dei diritti legati alla fruizione di cure mediche all'estero che ha avuto anche l'obiettivo di eliminare alcune restrizioni alla libera prestazione dei servizi sanitari nel mercato interno, come quelle determinate dalla necessità di una previa autorizzazione per il rimborso delle cure godute in un diverso Paese membro.

Se l'effetto è stato e sarà comunque quello di impedire progressivamente ai singoli Stati di utilizzare l'appartenenza ad un determinato territorio nazionale come filtro per il godimento di un numero crescente di prestazioni sociali, consolidando una cittadinanza amministrativa europea, questa doppia strumentalità – non solo, cioè, quella dell'amministrazione rispetto ai diritti, ma anche quella dei diritti sociali rispetto ai diritti di libertà economica – porta con sé dei rischi che non si debbono trascurare.

La funzionalizzazione dei diritti sociali ad un progetto diverso da quello della piena realizzazione della persona, ne compromette, innanzi tutto, la capacità di

resistenza: di fronte ad obiettivi di riequilibrio finanziario o di stabilità monetaria, la riduzione delle prestazioni che ad essi danno corpo e sostanza può divenire uno strumento di manovra da imporre agli Stati in crisi. Da un altro punto di vista, la strumentalità dei diritti sociali consente all'Europa di continuare a 'scaricare' la responsabilità della loro assicurazione all'interno della solidarietà statale, anche quando i confini e i requisiti della cittadinanza sociale vengono stabiliti a livello europeo (Giubboni, 2012).

Ma forse il rischio in prospettiva più consistente, soprattutto nell'ottica di una comune cittadinanza amministrativa europea, è quello della frattura fra luogo del riconoscimento del diritto e luogo del contributo che, attraverso la piena realizzazione di sé, si è in grado di fornire alla collettività. Quando il diritto è a carico di uno Stato, ma è esercitato in un altro, la restituzione solidale alla collettività in alcuni casi può riguardare soltanto il secondo, impoverendo il primo e determinando una divaricazione progressiva delle condizioni di vita e quindi di cittadinanza nei territori nazionali. Un esempio può essere utile a chiarire tale dinamica. Si pensi ai servizi sanitari che impiegano tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Per funzionare hanno bisogno della solidarietà di coloro che donano i propri gameti affinché siano impiegati a favore delle coppie in cui uno o entrambi i partner siano completamente infertili. La donazione avviene in buona misura da parte delle coppie che accedono alle stesse tecniche, ma che impiegano i propri gameti e che donano quelli inutilizzati. Ora, è evidente che in questo caso il luogo di esercizio del diritto di salute riproduttiva e il contributo solidale alla comunità siano spesso strettamente collegati. Se si considera questo aspetto, insieme alla possibile evoluzione dell'ancora giovane disciplina sull'assistenza sanitaria transfrontaliera, si intravede in quale modo i luoghi in cui i diritti sono scarsamente esercitati (per difficoltà spesso legate proprio all'amministrazione che dovrebbe garantirli) siano destinati ad un progressivo 'impoverimento' sociale, peggiorando ulteriormente le condizioni di esercizio di quegli stessi diritti. Gli esempi possono valere, sempre in campo sanitario, per la donazione di sangue o di organi, ma lo stesso discorso può essere fatto, a maggior ragione, per altri diritti il cui esercizio contiene o favorisce una restituzione alla comunità, come quelli all'istruzione o al lavoro.

Un ultimo fondamentale aspetto che merita di essere sottolineato nel quadro del rapporto fra cittadinanza amministrativa e territorio è quello del riconoscimento dei diritti sociali agli stranieri extracomunitari. Anche qui il percorso è fortemente segnato da quel capovolgimento del rapporto fra amministrazione e diritti e dalla trasformazione della relazione fra appartenenza territoriale dell'utenza e doveri di servizio dell'amministrazione (Savino, 2012: 13 sgg.). In molti casi è stato il principio di eguaglianza che, in combinazione, con quello personalistico ha trasformato l'appartenenza da requisito di godi-

mento di un diritto a elemento di inaccettabile discriminazione. Il caso lombardo della limitazione del diritto alla gratuità dei trasporti pubblici ai soli invalidi cittadini italiani è esemplare in questo senso (v. C. Corsi, *L'accesso degli stranieri ai diritti sociali*, in questo volume). La cittadinanza appartenenza qui soccombe a favore della cittadinanza presenza qualificata, quel 'far parte' a cui si è fatto frequente riferimento.

La relazione con il territorio nel caso degli stranieri si ridisegna quindi lungo itinerari diversi: la residenza, la residenza protratta, il luogo lavorativo ecc., che costituiscono legami più mobili e contingenti, a partire dai quali si compongono comunque diversi livelli di cittadinanza amministrativa (v. C. Corsi, *L'accesso degli stranieri ai diritti sociali*, in questo volume). Ma il rapporto con il territorio può avere anche una declinazione diversa. Quando manca del tutto un titolo legale che legittimi la presenza sul territorio dello Stato, diventa rilevante la semplice esistenza della persona e qui ad essere assoluta protagonista è la disciplina che regola i servizi sociali e le modalità della loro fornitura-godimento. La declinazione della cittadinanza amministrativa in questi casi può essere ridisegnata anche dalla competenza regionale e locale nella regolazione delle prestazioni. È l'ipotesi che si concretizza, ad esempio, in quelle regioni in cui la legge ha previsto che di certe prestazioni sociali possano godere anche immigrati irregolari. Mentre si arricchiscono i contenuti di una cittadinanza tutta amministrativa, si delineano così anche qui nuovi confini interni di possibili diseguaglianze.

7. La cittadinanza amministrativa nel rapporto con la buona amministrazione

Un itinerario in buona misura parallelo a quello appena ricostruito con riferimento ai diritti sociali è quello della costruzione di una nuova cittadinanza amministrativa attraverso il consolidarsi dei diritti ad una buona amministrazione.

Anche qui il capovolgimento dell'equilibrio fra amministrazione e diritti è alla base di un percorso in cui alla soggezione dell'amministrato nei confronti del potere si sostituisce la relazione del cittadino con l'amministrazione che persegue il bene collettivo attraverso una funzione avente caratteri autoritativi.

Il quadro appare oggi sufficientemente consolidato anche se, diversamente da quanto accade per i diritti sociali, l'ancoraggio con la Costituzione è meno diretto.

Un altro aspetto qui rilevante è la maggiore interconnessione fra ordinamenti nazionali ed europeo nell'elaborazione dei diritti ad una buona amministrazione, trattandosi in buona parte di diritti che non hanno una incidenza pesante sulle finanze pubbliche statali.

Una vera e propria Carta dei diritti però non esiste né a livello europeo né in Italia, al contrario di quanto avvenuto per le carte degli utenti dei servizi pubblici.

Tuttavia, sia a livello europeo che nazionale, possiamo trovare con sicurezza una serie di diritti posti a garanzia del cittadino che si rapporta con la pubblica amministrazione.

In primo luogo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dove nel Titolo V dedicato alla Cittadinanza è sancito il «diritto ad una buona amministrazione» (art. 41): tra i diritti contemplati dall'articolo 41 vi è quello ad essere ascoltati, il diritto di accesso ai documenti e l'obbligo di motivare gli atti amministrativi. Nel diritto ad una buona amministrazione è inclusa, pure, la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni cagionati dalle istituzioni comunitarie. Né va dimenticato il diritto ad un giusto processo, comprendente la garanzia di un contraddittorio oppositivo, riconosciuto dalla Convenzione EDU nell'ambito dei procedimenti sanzionatori e di quelli curati dalle autorità indipendenti.

Tali diritti, inoltre, sono garantiti a livello interno sia dalla legge n. 241/90 (diritto di essere ascoltati, diritto d'accesso, obbligo di motivazione), che dalla giurisprudenza (diritto al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi a partire dalla nota sentenza delle sezioni unite della Cassazione, n. 500 del 1999).

Come è stato evidenziato (v. M. Bombardelli, *La partecipazione procedimentale*, in questo volume), i diritti partecipativi, pur avendo trovato ingresso nel nostro ordinamento, hanno assunto, grazie alle successive scelte legislative e, soprattutto, alla giurisprudenza una dimensione meramente oppositiva (partecipazione in contraddittorio), mentre la funzione collaborativa e democratica si è notevolmente stemperata. Come del resto, oggi, è sempre più avvertita la necessità di colmare questo vuoto tramite l'introduzione dell'istruttoria pubblica, che consentirebbe una partecipazione effettiva e democratica nei procedimenti di massa.

Peraltro, la presente ricerca dimostra che questo deficit oggi può essere colmato grazie alla valorizzazione di alcuni principi generali dell'azione amministrativa, che hanno trovato ingresso negli ultimi tre lustri. In questo quadro è stato possibile mettere in evidenza (v. A. Valastro, *Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa: andata e ritorno di un insolito fenomeno di eteronegesi dei fini*, in questo volume) come, a livello degli enti locali, la democrazia partecipativa abbia ripreso slancio negli ultimi anni, grazie anche alla necessità di sopperire alla crisi finanziaria in atto: sono proliferati migliaia di regolamenti che valorizzano nuove forme di partecipazione dal basso, introducendo vari strumenti partecipativi quali consultazioni pubbliche, bilanci partecipativi, forme di dibattito pubblico, giurie civiche ecc. Ciò è stato consentito grazie ad una valorizzazione del principio di sussidiarietà (v. F. Giglioni, *Il contributo del principio di sussidiarietà alla cittadinanza*, in questo volume, ma vedi anche Donati, 2013) e del dovere di solidarietà civica (v. S. Pieroni, *I doveri nella nuova frontiera della cittadinanza*, in questo volume).

Sotto il profilo partecipativo, va pure segnalata l'importanza del principio di proporzionalità, così come importato dalla tradizione europea: difatti, la proporzionalità «tende a configurarsi come un principio posto a baluardo della effettività di altri principi e di specifici diritti di cui i cittadini godono (in primo luogo in forza delle norme contenute nella legge sul procedimento amministrativo) nei confronti della pubblica amministrazione, per garantirne la consistenza, assicurandone un'applicazione sostanziale e non meramente "formalistica"» (v. A. Albanese, *Il principio di proporzionalità come componente della cittadinanza amministrativa*, in questo volume). In altri termini, secondo questa ricostruzione, la proporzionalità, imponendo all'amministrazione di compiere la scelta meno invasiva per l'amministrato, rafforza le esigenze partecipative e di garanzia: difatti, l'amministrazione, dovendo al contempo trovare la soluzione più adeguata a tutelare l'interesse pubblico, ma con il minor sacrificio per il privato, è tenuta a «prendere in considerazione in modo specifico (spesso attraverso un confronto dialettico) gli interessi secondari coinvolti nella decisione da assumere» (v. A. Albanese, *Il principio di proporzionalità come componente della cittadinanza amministrativa*, in questo volume).

Sempre dall'ordinamento europeo è penetrato nel nostro ordinamento il principio di tutela del legittimo affidamento (c.d. buona fede oggettiva), che impone alla pubblica amministrazione di comportarsi, nell'esercizio della funzione amministrativa, secondo canoni di correttezza. La valorizzazione di questo principio ha consentito di riconoscere veri e propri diritti, quali quello all'indennizzo in caso di revoca del provvedimento amministrativo (art. 21 *quinquies*, l. n. 241/90), o quello del risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale cagionato nel corso di procedure di evidenza pubblica. Come anche la giurisprudenza sul c.d. danno da contatto si fonda sulla valorizzazione del principio di buona fede (v. A. Giusti, *La «piena responsabilità civile» nei confronti dell'amministrazione come diritto di cittadinanza*, in questo volume).

Non bisogna peraltro trascurare di considerare, come è stato ben messo in evidenza (v. S. Pieroni, *I doveri nella nuova frontiera della cittadinanza*, in questo volume), che il principio di tutela del legittimo affidamento è *double face*, nel senso che non rafforza solo i diritti dell'amministrato, ma impone il rispetto dei doveri: la buona fede, difatti, si manifesta come 'dovere civico', per l'amministrato, di tenere un comportamento leale e corretto nei confronti dell'amministrazione; non bisogna, difatti, dimenticarsi che la buona fede oggettiva impone un canone di reciprocità tra le parti, per cui su entrambe (p.a. e cittadino) incombe un obbligo di reciproca correttezza.

Discorso a parte merita la 'trasparenza', da intendersi come 'amministrazione casa di vetro'. Negli ultimi anni, non solo in Italia, il diritto di accesso ai documenti amministrativi si è mano a mano ampliato fino a dilatarsi in un vero e

proprio diritto all'informazione: la dilatazione ha riguardato sia l'aumento delle informazioni accessibili, che i soggetti legittimati ad accedervi. Sicché in termini di diritti di cittadinanza si è avuto un sicuro ampliamento.

A livello globale il modello più diffuso è quello del FOIA (*Freedom of information act*), cioè di un diritto di informazione generalizzato e riconosciuto a tutti, con poche limitazioni a tutela della *privacy* e di alcuni valori fondamentali dell'ordinamento democratico. Anche il nostro ordinamento si sta apprestando a recepire tale modello, in forza di una delega contenuta nella c.d. legge Madia (l. n. 124/2015). L'estensione della trasparenza a diritto civico, come è stato opportunamente segnalato (v. B. Ponti, *La trasparenza amministrativa come fattore abilitante della cittadinanza amministrativa*, in questo volume), rischia però di creare conflitti con altri valori e soprattutto una sua generalizzazione si presta ad essere oggetto di abusi. L'esperienza comparata dimostra che oggi come oggi l'*open access* alle informazioni pubbliche non sempre rafforza gli istituti democratici: difatti, gli intermediari delle informazioni (*mass-media*, istituti di ricerca ecc.) tendono ad orientare la diffusione delle informazioni pubbliche in forma scandalistica, alimentando sfiducia, disaffezione, cinismo nei confronti della politica e delle istituzioni democratiche. Per cui è la stessa nozione di cittadinanza, «intesa come cittadinanza informata, corretta, e consapevole possibilità di interlocuzione tra istituzioni pubbliche e società civile», ad essere messa in crisi (v. B. Ponti, *La trasparenza amministrativa come fattore abilitante della cittadinanza amministrativa*, in questo volume).

La trasparenza, pertanto, rappresenta il caso paradigmatico volto a dimostrare che una eccessiva dilatazione dei diritti di cittadinanza crea come paradosso quello di mettere in crisi la stessa cittadinanza. Una vera cittadinanza amministrativa deve, invece, trovare sempre un equilibrio secondo canoni di proporzionalità e ragionevolezza tra diritti e doveri del cittadino.

Altro settore in cui vi è difficoltà a trovare tale equilibrio è quello della 'semplificazione amministrativa', principio affermato più a parole che nella pratica. Dagli studi compiuti in materia (v. G. Vercillo, *La 'semplificazione amministrativa' come diritto e come strumento di cittadinanza*, in questo volume) emerge un impressionante elenco di interventi legislativi che si sono susseguiti dal 1990 in avanti, sia a livello interno, che europeo, volti a semplificare, ridurre i tempi, accorciare le procedure, ampliando il campo di operatività del silenzio assenso e della SCIA (segnalazione certificata di inizio di attività). Spesso, però, la sensazione che ha il cittadino è che in realtà tali misure di semplificazione determinino, come paradosso, svariate complicazioni. Sforzo che pertanto fa tornare alla mente la metafora della 'montagna che ha partorito il topolino'.

Per superare l'*impasse* occorrerebbe far maggior leva sui diritti di cittadinanza, mettendo al centro delle politiche di semplificazione la persona e l'impresa.

Il senso d'insoddisfazione della cittadinanza per le politiche di semplificazione è crescente e mette in crisi e in cattiva luce anche tutto quello che c'è di buono nelle nostre amministrazioni pubbliche. Ciò dipende, innanzitutto, da una ritrosia culturale della burocrazia, che appare sempre più autoreferenziale e percepisce la semplificazione come un 'fastidio'.

Di fastidi per la burocrazia ve ne sono tanti: il fastidio della partecipazione, il fastidio della trasparenza, il fastidio, per l'appunto della semplificazione. Si è visto nelle pagine precedenti che il miglior antidoto a questi 'fastidi' è l'estensione dei diritti di cittadinanza, che hanno contribuito non poco alla creazione di una amministrazione partecipata e trasparente. Analoga soluzione dovrebbe essere perseguita per arrivare ad una 'amministrazione più semplice'.

Gli assetti organizzativi e procedurali dovrebbero partire dalla figura della 'cittadinanza attiva' in cui è lo stesso cittadino a collaborare attivamente alla riorganizzazione dell'amministrazione: quindi ben vengano le odierne prassi che impiegano la tecnica del *notice and comment* per la predisposizione di testi normativi che coinvolgono la riforma della p.a.

Inoltre, si dovrebbe credere di più in quei diritti su cui vi è stata una consistente e significativa elaborazione teorica (Clarich, 1995). Ma si dovrebbe pure valorizzare la giurisprudenza europea che, sulla base del diritto ad una buona amministrazione, ha imposto misure di semplificazione ed accelerazione alle istituzioni comunitarie.

Più timido è, invece, il nostro legislatore, il quale, pur avendo introdotto nuovi diritti in termini di accelerazione e semplificazione (diritto all'efficienza; diritto all'indennizzo automatico e forfettario), non li ha, poi, assistiti con un adeguato *enforcement*. Anche in questo caso il 'diritto della crisi economica' ha dato prevalenza alla dinamica del risparmio di spesa, piuttosto che a quella dell'efficienza e semplificazione. In primo luogo si pensi al, già richiamato, diritto all'indennizzo automatico e forfettario per il danno da ritardo: quest'ultimo, già previsto in una delega della l. Bassanini (57/1997), è stato finalmente introdotto nel 2013 con il c.d. decreto del fare (d.l. n. 69/2013). Tuttavia, il legislatore ha limitato l'ambito soggettivo di efficacia del diritto all'indennizzo, circoscrivendolo solamente ai procedimenti relativi all'avvio ed all'esercizio di impresa (art. 28, c. 10, d.l. cit.) e per di più solamente per un periodo sperimentale di 18 mesi (oggi scaduto e non rinnovato). Inoltre, il procedimento di accertamento e liquidazione dell'indennizzo è il contrario di quanto dovrebbe discendere dall'applicazione del principio di semplificazione, poiché pieno di complicazioni procedurali (*sic!*) – art. 28, c. 1. L'entità dell'indennizzo è irrisoria: 30 euro al giorno, per un massimo di 2.000 euro. Il risultato è che la previsione non ha avuto sostanziale applicazione.

Altro diritto le cui potenzialità sono state tarpate da esigenze di contenimento della spesa è quello all'efficienza della p.a.' tutelabile tramite la c.d. *class ac-*

tion (d.lgs. n. 198/09). La vera novità derivante dall'introduzione di tale azione è stata quella di dare giuridica rilevanza all'interesse all'efficienza organizzativa, rendendolo un vero e proprio 'diritto civico', tutelabile ed azionabile di fronte al giudice amministrativo. L'azione per l'efficienza di per sé potrebbe sortire dei benefici reali in termini di miglioramento delle *performances*, che potrebbero essere sanzionate ed attuate mediante le sentenze del giudice amministrativo. Tuttavia, tale modello teorico è stato fortemente depotenziato fino a renderlo sostanzialmente ineffettivo, per le solite ragioni poste a presidio del contenimento della spesa pubblica.

Sicché anche in questo caso la montagna ha partorito il topolino, in quanto l'azione per l'efficienza non può, a pena di inammissibilità, comportare aggravati di spesa: il giudice amministrativo, difatti, nel valutare la legittimazione al ricorso e nel disporre le misure attuative deve tener conto dei «limiti delle risorse strumentali, finanziarie e umane già disposte in via ordinaria e senza oneri per la finanza pubblica». Come per i diritti sociali anche i diritti ad una buona amministrazione vengono confinati dalle ristrettezze derivanti dai vincoli di bilancio (v. L. Mercati, *Fiscal compact: doveri dello Stato e diritti di cittadinanza al tempo dell'equilibrio di bilancio*, in questo volume).

8. Interesse legittimo e cittadinanza amministrativa

Per quanto più propriamente riguarda la funzione amministrativa, le nuove forme di cittadinanza nel rapporto con la buona amministrazione, impongono sempre di più il passaggio dalla classica cura degli interessi pubblici in forma unilaterale ed autoritativa, compendiata nel provvedimento amministrativo, a forme di collaborazione e cooperazione (partenariati per la sussidiarietà) fondate sugli accordi.

Cittadino partecipante e funzione amministrativa portano, tra l'altro, ad un tema centrale con cui si deve confrontare il rapporto di cittadinanza amministrativa, ovvero l'interesse legittimo (confinato naturalmente al rapporto col potere amministrativo e quindi non riguardante direttamente il tema dei diritti di cittadinanza verso l'amministrazione di servizio).

Dobbiamo notare che dalla lettura dei vari contributi che innervano la presente ricerca solo uno si occupa dell'interesse legittimo (v. A. Giusti, *La «piena responsabilità civile» nei confronti dell'amministrazione come diritto di cittadinanza*, in questo volume): sembrerebbe, quasi, che nei *rapporteurs* ci sia una sorta di retro pensiero (molto diffuso in letteratura) secondo cui l'interesse legittimo, non essendo un diritto, sia un ostacolo a quella visione paritaria, insita nel rapporto di cittadinanza amministrativa. Retro pensiero che corrisponde a quell'ampio filone dottrinale che vede nell'interesse legittimo una situazione giuridica sog-

gettiva non piena e non paritaria e che meriterebbe di essere abbandonata a favore del diritto soggettivo (*ex multis*, Ferrara, 2003; Ledda, 1999). Come del resto è stato ampiamente dimostrato, l'interesse legittimo è pienamente compatibile col diritto comunitario: anche se nei rapporti con il potere amministrativo europeo pare più corretto parlare di un diritto ad una buona amministrazione. Sicché la situazione che dialoga con il potere amministrativo italiano è un interesse legittimo mentre quando dialoga col potere amministrativo europeo è un diritto (Bartolini, 2005).

In questa sede si vuole, invece, proporre una possibile rilettura dell'interesse legittimo, come figura soggettiva che può riassumere e compendiare le nuove forme che ha assunto il rapporto di cittadinanza amministrativa.

Dalla ricerca sin qui svolta emerge, innanzitutto, che la cittadinanza amministrativa è fatta non solo di nuovi diritti, ma anche di nuovi doveri. Come si è visto, l'articolo 2 della Costituzione, difatti, oltre a riconoscere e garantire «i diritti inviolabili» richiede l'adempimento dei «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». L'articolo 2, in tal modo, si pone come base sostanziale dell'interesse legittimo, ed in genere di tutte le situazioni giuridiche soggettive, prevedendo che il rapporto di cittadinanza, compresa quella amministrativa, non è fatto solo di diritti ma anche di doveri.

Molti di questi diritti possono, dunque, essere limitati (e qui sta l'essenza dell'interesse legittimo), in quanto il cittadino è soggetto anche a doveri di solidarietà. Il diritto dell'individuo incontra un limite nel dover essere solidale e, pertanto, la solidarietà consente la limitazione dei diritti: ecco perché esistono gli interessi legittimi, quali situazioni giuridiche soggettive che dialogano con il potere.

Il potere di conformazione dei diritti è giustificato, pertanto, dal dovere di solidarietà cui tutti siamo tenuti. La solidarietà come si è visto impone al cittadino un dovere di cooperazione e leale collaborazione con il pubblico potere. Sicché l'interesse legittimo, proprio per la sua dimensione solidaristica, non è semplicemente il luogo in cui il cittadino si oppone all'uso del potere; è, invece, il luogo in cui, tramite l'esercizio dei diritti partecipativi e di tutte le situazioni strumentali volte a conformare il potere, il cittadino coopera alla massimizzazione dell'interesse pubblico e che può, sempre in un'ottica solidaristica, comportare una limitazione ai propri diritti in adempimento degli inderogabili doveri di solidarietà.

I diritti ed i doveri di cittadinanza amministrativa hanno, dunque, arricchito di contenuti dell'interesse legittimo, che oggi è garantito e tutelato in forme talvolta anche più ampie dei diritti civili e politici. E quando vi sono limitazioni di tutela, queste, oggi, possono e debbono essere spiegate, più che nell'obsoleto ossequio alle ragioni di interesse pubblico, nella necessità che tutti i cittadi-

ni concorrano in egual modo ed in base alle proprie possibilità al bene comune di tutti, in un'ottica solidaristica.

Ragione per cui, ad esempio, i limiti alla possibilità di ottenere il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi (limitazioni temporali alla proposizione in via autonoma dell'azione; elemento psicologico; spettanza del bene della vita; natura extracontrattuale e non contrattuale ecc.) possono essere spiegati, se ragionevoli, alla luce del dovere di solidarietà che incombe sul 'cittadino-danneggiato', il quale nel momento in cui ottiene il ristoro per il danno subito crea un pregiudizio alla collettività in termini di riduzione delle risorse finanziarie da destinare al bene comune. L'ottica solidaristica richiede, pertanto, che anche al danneggiato venga addossato un sacrificio ragionevole, nell'ottica di concorrere al bene comune.

Letto in questa prospettiva il tema dell'interesse legittimo ben può far parte di una visione aperta alla cittadinanza amministrativa. Diventa così significativo indagare sui modi in cui questo interagisce con i diritti di cittadinanza.

Il primo elemento da porre in rilievo è la significativa evoluzione in termini di pienezza delle forme di tutela dell'interesse legittimo. Ciò sicuramente impone di rileggere e ripensare le diverse critiche formulate dalla dottrina in ordine a tale ricostruzione della relazione con il potere.

In primo luogo, il riconoscimento operato dalla l. n. 241/90 a favore dei diritti partecipativi, ha consentito di sganciare l'interesse legittimo dalla logica bipolare autorità-libertà, a quella multipolare del rapporto amministrativo (De Lucia, 2005; Protto, 2008), in cui dialogano e si scontrano, al contempo, situazioni soggettive sostanziali e strumentali (poteri, diritti, doveri, oneri ecc.), oppositive e pretensive.

La dimensione partecipativa ha, pure, consentito la trasformazione dell'interesse legittimo da situazione di carattere processuale a situazione di carattere sostanziale. Questa trasformazione dell'interesse legittimo, colta con lungimiranza dalla dottrina già all'inizio degli anni '70, è stata recepita tardivamente dalla giurisprudenza in materia di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi (Cass. S.u., n. 500/99). Questa sentenza, tra l'altro, ha portato avanti un'idea, di cui è stato precursore Mario Nigro (1994, ma vedilo già nell'edizione del 1976), secondo cui l'interesse legittimo, come situazione giuridica soggettiva sostanziale, sia un interesse al conseguimento o al mantenimento del bene della vita.

L'analisi svolta suggerisce la possibilità di ricostruire in maniera molto diversa l'interesse legittimo, intendendolo come sintesi di un rapporto, quello di cittadinanza amministrativa, fondato su diritti e doveri: situazioni che non sono dirette solo a pretendere o mantenere il bene della vita, ma, che, in realtà, nella dimensione costituzionale data, mirano a tutelare pure aspetti immateriali, ma

fondamentali, quali il perseguimento del bene comune, il miglioramento della società, la solidarietà verso i bisognosi ed i meritevoli, la dignità umana.

Al centro di questa fitta trama di situazioni giuridiche soggettive, si staglia, dal punto di vista costituzionale, il 'cittadino attivo', che collabora e coopera con l'amministrazione nel perseguimento dell'interesse proprio, ma anche solidariamente e doverosamente per il bene comune. Sicché sembra più pregnante la figura dell'interesse legittimo, come situazione giuridica soggettiva sostanziale, che dialoga con il potere (Scoca, 1990), consistente in un fascio di situazioni attive e passive, non solo finali ma anche strumentali, che mirano al corretto esercizio del potere da parte della p.a. ergendo l'interesse legittimo, in tal modo, a figura paradigmatica del rapporto di cittadinanza amministrativa.

9. La cittadinanza amministrativa dei doveri

Nella ricostruzione effettuata sino ad ora è chiaramente emerso come accanto alle nuove forme di cittadinanza basate sui diritti, non si debbano trascurare i profili legati ai doveri che il rapporto di cittadinanza amministrativa comporta. Ciò è apparso con nettezza nell'esame della cittadinanza amministrativa 'sociale' in cui la relazione è prevalentemente con l'amministrazione di servizio, come in quella 'civile', in cui il rapporto si instaura con il potere amministrativo.

Si tratta ora di mettere a sistema quanto emerso per cogliere in maniera integrata i tratti della cittadinanza amministrativa dei doveri.

La nostra Costituzione contiene un elenco significativo di doveri: il dovere di solidarietà (art. 2); il dovere al lavoro (art. 2); il dovere di voto (art. 48); il dovere di difendere la patria (art. 52); il dovere di fedeltà alla Repubblica (art. 54); il dovere tributario (art. 53).

Va preliminarmente osservato che molti di questi doveri non sono riferibili alla cittadinanza amministrativa, ma alla cittadinanza politica. Ed in via preliminare, va anche specificato che in questa sede non si prenderanno in considerazione i doveri cui sono tenuti i pubblici funzionari poiché, pur essendo doveri amministrativi, non fanno parte della cittadinanza amministrativa, essendo riferibili ad un numero più ristretto di persone, cioè quelle che fanno parte della burocrazia.

L'unico dovere propriamente amministrativo è quello riguardante la difesa della patria: ma come noto si tratta di un dovere che non è più effettivamente cogente, essendo stata abolita la leva obbligatoria.

Più pregnante ai nostri fini è il dovere di solidarietà (art. 2 Cost.): quest'ultimo, infatti, si pone come fonte dei doveri di cittadinanza amministrativa, anche perché come efficacemente è stato evidenziato sancisce il «dovere di avere doveri» (Violante L., 2014).

La ricerca ha messo in luce come la Costituzione, nel sancire a carico dell'individuo il dovere di solidarietà politica, economica e sociale, da un lato, abbia affidato al cittadino il compito di cooperare con le istituzioni per la cura del bene comune, ma dall'altro abbia riservato al legislatore il compito di individuare gli specifici doveri con cui attuare la solidarietà (v. S. Pieroni, *I doveri nella nuova frontiera della cittadinanza*, in questo volume).

In questo quadro, va evidenziato innanzi tutto come il legislatore abbia nel tempo abbandonato la logica dei doveri ottocenteschi (basata sul c.d. *command and control*) a favore di tecniche di conformazione dei diritti individuali, che favoriscono la cooperazione solidaristica tra pubblico e privato. Si è così passati da una regolazione di tipo finale ad una di tipo condizionale (Luhmann, 1977), fondata sull'onere piuttosto che sul dovere.

Due esempi valgano a chiarire il senso della trasformazione.

Da tempo si discuteva se la scuola dell'obbligo si dovesse estendere oltre i 14 anni di età: tuttavia, ci si è resi conto che per un giovane in età compresa tra i 14 e i 18 anni sia più efficace agire tramite tecniche incentivanti che obbligarlo ad andare a scuola. Si è così passati al «diritto-dovere all'istruzione» (d.lgs. 76/2005). A tal fine il legislatore ha stabilito che l'obbligo scolastico di cui all'articolo 34 della Costituzione, debba essere ridefinito come «diritto all'istruzione e formazione e correlativo dovere» (art. 1, c. 2, d.lgs. cit.); il diritto-dovere consiste, da un lato, nell'istruzione obbligatoria per dieci anni e, nel contempo, nell'attribuzione del diritto ad essere istruiti sino al diciottesimo anno di età. Sicché l'obbligo scolastico non è più finalizzato all'alfabetizzazione, ma a creare le condizioni per un miglior sviluppo culturale che tenda ad assicurare il diritto all'istruzione fino a 18 anni di età. Questo 'diritto-dovere' di cittadinanza è assicurato anche ai minori stranieri, confermando come la cittadinanza amministrativa sia cosa distinta da quella politica.

Altra vicenda paradigmatica, connessa alla trasformazione della cittadinanza amministrativa, riguarda la costruzione, di quella che gli urbanisti chiamano 'città pubblica'. La tecnica urbanistica dello *zoning*, fondata sul sistema del *command and control*, si fondava essenzialmente sugli espropri: per l'acquisizione delle aree pubbliche il piano regolatore apponeva un vincolo preordinato all'esproprio cui poteva seguire l'esproprio vero e proprio della proprietà privata. La crisi della fiscalità, la giurisprudenza della CEDU, i nuovi piani regolatori fondati sulla perequazione urbanistica, hanno segnato un passo in avanti, sostituendo la classica procedura espropriativa con meccanismi premiali, diretti, mediante accordi urbanistici (c.d. urbanistica contrattata) ad attribuire incrementi di capacità edificatoria a fronte della cessione gratuita da parte dei privati di aree da destinare, per la realizzazione di opere di pubblica utilità, alla città pubblica.

Questa diversa conformazione delle situazioni giuridiche soggettive, integra indubbiamente il rapporto di cittadinanza amministrativa, che non si fonda più sullo schema bilaterale diritti-doveri, ma si arricchisce di situazioni diverse quali l'onere. L'onere, tra l'altro, sembra essere una situazione più adatta all'attuazione del dovere di solidarietà, poiché incentiva comportamenti attivi e, quindi, la cittadinanza attiva.

Ciò, peraltro, non vuol dire che i doveri amministrativi siano venuti meno.

Se, infatti, è vero che il dovere risente (o, almeno così ai più appare) di una concezione ottocentesca del rapporto autorità-libertà, in cui la persona è vista più come un suddito che un cittadino, è altrettanto vero che la possibilità di imporre doveri è alla base, non meno dei diritti, dell'ordinamento democratico.

È, in questo senso, condivisibile la posizione di chi afferma che «sia illusorio ritenere che i diritti possano da soli sostenere una democrazia; i diritti possono affermarsi e crescere solo in una società che riconosca limiti e responsabilità, doveri effettivi e vincoli di solidarietà». Ed ancora: «le democrazie si sviluppano attraverso l'affermazione di diritti ma si consolidano attraverso la pratica dei doveri; altrimenti la lotta per i diritti si trasforma in una chiassosa rissa fra ceti, corporazioni, categorie professionali, disgrega le relazioni sociali, non fa crescere la civiltà del paese» (Violante, 2014).

Imporre limiti e doveri, che devono essere rispettati dai cittadini ed essere sanzionati dall'amministrazione, costituiscono un baluardo all'individualismo esasperato ed all'anarchia.

Quello che, invece, un ordinamento costituzionale fondato sulla cittadinanza amministrativa non tollera è che tali doveri e limitazioni diventino lesivi della dignità umana, siano contrari al nucleo essenziale dei diritti fondamentali, siano disposti in assenza di legge (stante il divieto di prestazioni obbligatori senza legge: art. 23 Cost.), senza un giusto procedimento, o in contrasto con i principi di proporzionalità ed affidamento e più in generale dei principi generali del diritto amministrativo diretti a garantire la c.d. legalità sostanziale. In altri termini, la cittadinanza amministrativa richiede che il rapporto tra diritti inviolabili e doveri inderogabili sia sempre in equilibrio, di modo che l'uno non fagociti l'altro (v. C. Corsi, *L'accesso degli stranieri ai diritti sociali*, C. Tubertini, M. D'Angelosante, *Cittadinanza amministrativa, salute e sanità* e N. Vettori, *Persona e diritti all'assistenza*, tutti in questo volume).

In questo quadro è il principio di proporzionalità ad essere il punto che determina l'equilibrio: giova, difatti, rammentare che la proporzionalità imponendo, secondo gli insegnamenti di Romagnosi, la regola del minimo mezzo, impone che a parità di misure adeguate a curare l'interesse pubblico, il sacrificio per il privato deve essere il minore tra tutti i sacrifici possibili. Considerando che tutti i doveri impongono un sacrificio, la proporzionalità determina il punto di

equilibrio (v. A. Albanese, *Il principio di proporzionalità come componente della cittadinanza amministrativa*, in questo volume).

Ma il legame fra doveri e diritti nella cittadinanza amministrativa segue anche altri itinerari. Come si è avuto modo di mettere in evidenza, la piena garanzia dei diritti mette la persona in grado di 'fare' e le consente di entrare a pieno titolo a 'far parte' della comunità in cui si svolge parte della sua vita, restituendo ad essa un contributo che migliora la qualità complessiva della società. Soltanto chi è stato posto in grado di realizzarsi pienamente anche attraverso il rapporto con l'amministrazione, che regola la convivenza attraverso il potere ed assicura la soddisfazione dei diritti sociali attraverso i servizi, potrà effettivamente adempiere al dovere «di svolgere un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società» (art. 4 Cost.).

I diritti all'istruzione e alla formazione professionale sono forse gli esempi più facili di diritto soddisfatto per il singolo che si traduce in vantaggio per la collettività. Ma gli studi su assistenza e volontariato (v. N. Vettori, *Persona e diritti all'assistenza* e S. Gallerini, *L'evoluzione del volontariato e Terzo settore nella funzione di advocacy*, in questo volume), partecipazione (v. M. Bombardelli, *La partecipazione procedimentale* e A. Valastro, *Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa: andata e ritorno di un insolito fenomeno di eteronegesi dei fini*, in questo volume) e sussidiarietà (v. F. Giglioni, *Il contributo del principio di sussidiarietà alla cittadinanza*, in questo volume) dimostrano come il contributo alla società, che realizza il dovere costituzionale appena richiamato, possa concretizzarsi in molti altri modi. Dall'apporto alle modalità di esercizio del potere pubblico, che accresce la sua capacità di intervento sulla realtà grazie all'interazione con i destinatari e gli interessati, all'aumento del tasso di democraticità del governo della cosa pubblica, all'arricchimento dei servizi di assistenza, fino alla cura del bene comune.

Una cittadinanza del 'far parte' in cui il 'fare' prescinde sempre di più dalla appartenenza: il diritto all'istruzione è garantito anche ai minori senza legittimo titolo di soggiorno e anche i diritti di relazione con l'amministrazione autorità, come trasparenza, partecipazione, accesso ecc. sono assicurati, perlomeno formalmente, a chiunque si rapporti con il potere, anche quello di comminare l'espulsione dello straniero irregolare (v. F. Clementi, M. Savino, *L'ordine pubblico*, in questo volume). Una cittadinanza dei doveri che nascono dai diritti e non si contrappongono ad essi, ma anzi ne consentono nel tempo lo sviluppo e la sostenibilità.

Nel quadro attuale, in cui abbiamo visto combinarsi fattori opposti come quello dell'ispessimento del contenuto della cittadinanza amministrativa e dell'assottigliamento del contenitore della cittadinanza stessa, uniti alla sempre meno certa sostenibilità dei diritti di cui essa si nutre, la piena percezione della indissolubilità fra diritti e doveri deve infine essere intesa sotto un ulteriore profilo.

Mano a mano che i diritti vedono ampliarsi il panorama dei destinatari coerentemente con la trasformazione della cittadinanza amministrativa, si trasformano anche i doveri. Se tradizionalmente il contraltare doveroso dei diritti sociali era l'adempimento dell'obbligazione tributaria, con il venir meno progressivo della centralità dell'elemento dell'appartenenza territoriale, intorno a cui è costruito il sistema fiscale, acquista importanza il dovere del singolo di partecipazione alla spesa per l'erogazione dei relativi servizi (v. N. Vettori, *Persona e diritti all'assistenza*, in questo volume). Così come prendono corpo altri doveri collegati al godimento dei diritti, come quello di utilizzare i servizi nel limite dei bisogni contribuendo con l'amministrazione alla definizione della prestazione più adeguata alle proprie specifiche esigenze (v. E. Carloni, *Il diritto all'istruzione come diritto di cittadinanza*, in questo volume). Divengono così sempre più importanti i doveri il cui adempimento è contestuale al godimento dei diritti e che seguono il cittadino amministrativo insieme ai diritti di cui è portatore nei rapporti con l'amministrazione, indipendentemente dall'appartenenza territoriale. Se, quindi, l'adempimento dei doveri è essenziale perché si continuino a garantire i diritti è vero anche il contrario, cioè, che diminuendo i diritti o restringendo il numero di coloro che ne sono titolari, si restringono anche i doveri e insieme ad essi si riduce il contributo che ritorna alla collettività.

Una simile inversione di prospettiva, o meglio la contemporanea percezione della duplice prospettiva del rapporto fra diritti e doveri, consente oggi di intravedere nuovi possibili percorsi di integrazione in un'ottica nazionale e, forse, come più avanti si dirà, anche europea.

10. I diritti di cittadinanza amministrativa in Europa: una cittadinanza senza doveri

La Corte di Giustizia UE ritiene che la cittadinanza europea sia lo *status* fondamentale del diritto comunitario².

La cittadinanza europea si acquista in via derivata, nel senso che sono cittadini dell'UE tutti coloro che sono tali negli stati membri: «è cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno stato membro» (art. 20, § 1 T.F.U.E.). I principali diritti riconosciuti in forza della cittadinanza europea sono il diritto alla circolazione e soggiorno nel territorio degli stati membri, il diritto alla non discriminazione in base alla nazionalità ed il diritto di voto attivo e passivo alle elezioni locali ed al Parlamento europeo. A questi si aggiunge l'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali che attribuisce, come visto, il diritto ad una buona amministrazione.

Nella ricerca si è, peraltro, evidenziato che lo *status* di cittadino coesiste con una serie di *status* intermedi (non riferibili esclusivamente ai cittadini europei)

quali quello di lavoratore, professionista, malato ecc. (v. V. Colcelli, *Concetto di status nel diritto europeo. Doveri inespressi a fronte dei diritti sanciti nel diritto dell'Unione Europea*, in questo volume). Ognuno di questi *status* è caratterizzato da una serie di diritti pro-concorrenziali che agevolano la libertà di stabilimento e di circolazione in un'ottica più competitiva, che sociale. *Status* che connotano sicuramente la cittadinanza amministrativa, in quanto sono diritti che il più delle volte possono essere fatti valere nei confronti delle pubbliche amministrazioni. Ne esce una figura di *market citizenship*, in cui la cittadinanza è vista, tramite la circolazione dello *status*, come mezzo e non come fine dei diritti, strumento per realizzare le finalità pro-concorrenziali sottese al mercato unico. Paradigmatico è il caso della migrazione intracomunitaria dei malati (v. M. D'Angelosante, C. Tubertini, *Cittadinanza amministrativa, salute e sanità*, in questo volume), dove la prestazione sanitaria tende ad essere considerata come un bene di mercato, piuttosto che come un diritto sociale.

Sempre le finalità pro-concorrenziali hanno portato la giurisprudenza, tramite la clausola di non discriminazione, ad ampliare il novero dei soggetti portatori di tali *status*, di modo che non sono solo i cittadini europei, ma anche gli stranieri ad essere portatori di questi *status* intermedi (ma su questo v. *amplius infra* § 6). Tuttavia, sotto, questo profilo va segnalato il caso *Zambrano*³, dove, da ultimo, la Corte di giustizia sembra ispirata più a finalità sociali che pro-concorrenziali: il giudice comunitario, in questo caso, è stato chiamato a decidere se un padre extracomunitario, ma con figli cittadini comunitari in età minorile, possa vantare gli stessi diritti dei figli, laddove questi ultimi dipendano economicamente, per la propria sussistenza, dal lavoro del padre. La Corte, tramite un'interpretazione orientata del principio di cittadinanza ha ritenuto che l'art. 20 T.F.U.E. dev'essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro, da un lato, neghi al cittadino di uno Stato terzo, che si faccia carico dei propri figli in tenera età, cittadini dell'Unione, il soggiorno nello Stato membro di residenza di questi ultimi, di cui essi abbiano la cittadinanza, e, dall'altro, neghi al medesimo cittadino di uno Stato terzo un permesso di lavoro, qualora decisioni siffatte possano privare detti figli del godimento reale ed effettivo dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione.

Quindi non è più il divieto di non discriminazione ad estendere le garanzie dei diritti europei ai cittadini stranieri, ma è lo stesso principio di cittadinanza a diventare strumento di garanzia anche per gli stranieri; inoltre, il cittadino europeo non è più un mezzo, ma il fine della tutela (l'esigenza sociale di salvaguardia del minore europeo è talmente preminente che consente di attribuire diritti anche agli stranieri legati da nessi familiari con il cittadino).

La cittadinanza amministrativa europea, inoltre, non è definita solo dal diritto comunitario ma anche da quello di fonte CEDU, ed in particolare dalla

giurisprudenza EDU. Sotto questo profilo la cittadinanza amministrativa risulta sicuramente rafforzata, a scapito delle esigenze di utilità sociale e di interesse pubblico proprie della tradizione *étatiste*: difatti la Corte dei diritti dell'uomo tende a garantire i diritti fondamentali come diritti assoluti, non comprimibili da altri valori, *in primis* l'utilità sociale o la funzione sociale; non a caso, pur evidenziando come la Corte EDU non si sottragga al bilanciamento connesso al test di proporzionalità, è stato sottolineato come essa tenda comunque a garantire più spazio ai diritti fondamentali (come diritti dell'individuo) piuttosto che alla loro funzione sociale (v. A. Albanese, *Il principio di proporzionalità come componente della cittadinanza amministrativa*, in questo volume). Ciò, ad esempio, è di tutta evidenza nella giurisprudenza in materia di indennizzo di esproprio, dove la Corte EDU ha dato assoluta prevalenza alle esigenze dell'individuo (dirette ad ottenere il ristoro integrale del sacrificio), rispetto alla funzione sociale (che alla luce della nostra pregressa giurisprudenza costituzionale consentiva un significativo abbattimento del valore di ristoro da corrispondere all'espropriato).

La tutela del cittadino non si ferma, tuttavia, solo alla materia degli espropri e delle procedure amministrative che toccano il diritto di proprietà, coinvolgendo anche i diritti partecipativi. È noto infatti che la giurisprudenza estende le garanzie del giusto processo (e, quindi, non solo del giusto procedimento) ai procedimenti *quasi-judicial*, quali quelli sanzionatori curati dalle autorità indipendenti (Allena, 2012), con una trasformazione del procedimento amministrativo in senso accusatorio.

La dimensione europea, porta con sé un'ulteriore trasformazione (rispetto al modello dello Stato post unitario), in quanto il cittadino non è più chiamato a confrontarsi solo con l'amministrazione statale, ma anche con quella europea. Sicché i diritti di cittadinanza non sono fatti valere solo nei confronti degli Stati, ma anche degli organismi sovranazionali ed in ispecie dell'amministrazione europea (sia come amministrazione diretta sia come amministrazione che agisce in coamministrazione con le p.a. nazionali). È questo, del resto, il campo elettivo dell'articolo 41 della Carta dei diritti, in quanto il diritto ad una buona amministrazione è, *in primis*, è un diritto ad una buona amministrazione europea.

Sotto questo profilo, peraltro, la situazione non risulta pienamente soddisfacente, in quanto il diritto comunitario (per la logica sottesa all'effetto utile dell'integrazione europea) tende ad ampliare i diritti quando questi devono essere fatti valere nei confronti degli Stati, mentre non è altrettanto convinto quando sono in gioco l'amministrazione e le istituzioni comunitarie: in questo caso abbiamo un rigurgito *étatiste* proprio della tradizione napoleonica piuttosto che di una moderna istituzione.

Valgano alcuni esempi.

In primo luogo si pensi alla partecipazione ed alla trasparenza: mentre in tutti gli ordinamenti nazionali i diritti partecipativi e di trasparenza si ampliano e moltiplicano in leggi *ad hoc* (leggi generali sul procedimento, FOIA ecc.), nell'ordinamento europeo manca ancora una normativa generale sul procedimento e sulla trasparenza diretta ad attuare il diritto ad una buona amministrazione. Per ora, difatti, la Commissione si è limitata a fornire delle raccomandazioni (v. M. Bombardelli, *La partecipazione procedimentale*, in questo volume), né risulta particolarmente avanzato il progetto di codificazione sul procedimento amministrativo, ancora oggi in una fase embrionale (Napolitano, 2014). Come, invece, maggiori garanzie vengono dalla giurisprudenza che come noto ha elaborato principi non scritti quali quello del contraddittorio, della buona amministrazione ecc. (v. M. Bombardelli, *La partecipazione procedimentale*, in questo volume).

Ma anche la giurisprudenza presenta rigurgiti di carattere *étatiste*, mettendo al centro l'interesse pubblico piuttosto che la logica dei diritti: esemplare è la casistica in materia di condanne al risarcimento del danno delle istituzioni comunitarie che come noto è soggetta ad un *self restraint* della Corte europea.

Tuttavia, gli aspetti che più preoccupano sono altri, in quanto il vero tema che coinvolge la cittadinanza amministrativa è quello dell'assenza dei doveri da parte del cittadino europeo. A tal proposito, Weiler ha notato che «la cultura dei diritti che lo si voglia o no indebolisce alquanto la controultura della responsabilità e del dovere» (Weiler, 2009). E non può nascondersi l'«accusa» proveniente da Papa Francesco che in occasione del suo discorso al Parlamento europeo, ha evidenziato come «al concetto di diritto non sembra più associato quello altrettanto essenziale di dovere, così che finisce per affermare i diritti del singolo senza tenere conto che ogni essere umano è legato a un contesto sociale, in cui i suoi diritti e doveri sono connessi a quelli degli altri e al bene comune della società stessa» (Papa Francesco, 2014).

In questo quadro, il Santo Padre mette il dito nella piaga della cittadinanza europea, che si profila come «una cittadinanza senza doveri». Difatti, se si scorre il Trattato, l'unica volta in cui il termine dovere è richiamato è nell'art. 20, § 2, T.F.U.E., dove si proclama che «i cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei Trattati». Solo che nei trattati non si parla mai di doveri, per cui efficacemente si è messo in evidenza che il termine dovere previsto dall'art. 20 «is an empty word» (Kochenov, 2014).

In questo contesto va, peraltro, notato che non tutti vedono con preoccupazione la mancanza nei trattati dei doveri, avendo evidenziato che non solo nell'ordinamento europeo, ma anche negli ordinamenti nazionali il tema dei doveri a carico dei cittadini risulta essere recessivo: il dovere, difatti, rifletterebbe una concezione ottocentesca di Stato, oggi ormai superata (sempre Kochenov,

2014). Altri hanno sottolineato che la mancanza dei doveri può essere sopperita ampliando i diritti sociali da riconoscere al cittadino (Shaw, 1997).

Queste analisi, peraltro, sembrano trascurare colpevolmente il fatto che negli ordinamenti nazionali i doveri ottocenteschi sono stati sostituiti da doveri dinamici, riferibili al paradigma della solidarietà.

A questo proposito, il tema della solidarietà in Europa è stato ben avvertito da Stefano Rodotà (Rodotà, 2014), il quale ha evidenziato che nel Preambolo della Carta dei diritti dell'Unione europea, da un lato, è affermato che «l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà» e, dall'altro, che il godimento dei diritti garantiti dalla Carta «fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future».

In questo modo, secondo Stefano Rodotà verrebbe superata la visione mercatista di cittadinanza, in favore di una che considera il cittadino come una persona, con una sua dignità, aperta ai valori di responsabilità e solidarietà.

L'osservatore non può, peraltro, fare a meno di notare che i doveri di solidarietà e responsabilità non sono contenuti in una disposizione specifica del Trattato, ma solo nel preambolo: sicché il riferimento ai doveri di solidarietà e responsabilità appare più in una dimensione programmatica, che in una giuridicamente precettiva.

Del resto è lo stesso Rodotà a lanciare segnali di allarme, evidenziando come in Europa sia in atto un ridimensionamento della logica della solidarietà a favore di quella di mercato (Rodotà, 2014).

Risulta, pertanto, di tutta evidenza come in Europa manchi una vera e propria cittadinanza (stante l'assenza dei doveri), mentre risulta potenziata (rispetto all'esperienza statalista) la formula dei 'diritti di cittadinanza'. Quindi più che di fronte ad una cittadinanza europea, ci troviamo innanzi a dei 'diritti di cittadinanza europei'.

Resta, beninteso, che i diritti di cittadinanza europei non possono fare a meno dei doveri previsti dalle cittadinanze amministrative nazionali. Difatti, come correttamente evidenziato (v. L. Mercati, *Fiscal compact: doveri dello Stato e diritti di cittadinanza al tempo dell'equilibrio di bilancio*, V. Colcelli, *Concetto di status nel diritto europeo. Doveri inespressi a fronte dei diritti sanciti nel diritto dell'Unione Europea*, S. Pieroni, *I doveri nella nuova frontiera della cittadinanza*, in questo volume), senza il dovere imposto ai cittadini di adempiere ai propri obblighi tributari, verrebbero a mancare le risorse, assicurate dagli Stati, per il funzionamento della medesima Unione europea. Da qui l'interesse di quest'ultima, anche se in via mediata, a che questo tipo di dovere venga correttamente adempiuto dai cittadini nei confronti dei propri Stati.

Ciò, sta, peraltro, a dimostrare che nell'*ethos* dell'Unione europea non sia assente l'attenzione alla dimensione dei doveri. Tuttavia, quest'ultima ontologica-

mente non è in grado di imporre doveri nei confronti dei propri cittadini, per l'elementare considerazione che l'Unione europea non è in grado di far rispettare direttamente i doveri dei cittadini. Come noto, la logica integrazionistica e cooperativa alla base dell'Unione, non prevede che quest'ultima possa impiegare direttamente l'uso della forza per garantire l'*enforcement* dei diritti e dei doveri.

E nel caso dei doveri non ci si può avvalere neanche della logica sottesa all'integrazione europea, dove sono i cittadini a far valere nei confronti degli Stati i diritti loro riconosciuti dall'Unione: nel caso dei doveri, chiaramente, questa logica utilitaristica non può funzionare.

Non ci sembra neanche che l'*enforcement* possa avvenire in via giurisprudenziale, tramite la costruzione di una serie di doveri fondati sulle tradizioni giuridiche comuni: difatti, in forza del principio di legalità le prestazioni possono essere imposte solo in base alla legge. Sicché per arrivare ad una vera e propria cittadinanza europea, fatta di diritti e doveri, l'unica strada che sembra possibile è quella di proseguire sulla via federalista tracciata a Ventotene.

11. *Quale cittadino amministrativo?*

Dopo aver tratteggiato i diversi percorsi a partire dai quali è possibile ragionare sulla cittadinanza amministrativa (dei diritti sociali, dei diritti di buona amministrazione, dei doveri), può essere utile a questo punto interrogarsi sul modo in cui si vada delineando in questo quadro la figura del cittadino amministrativo.

Si è già considerato come l'appartenenza territoriale sia andata progressivamente perdendo la funzione esclusiva di identificazione dei cittadini amministrativi. È indubbio al tempo stesso che alla perdita del tratto unificante e assorbente della appartenenza faccia da contraltare il moltiplicarsi dei 'titoli' di accesso al rapporto con l'amministrazione che sta alla base della cittadinanza amministrativa. Se, quindi, viene meno la perfetta sovrapposizione fra cittadino politico e cittadino amministrativo, il cittadino 'nazionale' diventa soltanto uno di coloro che, attraverso il rapporto con l'amministrazione, instaurano quei legami con le istituzioni e con la società e possono essere qualificati, quindi, come cittadini amministrativi.

Al cittadino nazionale si affianca innanzi tutto il cittadino europeo, i cui diritti, come è stato appena illustrato, sorgono a partire dal diritto alla libera circolazione, ma non si esauriscono in esso, estendendosi progressivamente alla possibilità di usufruire dei servizi essenziali negli Stati membri di destinazione.

I rapporti amministrativi a cui dà luogo la cittadinanza europea vengono prevalentemente instaurati con le istituzioni nazionali, di modo che la prima risulta innervata dalle cittadinanze amministrative delle quali è possibile godere nei diversi Stati. Ma se, da un lato, la cittadinanza europea può essere anche guar-

data come una somma di cittadinanze amministrative nazionali, dall'altro, queste trovano una progressiva uniformazione proprio attraverso il diritto europeo che, anche per il tramite del principio di non discriminazione, impone che al cittadino dell'Unione sia concesso, in tutti gli Stati membri, lo stesso trattamento giuridico accordato ai cittadini del medesimo Stato che si trovino nella stessa situazione⁴. È attraverso questo processo che nelle cittadinanze amministrative nazionali gli elementi di *status* rilevanti nella costituzione del rapporto con l'amministrazione sono sottoposti ad una progressiva uniformazione che apparenta fra di loro i cittadini amministrativi europei. Ciò vale, in particolar modo, per gli aspetti della vita della persona connessi alle competenze di cui gode l'UE, funzionali alla realizzazione del suo mandato, quali quelli relativi allo status di 'lavoratore' o di 'consumatore', ma vale anche per quelli ad essi correlati: si pensi, in questo senso, alla nozione di 'familiare'. Ne discende un «effetto diretto e indiretto sullo stato giuridico di persona e sul rispetto dei diritti fondamentali e sociali all'interno della Unione Europea» (v. V. Colcelli, *Concetto di status nel diritto europeo. Doveri inespressi a fronte dei diritti sanciti nel diritto dell'Unione Europea*, in questo volume).

Ai cittadini nazionali ed europei, si affiancano i cittadini stranieri ai quali, come è stato ampiamente ricordato (v. C. Corsi, *L'accesso degli stranieri ai diritti sociali*, in questo volume), è assicurato dal nostro ordinamento il godimento della gran parte dei diritti sociali che comportano una relazione con l'amministrazione. La cittadinanza amministrativa degli stranieri extracomunitari passa attraverso l'attribuzione di rilevanza ad elementi di *status* che concernono il legame della persona con la comunità (il 'far parte') e prescindono dalla sua nazionalità. Divengono così rilevanti il titolo di soggiorno, il suo carattere episodico o di lunga durata, la residenza, l'abituale dimora, sino, in alcuni casi, la mera presenza. Quando quest'ultima viene presa in considerazione come unico requisito idoneo ad attivare il diritto verso l'amministrazione (si pensi al caso delle prestazioni sanitarie garantite anche agli immigrati irregolari o al diritto all'istruzione per i minori) il legame al quale si dà valore è quello con la comunità umana in quanto tale, nelle trame del quale si intravede una prospettiva di cittadinanza «intesa come l'insieme dei diritti che accompagnano la persona quale che sia il luogo ove essa si trova» (Rodotà, 2012: 4).

La centralità della persona, che nel tempo ha determinato la estensione di molti diritti agli stranieri, è alla base anche di quel capovolgimento della priorità dell'amministrazione rispetto all'amministrato e ai suoi bisogni che si è ricostruita come tratto fondamentale dell'evoluzione dei caratteri della cittadinanza amministrativa. In questa prospettiva non deve apparire scontato includere fra le caratteristiche del cittadino amministrativo quella di essere persona. A ciò corrisponde infatti la necessaria considerazione per la pluralità e diversità dei bi-

sogni di cui ciascuno è portatore alla luce delle proprie specifiche esigenze. Un cittadino amministrativo plurale, a cui corrisponde una amministrazione servente che ricostruisce il proprio modo di operare nell'erogazione delle prestazioni a tutela dei diritti alla luce dei bisogni e del loro concreto atteggiarsi. Le conseguenze sono diverse. Da un punto di vista operativo è evidente la non standardizzabilità della gran parte delle prestazioni, che debbono essere costruite a partire da e intorno ai bisogni del cittadino individuo.

Gli studi su assistenza sociale (v. N. Vettori, *Persona e diritti all'assistenza*, in questo volume) e istruzione (v. E. Carloni, *Il diritto all'istruzione come diritto di cittadinanza*, in questo volume) hanno messo ben in evidenza la progressiva personalizzazione delle prestazioni e il modo in cui ciò cambia profondamente l'amministrazione. Ma un'altra, forse ancor più significativa conseguenza, riguarda il rapporto con coloro che ricevono il servizio. Il cittadino amministrativo acquista, infatti, un ruolo attivo nella definizione della prestazione che soddisfa concretamente il suo bisogno e, quindi, il suo diritto. Si pensi ai progetti sociali o ai piani educativi individuali, ma anche all'acquisizione del consenso informato in sanità. Si tratta in tutti i casi di percorsi di relazione, fatti di accoglimento, incontro, ascolto, comprensione e condivisione⁵, attraverso i quali l'utente, la famiglia, le altre amministrazioni coinvolte contribuiscono insieme alla costruzione del servizio, affinché questo risponda effettivamente alla finalità di liberazione dell'individuo e pieno sviluppo della sua personalità.

Ma il processo di coinvolgimento del cittadino amministrativo non è limitato all'ambito delle prestazioni di servizio, anche nel rapporto con l'amministrazione che esprime il potere attraverso la decisione pubblica gli interessati sono chiamati a contribuire alla definizione dell'esercizio della funzione (v. M. Bombardelli, *La partecipazione procedimentale*, in questo volume).

Ci troviamo quindi di fronte ad un cittadino partecipante, attivo, militante, che sempre di più chiede di poter contribuire anche alle scelte pubbliche rilevanti per l'intera comunità a cui appartiene (v. A. Valastro, *Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa: andata e ritorno di un insolito fenomeno di eteronegesi dei fini*, in questo volume) e che attraverso la propria azione dimostra di essere una fondamentale risorsa per lo sviluppo della collettività (v. S. Gallerini, *L'evoluzione del volontariato e Terzo settore nella funzione di advocacy*, in questo volume). Prende corpo così una cittadinanza amministrativa 'praticata', in cui diritti e doveri si intersecano e si sostengono reciprocamente, nell'esercizio di una «libertà solidale con la quale le persone esprimono la propria identità specifica e la ricerca del senso della propria vita» (v. F. Giglioni, *Il contributo del principio di sussidiarietà alla cittadinanza*, in questo volume).

Ma la 'militanza' del cittadino amministrativo oggi assume anche un'altra forma. Di fronte alla scarsità di risorse determinata dalla crisi economica e all'orien-

tarsi dei tagli alla spesa pubblica proprio sulle prestazioni di servizio, il cittadino non di rado si trova a dover 'espugnare' il proprio diritto. Nella relazione fra legge che riconosce il diritto, amministrazione che eroga la prestazione che lo soddisfa, e cittadino entra così sempre più intensamente il giudice, dando luogo a fenomeni in cui la funzione giurisdizionale non coincide più soltanto con la tutela-applicazione dei diritti, ma si confonde con il riconoscimento-definizione di questi ultimi. Sempre più spesso i giudici sono chiamati a indicare un diritto che la legge ha ommesso di definire, a delimitarne il nucleo impenetrabile alla discrezionalità del legislatore, a specificare il modo in cui l'amministrazione deve organizzarsi per soddisfarlo, percorrendo vie che lambiscono il terreno proprio della politica e qualche volta sconfinano in esso.

Un simile fenomeno risulta amplificato dalla sempre maggiore articolazione di una cittadinanza amministrativa che si dispiega su più livelli e che, come abbiamo visto, è sottoposta alle pressioni unificanti determinate dalla riqualificazione degli *status* che ne definiscono il contenuto da parte dei giudici sovranazionali.

Da ultimo, alcune considerazioni debbono essere riservate a chi non è cittadino amministrativo. Se, come si è ampiamente considerato, i processi di rafforzamento e personalizzazione dei diritti attenuano fino, in alcuni casi ad annullarla, la relazione fra appartenenza territoriale e cittadinanza amministrativa, la presenza sul territorio resta fondamentale per la costituzione di una cittadinanza che trova nelle amministrazioni nazionali i principali interlocutori. Ecco che allora il divieto di ingresso, il respingimento alle frontiere, il blocco anche fisico del flusso di umanità che viene da fuori dell'Europa ci appare in tutta la sua drammaticità come esclusione anche da quel minimo di prestazioni che, come si è detto, trovano la loro ragion d'essere nel riconoscimento della persona come facente parte della comunità umana. Diventa così insopportabilmente stridente la contraddizione fra un sistema civile e sociale in cui i diritti si sono progressivamente ispessiti, hanno consolidato un nucleo incompressibile, radicando l'individuo come centro e fine di qualsiasi regolazione, e l'idea che la difesa di queste conquiste possa diventare un muro invalicabile, che, nel dividere i cittadini amministrativi da coloro che non lo sono, segna la frattura fra l'esistenza e l'assenza totale di diritti e in questo modo distingue fra 'piena umanità' e altro da essa.

Note

- * La stesura del testo è frutto di una elaborazione comune ai due autori, anche se i paragrafi 2, 7, 8 e 10 possono essere attribuiti ad Antonio Bartolini e i paragrafi 3, 4, 5, 6 e 11 possono essere attribuiti ad Alessandra Pioggia, mentre i paragrafi 1 e 9 sono attribuibili ad entrambi.
- ¹ Così C. cost., 17.12.2013, n. 309, a proposito della partecipazione dello straniero ai servizi regionali di volontariato.
- ² C. giust., 11.07.2002, C-224/98, *D'Hoop c. Office national de l'emploi*.
- ³ C. giust., 30.04.2011, C-34/09, *Zambrano c. Office national de l'emploi*.
- ⁴ C. giust., 21.07.2011, C 503/09, *Lucy Stewart c. Secretary of State for Work and Pensions*.
- ⁵ C. Stato, sez. VI, 02.09.2014, sent. n. 4460.

Riferimenti bibliografici

- Allegretti U. 1991, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Cedam, Padova.
- Allena M. 2012, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo*, Esi, Napoli.
- Arena G. 1996, *L'utente-sovrano*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Mucchi, Modena.
- 2010, *La cittadinanza amministrativa. Una nuova prospettiva per la partecipazione*, in *Joacaba*: 522 sgg.
- Bachelet V. 1992, *Costituzione e amministrazione. Scritti giuridici*, Ave, Roma.
- Bartole S. 2004, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, il Mulino, Bologna.
- Bartolini A. 2005, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo: la nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Giappichelli, Torino.
- Bascherini G. 2014, *I doveri costituzionali*, in *Diritto on line*, Treccani, Roma.
- Benvenuti F. 1969, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in F. Benvenuti, G. Miglio, *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, Neri Pozza, Firenze: 65 sgg.
- 1994, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio, Venezia.
- Bilancia F. 2014, *I diritti sociali ed il diritto alla salute nell'ordinamento dell'Unione europea. Un'introduzione*, in S.R. Martini, S. Bilancia (a cura di), *O direito à saúde na união europeia e no mercosul*, Livraria do Avogado Editora, Porto Alegre: 29 sgg.
- Carloni E. 2004, *Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Giappichelli, Torino.
- Cassese S. 2011, *L'Italia una società senza stato ?*, il Mulino, Bologna.
- Cavallo Perin R. 2004, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*: 202 sgg.
- Clarich M. 1995, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Giappichelli, Torino.
- Costa P. 1997, *Alle origini dei diritti sociali: «Arbeitender Staat» e tradizione solidaristica*, in G. Gozzi (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, il Mulino, Bologna: 277 sgg.
- De Lucia L. 2005, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi: saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Giappichelli, Torino.
- Dinelli F. 2011, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Jovene, Napoli.
- Donati D. 2013, *Il paradigma sussidiario*, il Mulino, Bologna.
- Ferrara L. 2003, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione: la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, Milano.
- Fioravanti M. 2003, *Vittorio Emanuele Orlando: il giurista*, in *Vittorio Emanuele Orlando: lo scienziato, il politico e lo statista (Senato della Repubblica, Convegno del 4 dicembre 2002)*, Soveria Mannelli, Roma.

- Giubboni S. 2012, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, il Mulino, Bologna.
- 2015, *Free Movement of Person and European Solidarity: a Melancholic Eulogy*, paper presented at *The impact of the financial-economic crisis on the guarantee of social welfare rights*, York, September 4 and 5.
- Giubboni S., Pioggia A. 2015, *Lo stato del benessere: dalla redistribuzione al riconoscimento*, in *Rivista del diritto e della sicurezza sociale*: 297 sgg.
- Grosso E. 1997, *Le vie della cittadinanza*, Cedam, Padova.
- 1998, *La cittadinanza: appartenenza, identità e partecipazione dallo Stato liberale alla democrazia contemporanea*, in L. Violante, con la collaborazione di L. Minervini, (a cura di), *Storia d'Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, Giappichelli, Torino: 107 sgg.
- 2010, *I doveri costituzionali*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Esi, Napoli: 229 sgg.
- Harlow C. 1996, *Francovich and the Problem of the Disobedient State*, in *Eur. Law Journal*: 199 sgg.
- Hemerijck A. 2013, *Changing Welfare States*, Oxford University Press, Oxford.
- Kochenov D. 2014, *EU Citizenship without Duties*, in *European law journal*: 482 sgg.
- Ledda F. 1999, *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, in *Foro amm.*: 2713.
- Luhmann N. 1977, *Sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari.
- Mancini P.S. 1851, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti, prolusione al corso di diritto internazionale e marittimo, pronunciata nella R. Università di Torino, dal professore Pasquale Stanislao Mancini il 21 gennaio 1851*, Giappichelli, Torino.
- Mengoni L. 1963, *Forma giuridica e materia economica*, ora in Id., *Diritto e valori*, I, il Mulino, Bologna, 1985: 47 sgg.
- Morrone A. 2014, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*: 79 sgg.
- Napolitano C. 2014, *EU Administrative Procedures. Presenting and discussing the Renewal drafting model rules. Resoconto del Convegno Renewal – Bruxelles*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 889 sgg.
- Nigro M. 1994, *Giustizia amministrativa* (IV ed.), il Mulino, Bologna.
- Orsi Battaglini A. 1988, «*L'astratta e infeconda idea*». *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, «*Quaderni fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno*», XVII: 570 sgg.
- Pastori G. 1993, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Scritti Ottaviano*, Giuffrè, Milano.
- Pinelli C. 2012, *Il discorso sui diritti sociali tra Costituzione e diritto europeo*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Giappichelli, Torino: 121 sgg.
- Papa Francesco 2014, *Discorso al parlamento europeo*, Strasburgo, 25 novembre.

- Pioggia A. 2012, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. Pubbl.*: 49.
- Protto M. 2008, *Il rapporto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Rodotà S. 2012, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari.
- 2014, *Solidarietà*, Laterza, Roma-Bari.
- Savino M. 2012, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Giuffrè, Milano.
- Scoca F.G. 1990, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Giuffrè, Milano.
- Shaw J. 1997, *Citizenship of the Union: towards post-national membership?*, in *Jean Monnet Working Paper*, 6.
- Violante L. 2014, *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, Torino.
- Weiler J.H.H. 2009, *'Europa': "Nous coalisons des états, nous n'unissons pas des hommes"*, in M. Cartabia, A. Simoncini (a cura di), *La sostenibilità della democrazia nel XXI secolo*, il Mulino, Bologna: 59 sgg.

STUDI

PARTE PRIMA
EQUITÀ E COESIONE SOCIO ECONOMICA:
DIRITTI SOCIALI E SERVIZI

CITTADINANZA AMMINISTRATIVA E PREVIDENZA SOCIALE

William Chiaromonte, Stefano Giubboni

SOMMARIO – 1. Breve premessa metodologica. 2. Il sistema previdenziale italiano dal 1965 al 2015: le coordinate di riferimento. 3. Alle origini della doppia distorsione del sistema previdenziale: gli anni Sessanta. 4. Il consolidamento della doppia distorsione: dagli anni Settanta agli anni Ottanta. 5. L'avvio della lunga stagione delle riforme: gli anni Novanta. 6. Gli anni Duemila e gli effetti della crisi economica globale. 7. Una breve conclusione.

1. Breve premessa metodologica

È impresa ardua, temiamo ai limiti dell'impraticabilità, quella che i curatori di questo volume ci sollecitano chiamandoci al tentativo di riannodare i percorsi della previdenza sociale in Italia nell'ultimo cinquantennio secondo un disegno capace di esprimere un qualche nesso di coerenza con la trama dei principi costituzionali, oltre che con le vicende dell'integrazione europea, in effetti sempre più incisive e condizionanti, quantomeno a partire dai primi anni Novanta (ovvero dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht). Anche ad una primissima ricognizione in chiave storica (v. sin d'ora Cassese, 2014: 291 sgg.), la materia – magmatica e proteiforme – della previdenza sociale italiana ci appare, infatti, irriducibile a qualunque tentativo di lettura unitaria, specialmente se questo coltivasse l'ambizione di ancorarsi ad una interpretazione 'forte' – per così dire – della Costituzione repubblicana. Una siffatta lettura non sarebbe anzitutto rintracciabile nei percorsi – mutevoli nel tempo, ma spesso anche sincronicamente contraddittori tra di loro – della giurisprudenza costituzionale; e ciò, anche prima della presa d'atto del carattere 'aperto' dell'art. 38 Cost. da parte del giudice della leggi¹ (v. per tutti Cinelli, 1987 e 1999; Persiani, 1987; e più recentemente D'Onghia, 2013). Né, evidentemente, un disegno organico, tanto più di diretta e esplicita 'attuazione costituzionale', sarebbe, a monte, rintracciabile nelle scelte – così condizionate, e talvolta deformate, dalle mutevoli contingenze politiche ed economiche del momento e del contesto – compiute, in questo cinquantennio, dal legislatore ordinario.

La vicenda della previdenza sociale in Italia negli ultimi cinquant'anni, e dei modi in cui essa ha contribuito alla costruzione della cittadinanza amministrativa nel nostro Paese, deve allora essere considerata – con un atteggiamento che potremmo definire di disincanto metodologico² – in tutta l'irrisolta complessità dei processi di trasformazione che hanno investito il macrocosmo del *welfa-*

re state «all'italiana» (Ascoli, 1984), ove l'onda del cambiamento – anche quando è stata rafforzata, come in questi ultimi anni, dall'urgenza e dalla gravità della crisi finanziaria e fiscale – è stata certamente capace di incidere, anche in profondità, sugli assetti consolidati di protezione sociale, ma non ha tuttavia prodotto una radicale ristrutturazione del sistema e della stratificazione di interessi protetti che vi sono incorporati. In questo contributo cercheremo quindi di individuare le più significative dinamiche di mutamento del sistema previdenziale italiano dal 1965 ad oggi, in particolare nei due settori chiave della tutela pensionistica e di quella contro la disoccupazione, segnalando al contempo i forti tratti di continuità rispetto alle traiettorie impresse all'ordinamento previdenziale proprio dalle scelte politiche maturate a partire dalla metà degli anni Sessanta del Novecento.

2. *Il sistema previdenziale italiano dal 1965 al 2015: le coordinate di riferimento*

Nel corso dell'ultimo cinquantennio, il sistema previdenziale nazionale – ovvero il sistema delle assicurazioni sociali, le quali fungono ancora da principale elemento aggregante per l'identificazione della previdenza sociale – ha rappresentato, e rappresenta tuttora, in continuità sotto tale profilo con la prima legislazione post-unitaria, la fondamentale nervatura istituzionale e prestazionale dello Stato sociale italiano, vale a dire l'espressione tipica (ma, beninteso, non esaustiva) delle politiche sociali proprie del moderno *welfare state*. Difatti, nonostante che in epoca repubblicana, ed in particolare a partire dagli anni Sessanta dello scorso secolo, siano state introdotte significative innovazioni, sulle quali ci soffermeremo nel prosieguo della trattazione, e malgrado gli intervenuti mutamenti politici ed istituzionali, le assicurazioni sociali – in quanto strumento per mezzo del quale la previdenza sociale ha tradizionalmente trovato concreta attuazione – hanno mantenuto quelle caratteristiche fondanti che ne avevano favorito l'introduzione già sul finire del XX secolo. Queste ultime consistono essenzialmente – ancora oggi – nella maggiore economicità per l'erario, dal momento che il relativo onere finanziario permane a carico delle categorie interessate (sia pure con il temperamento del sussidiario intervento della solidarietà generale), e nel correlato assetto su base professionale, da un lato, e nella duttilità dello strumento a servizio delle politiche di controllo sociale, ed in particolare quale strumento di politica economica, dall'altro³ (Cinelli, 2015: 13-15).

Tali fondamentali elementi di continuità nella costruzione dei contenuti previdenziali della cittadinanza amministrativa in Italia rappresentano, indubbiamente, il dato di partenza del profilo diacronico che si intende di seguito tratteggiare – per ovvi motivi solo con rapide pennellate – allo scopo di porre in evidenza le fasi salienti e gli snodi cruciali dell'evoluzione del sistema previdenziale

italiano dal 1965 ad oggi. D'altra parte, pur mantenendo l'originaria struttura assicurativa ed uno schema previdenziale fortemente centrato sull'occupazione (in cui, in altre parole, l'accesso alle misure di protezione sociale dipende dalla posizione dell'assicurato nel mercato del lavoro e, di conseguenza, dallo *status* contributivo), le innovazioni apportate nel corso del tempo hanno anche visto un progressivo allontanamento del sistema previdenziale dalla originaria logica di scambio, ed una sua quantomeno parziale riconversione, in un'ottica (pur solo tendenzialmente) universalistica e solidaristica, in strumento di redistribuzione a fini di protezione collettiva per situazioni di bisogno socialmente rilevanti⁴.

Ulteriori elementi arricchiscono le coordinate di riferimento che caratterizzano gli sviluppi della materia nel cinquantennio considerato. Da un lato, l'opera di realizzazione, da parte del legislatore ordinario, dei principi di tutela della persona in relazione ad essenziali bisogni della vita individuale e collettiva, che pure hanno trovato espresso ancoraggio e garanzia nelle disposizioni della Carta costituzionale, non è stata sorretta, specialmente negli sviluppi più recenti, da un disegno completo e razionale, né tantomeno da una visione organica, essendo piuttosto stata orientata – in ragione di condizionamenti economici e politici – da opzioni e politiche del diritto mutevoli e contraddittorie, sempre più spesso ispirate dalla impellente necessità di far fronte al contingente, che negli ultimi anni ha coinciso con le emergenze – via via aggravatesi – di finanza pubblica (Persiani, 2014: 18-19). In particolare, la questione della sostenibilità finanziaria del sistema ha imposto ripetuti interventi, che hanno fortemente inciso sulla capacità prestazionale dello Stato sociale italiano. A partire dagli anni Settanta dello scorso secolo, le condizioni socio-economiche che avevano favorito l'espansione del *welfare state* sono venute progressivamente meno; l'onda lunga della «crisi fiscale» degli Stati sociali maturi (O'Connor, 1979) ha progressivamente inciso sulla struttura delle prestazioni e dei servizi di *welfare*, essenzialmente per rispondere a vincoli di bilancio sempre più stringenti, e lo Stato sociale (e nel suo ambito il sistema previdenziale in modo elettivo) è divenuto il principale oggetto dei processi di ristrutturazione volti anzitutto a risanare – ancorché con scarsi risultati – i bilanci pubblici. Ma ciò è per l'appunto avvenuto al di fuori di un disegno organico di sistema e di lungo periodo, per cui – come è stato ben osservato – il *retrenchment* finanziario è avvenuto senza una adeguata opera di ricalibratura complessiva del sistema (Ascoli, Pavolini, 2012), ovvero senza correggere (se non in parte, e quasi sempre con traiettorie temporali molto lunghe, come paradigmaticamente avvenuto nel caso della riforma pensionistica del 1995) le debolezze strutturali che ancora affliggono il sistema previdenziale italiano.

Dall'altro lato, fra gli anni Ottanta e gli anni Novanta il processo di trasformazione e ristrutturazione dello Stato sociale, tuttora in corso, è proseguito an-

che attraverso il progressivo trasferimento di funzioni (e dei connessi *budget* finanziari) dai livelli centrali a quelli locali, fino ad arrivare alla delega di gestione e produzione di beni, prestazioni e servizi ai privati, in quello che con formula riassuntiva viene chiamato *welfare mix* (Ascoli, Ranci, 2003). In particolare, si è assistito – per vero più nell’area dell’assistenza che in quella della previdenza sociale – ad una compressione delle responsabilità e del ruolo delle istituzioni pubbliche con un coinvolgimento sempre maggiore del circuito privato nelle sue diverse articolazioni (si pensi, su tutte, alle politiche legislative che negli ultimi anni hanno promosso lo sviluppo e la diffusione dei fondi di previdenza complementare, ma anche al mondo del terzo settore e a quello che viene ora individuato suggestivamente come «secondo *welfare*» o, ancora, senza che si dia una completa sovrapposizione tra le due espressioni, come «*welfare* aziendale»).

Gli sforzi di razionalizzazione e omogeneizzazione delle tutele compiuti dal legislatore a partire dalla metà degli anni Novanta non hanno dunque superato, se non in parte, la frammentazione e il carattere categoriale degli interventi, ovvero lo stigma che tradizionalmente impronta (e distorce) la struttura dello Stato sociale italiano, e ancor meno sono stati capaci di alleviare la disomogeneità nell’offerta dei servizi e delle prestazioni sociali nell’ambito del territorio nazionale. Le diagnosi su quella che è stata chiamata la «doppia distorsione» (Ferrera, Fargion, Jessoula, 2012: 7-15) del modello italiano di Stato del benessere restano valide per larga parte anche oggi, giacché ancor oggi è agevole individuare: da un lato, una distorsione funzionale, dovuta al fatto che gran parte della spesa sociale del nostro Paese è stata assorbita dal sistema pensionistico (59,1% del totale, a fronte di una media europea del 43,7%, tenendo come riferimento il periodo 2000-2008), a discapito dei rischi e bisogni collegati alle fasi del ciclo di vita anteriori al pensionamento (politiche a sostegno della famiglia, dei minori, dei disoccupati ecc.); dall’altro lato, una distorsione distributiva, che consiste nel netto divario di protezione (in termini di accesso alle prestazioni e di generosità delle stesse) all’interno delle varie funzioni di spesa (compresa quella pensionistica) fra le diverse categorie occupazionali, risultandone una netta segmentazione fra *insider* (o garantiti, essenzialmente lavoratori dipendenti delle amministrazioni pubbliche e delle grandi imprese) ed *outsider* (o non garantiti, principalmente lavoratori relegati nell’economia sommersa).

Tale doppia distorsione, che ha fortemente squilibrato il nostro *welfare state* verso le pensioni, affonda le sue radici nelle scelte politiche e legislative che sono state compiute a partire dalla seconda metà degli anni Cinquanta e soprattutto dai primi anni Sessanta dello scorso secolo (l’epoca del ‘miracolo economico’, nonché del passaggio dal ‘centrismo’ alla formula del primo centro-sinistra) e per tutti gli anni della prima Repubblica. Essa ha in sostanza caratterizzato appieno il periodo di cui ci stiamo occupando, raggiungendo il suo acme

fra gli anni Settanta e gli anni Ottanta. Solo con gli inizi degli anni Novanta – essenzialmente a partire dal 1992 (in coincidenza, non a caso, con la ratifica del Trattato di Maastricht) – l'Italia ha iniziato un lento e faticoso processo di ricalibratura funzionale, distributiva e normativa, che tuttavia non può dirsi giunto ad un approdo sicuro.

In sostanza, a tutt'oggi quello italiano è un sistema previdenziale dalla copertura occupazionale e frammentata, nel quale l'enfasi è primariamente posta sulla tutela della vecchiaia e la definizione dei rischi coperti registra da un lato segmentazioni ridondanti (si pensi solo alla distinzione fra pensione di vecchiaia e pensione di anzianità, che solo la recente riforma pensionistica di cui alla l. 22.12.2011, n. 214, ha ricondotto ad unità), e dall'altro carenze macroscopiche (il pensiero va, prima di tutto, all'assenza di tutele per il rischio di mancanza di reddito).

Si tratta, a questo punto, ed alla luce del quadro generale sin qui abbozzato, di tracciare le principali tappe dell'evoluzione del sistema previdenziale italiano in quest'ultimo cinquantennio, con particolare riferimento al sistema pensionistico e a quello degli ammortizzatori sociali. L'ipotesi da verificare è che, almeno nei due settori presi in esame, si possano individuare due passaggi fondamentali di questa evoluzione; passaggi che – pur muovendosi all'interno dell'impianto assicurativo-sociale del sistema – si pongono in tensione dialettica tra di loro: una fase espansiva, costituita dalle riforme della fine gli anni Sessanta (quello che Amato e Graziosi, 2013: 106, hanno efficacemente chiamato «il lunghissimo 1968 italiano»), ed una fase di progressiva contrazione e razionalizzazione delle forme di tutela previdenziale, avviata nei primi anni Novanta. Entrambi i passaggi esibiscono tratti di ambiguità e, per ragioni diverse, di problematico inquadramento costituzionale.

3. Alle origini della doppia distorsione del sistema previdenziale: gli anni Sessanta

È negli anni Sessanta dello scorso secolo, caratterizzati dal venir meno di molte delle condizioni che avevano favorito lo sviluppo del miracolo economico italiano, che ha raggiunto il culmine quella che è stata definita «la parabola espansiva delle pensioni» (Ferrera, Fargion, Jessoula, 2012) – principalmente in virtù della riforma pensionistica del 1968-1969⁵ e della introduzione, nel 1968, della Cassa integrazione guadagni straordinaria (d'ora in avanti, CIGS)⁶ –, la quale ha gettato le basi per lo sviluppo ed il consolidamento del già ricordato sbilanciamento (funzionale e distributivo) del sistema nazionale di protezione sociale (Castellino, 1976; Ferrera, 1984 e 1993).

L'avvertita necessità di una riforma strutturale, in grado di razionalizzare ed estendere il sistema di tutela della vecchiaia, caratterizzato da interventi legisla-

tivi disomogenei e parziali, era all'epoca riconosciuta da più parti (si pensi solo alle proposte di riforma contenute nel rapporto del CNEL del 1963, improntato ad una riscrittura in senso universalistico dell'intero sistema); nonostante ciò, tali istanze non sono sfociate in alcuna riforma strutturale ed organica, ma unicamente in un percorso segnato da tappe di evoluzione incrementale (Jessoula, 2009), a partire dalle leggi approvate a cavallo fra il 1962 ed il 1963⁷, le quali hanno essenzialmente disposto un progressivo aumento delle prestazioni pensionistiche a beneficio dei lavoratori dipendenti ed autonomi (via via inclusi nel circuito protettivo con percorsi fortemente influenzati dai cicli politico-elettorali e, in particolare, dalla accesa competizione tra DC e PCI).

Le misure introdotte negli anni successivi si sono collocate in linea di continuità con gli interventi del 1962-1963. Il riferimento è, principalmente, all'istituzione della pensione sociale⁸, erogata dall'apposito Fondo costituito dalla l. 21.7.1965, n. 903 (il cui sistema di finanziamento ha, peraltro, rappresentato una sorta di contribuzione di solidarietà *ante litteram*: Cinelli, 2015: 46). Nonostante la denominazione, non si trattava di una reale prestazione universalistica destinata ai cittadini in particolari condizioni di bisogno, essendo riferita solo ai soggetti che avevano già maturato il diritto ad una posizione assicurativa; in sostanza, il provvedimento si limitava esclusivamente a determinare (*rectius*, adeguare) il livello minimo del trattamento pensionistico per i lavoratori, sia dipendenti, sia autonomi, senza però introdurre una prestazione di base omogenea per tutte le gestioni. Fra le ulteriori misure della l. n. 903/1965 si collocavano un blando meccanismo di indicizzazione delle prestazioni, l'introduzione delle pensioni di anzianità per il settore privato (con un requisito contributivo minimo di 35 anni)⁹, l'aumento delle pensioni superiori al minimo, la conferma del metodo di calcolo contributivo e l'innalzamento del coefficiente di rivalutazione delle pensioni di base. L'impostazione occupazionale del sistema è stata avvalorata, appena un anno più tardi, dall'estensione dell'assicurazione pensionistica obbligatoria ai commercianti¹⁰, dopo che analoghe previsioni erano già state adottate con riferimento agli artigiani ed ai lavoratori (autonomi) agricoli.

Sull'onda di forti mobilitazioni collettive (ed in particolare dell'autunno caldo' del 1969), gli ultimi provvedimenti adottati nel corso di quel decennio allo scopo di riordinare l'assetto previdenziale, che ancora una volta hanno confermato l'impostazione occupazionale della tutela della vecchiaia, sono principalmente consistiti: nell'incremento dei minimi pensionistici; nel passaggio al metodo retributivo per i dipendenti privati (mediante una connessione fra il livello della retribuzione dell'ultimo triennio ed il livello della pensione, sia pure compensata, sul versante del contenimento dei costi, da una assai transitoria abolizione delle pensioni anzianità, appena introdotte)¹¹; nonché – con la l. 30.4.1969, n. 153 – nella riforma del sistema retributivo mediante la previsione di presta-

zioni più generose, con un'ulteriore rivalutazione dei parametri di calcolo delle pensioni (fino al raggiungimento, in rapida progressione, dell'80% dell'ultima retribuzione a fronte di 40 anni di contribuzione); nella definitiva eliminazione della componente a capitalizzazione (che coesisteva con il preponderante sistema a ripartizione); nell'introduzione di una vera pensione sociale a beneficio di tutti i cittadini ultra-sessantacinquenni che si trovavano in condizioni di bisogno e del tutto disancorata da una logica di tipo contributivo (alla quale si è accompagnata l'istituzione della pensione per i mutilati ed invalidi civili)¹²; nella previsione di un meccanismo di indicizzazione delle pensioni al costo della vita e del principio di automaticità delle prestazioni; e – appunto – nella pronta reintroduzione della pensione di anzianità per il settore privato, prestazione assai peculiare nel panorama europeo (almeno nel settore privato), correlata alla sola anzianità contributiva e quindi svincolata dall'età anagrafica.

I provvedimenti da ultimo citati – ai quali si è affiancata la già rammentata introduzione, nel 1968, in favore dei dipendenti di imprese industriali, della CIGS¹³, che testimonia l'estensione (sia pure in maniera scoordinata) dell'istituto nel corso del decennio, alla quale è viceversa corrisposta «l'atrofia dell'indennità di disoccupazione» (Ferrera, Fargion, Jessoula, 2012: 273) – hanno concluso la «fase di più robusta espansione del sistema pensionistico italiano» (Ferrera, Fargion, Jessoula, 2012: 246), sancendo una forte dilatazione della spesa pubblica e, al contempo, delle dinamiche di segmentazione distributiva e funzionale. In sostanza, alla fine del decennio si era in presenza di un'assicurazione obbligatoria che forniva prestazioni pensionistiche particolarmente generose (retributive per i lavoratori subordinati, contributive per quelli autonomi), che integrava ad un livello minimo le prestazioni più basse e che prevedeva una pensione sociale per gli anziani più bisognosi. Sono proprio questi interventi ad aver operato da moltiplicatori della spesa pensionistica italiana, fino a renderla la più elevata fra i Paesi europei già nel corso degli anni Ottanta.

Inoltre, vale solo la pena di sottolineare che, con l'introduzione della CIGS, è stato istituzionalizzato un intervento pubblico accordato non più solo per tamponare singole situazioni di temporanea difficoltà dell'impresa (come era nel caso della cassa integrazione guadagni ordinaria: CIGO), ma anche per fronteggiare situazioni di crisi strutturale (sia pure, almeno in astratto, reversibile); in altre parole, il nuovo istituto ha iniziato ad assolvere finalità di politica economica ed industriale, sul presupposto che la crisi fosse un elemento strutturale, fisiologico, rispetto al quale lo Stato è stato chiamato ad intervenire in maniera diretta e con consistenti esborsi finanziari, accollandosi buona parte dei costi connessi ad una tale gestione flessibile del personale da parte delle imprese (Ascoli, 1984). Ciò ha finito certamente per contribuire a rinforzare, anche nel settore degli ammortizzatori sociali, le anomalie e le distorsioni preesistenti.

4. Il consolidamento della doppia distorsione: dagli anni Settanta agli anni Ottanta

Le scelte politiche che sono state compiute nei decenni successivi al 1969, quando è stato edificato «il sistema pensionistico più generoso, sperequato e fiscalmente irresponsabile dell'area OCSE», hanno prodotto, «quasi per inerzia istituzionale, distorsioni funzionali e distributive sempre più acute» (Ferrera, Fargion, Jessoula, 2012: 331). E ciò si è realizzato proprio nel momento in cui la crisi economica che stava colpendo le economie occidentali, e quindi anche l'Italia, ha iniziato ad avere sostanziali ricadute anche sulle funzioni sociali dello Stato, e nonostante il tentativo di depurare il sistema previdenziale da quegli 'eccessi' di tutela che si erano sviluppati in conseguenza della riforma pensionistica del 1968-1969, tentativo che – come vedremo a breve – non sempre è riuscito a concretizzarsi in efficaci interventi finalizzati, ad esempio, a fissare un tetto massimo alle pensioni o a stabilire criteri perequativi al ribasso per le pensioni di maggior importo, o ancora a dare rilevanza solo alle situazioni di bisogno effettivo (accertato, cioè, e non più solo presunto).

Nonostante tali premesse, difatti, un nuovo e significativo rafforzamento della tutela pensionistica si è avuto nel 1975, quando è stato reso più generoso, per i lavoratori del settore privato, il duplice meccanismo di indicizzazione delle pensioni (superiori al minimo) alle variazioni del costo della vita e della dinamica salariale del settore industriale¹⁴; e, come è spesso accaduto, l'iniziativa dei lavoratori del settore industriale ha fatto da apripista per il conseguimento di analoghe (e ben più cospicue) garanzie anche nel settore pubblico¹⁵ (Girotti, 1998: 292). Sul finire del decennio, poi, sono state introdotte misure di grande rilievo anche con riferimento alla riconosciuta possibilità di ricongiungere le diverse posizioni assicurative acquisite nell'arco di una stessa carriera retributiva¹⁶.

Sul versante degli ammortizzatori sociali, la l. 8.8.1972, n. 464 ha previsto la possibilità di estendere la copertura assicurativa, in caso di CIGS, a tempo indeterminato, attraverso proroghe trimestrali successive, senza che venisse meno l'assistenza sanitaria e la continuità dei versamenti contributivi a fini pensionistici; si è sviluppata, inoltre, una vera e propria corsa all'estensione dei benefici della CIGS anche a categorie che inizialmente ne erano escluse, e la generalizzazione sistematica di tali benefici ha continuato a produrre forti costi, da un lato, e rischi di cronicizzazione assistenziale, dall'altro, soprattutto in carenza di efficaci azioni volte al reinserimento lavorativo. La successiva l. 20.5.1975, n. 164, invece, si è mossa nel senso di armonizzare le prestazioni erogate per le due diverse ipotesi, ordinaria e straordinaria. Oltre all'abnorme utilizzo di questo strumento, per far fronte alla disoccupazione si è continuato ad adoperare l'ordinario assegno di disoccupazione, peraltro periodicamente rivalutato, ma in maniera

pressoché irrisoria (Cinelli, 1982; Balandi, 1984), nonché – ed in maniera sempre più ricorrente – la pensione di invalidità, la cui anomala espansione tradiva la sua vera funzione di «sostituto funzionale di un vero salario di disoccupazione» (Girotti, 1998: 293). In altre parole, si è iniziato in tal modo a snaturare l'originaria funzione della pensione di invalidità, che è divenuta «soprattutto nelle Regioni meridionali, una vantaggiosa alternativa (in quanto permanente, definitiva e percepita in età largamente anticipata rispetto al pensionamento di vecchiaia) al trattamento di disoccupazione» (Pessi, 2014: 97).

I diversi tentativi di razionalizzare il sistema, quasi sempre sospinti da esigenze di contenimento o di riduzione dell'impegno finanziario pubblico nel settore, si sono concretizzati in vari progetti di riforma che, a partire dal 1978, si sono susseguiti senza successo (Balandi, 1986; Sandulli, 1988), e ciò fino al 1992, quando è stata avviata un'opera di riordino (a tutt'oggi in corso) culminata con la l. 8.8.1995, n. 335, e tesa più a razionalizzare l'esistente che a modificare strutturalmente il sistema¹⁷. Una tale razionalizzazione – come è stato osservato (Cinelli, 2015: 52 sgg.) – è stata perseguita, nel lasso di tempo di riferimento, all'insegna del binomio «equità e risparmio», ponendosi due obiettivi: uno perequativo (diretto a reagire alle iniquità che nel corso degli anni si erano sedimentate nel sistema, anche mediante una armonizzazione dei diversi regimi esistenti) ed uno teso al contenimento della spesa pubblica nell'ambito dei servizi sociali, e delle pensioni in particolare.

Sul versante degli interventi con finalità perequative, nonostante la semplificazione determinata dalla polarizzazione dell'organizzazione amministrativa della previdenza generale attorno all'INPS (per il settore del lavoro privato, alla cui gestione erano nel frattempo confluiti, fra gli altri, anche i lavoratori autonomi¹⁸) ed all'INPDAP (per il settore del lavoro pubblico, anche privatizzato), continuavano a sopravvivere forme di previdenza categoriali (si pensi solo agli enti previdenziali minori per i giornalisti e i liberi professionisti). L'interdipendenza dei diversi regimi è stata comunque resa più fluida dalla disciplina della ricongiunzione e della totalizzazione, avviate la prima dalla l. 7.2.1979, n. 29 (per il settore privato, essendo già operante per quello pubblico), e la seconda dal d.lgs. 30.4.1997, n. 184.

Il grado di equità dell'intero sistema è stato, inoltre, almeno parzialmente ricalibrato anche attraverso disposizioni tese a stabilire criteri predeterminati e certi di perequazione delle prestazioni, o comunque di determinazione delle stesse, talvolta entro un certo *range*¹⁹, a subordinare l'intervento sociale alla ricorrenza di uno stato di bisogno accertato non più convenzionalmente ma in concreto²⁰, ad estendere il divieto di cumulo tra pensione e retribuzione, già presente con diversa disciplina per la pensione di vecchiaia e di anzianità, alla pensione di invalidità²¹ ed alla nuova pensione di inabilità²², nonché ad eliminare le distorsio-

ni più vistose (si pensi solo, fra le altre misure, alla eliminazione delle c.d. pensioni *baby*²³, o alla riforma della abusata pensione di invalidità²⁴), anche riducendo le disparità fra il settore pubblico e quello privato²⁵.

Nello stesso arco di tempo, a testimonianza dell'incoerenza e della scarsa sistematicità con cui si sono susseguiti i provvedimenti del legislatore, si sono registrati anche interventi di segno radicalmente opposto rispetto alle sbandierate finalità perequative – il cui prototipo possono essere considerati i c.d. 'pre-pensionamenti' –, che hanno rafforzato le già vistose distorsioni esistenti, spesso con il solo fine di recuperare consenso elettorale in termini di ampliamento delle aspettative future: sono così state previste – solo per fare qualche esempio – la possibilità di procrastinare l'età pensionabile al solo fine di massimizzare i vantaggi della tutela previdenziale²⁶; una generosa sistematizzazione della disciplina della contribuzione figurativa²⁷ e della contribuzione volontaria²⁸; il progressivo innalzamento del tetto pensionistico, fino al definitivo 'sfondamento' dello stesso²⁹, e la ridefinizione dei criteri di perequazione ad esclusivo beneficio delle pensioni più generose³⁰.

Con riferimento, invece, al secondo filone degli interventi di razionalizzazione del sistema, improntati al risparmio delle risorse finanziarie pubbliche, va solo ricordato che, a partire dalla seconda metà degli anni Settanta, hanno iniziato a moltiplicarsi i provvedimenti volti ad unificare al ribasso i sistemi di perequazione automatica delle pensioni ed a limitare l'indicizzazione ad una sola pensione, per i casi di soggetti titolari di più prestazioni³¹, mentre negli anni Ottanta ci si è concentrati piuttosto su interventi compressivi di fenomeni degenerativi collegati alle pensioni di invalidità³² ed alle prestazioni in favore degli invalidi civili³³. Si è infine giunti, negli anni Novanta, a misure ben più drastiche, quali il blocco temporaneo delle pensioni di anzianità e della perequazione dei trattamenti pensionistici³⁴, l'ampliamento dell'arco temporale che fungeva da base di calcolo per la determinazione dell'importo della pensione, e ciò anche per il pubblico impiego 'privatizzato'³⁵, e l'elevazione dell'età pensionabile, misure queste ultime contenute nella l. delega 23.10.1992, n. 421, c.d. riforma Amato (Balandi, Boer, 1994; Cinelli, 1994; Cinelli, Persiani, 1995).

Di prioritaria importanza restava pure la questione occupazionale. Il recupero del valore del mercato e della concorrenza hanno spinto verso una razionalizzazione degli interventi, differenziando fra quelli in favore dei disoccupati e le sospensioni del rapporto di lavoro finalizzate alla salvaguardia effettiva del rapporto stesso (Pessi, 2014: 106). In particolare, sul primo versante si è intervenuti rivedendo, in più riprese, l'importo dell'indennità di disoccupazione³⁶ ed ampliandone il campo d'applicazione soggettivo³⁷; sul secondo versante, la CIGS era oramai divenuta una sorta di panacea, utilizzata per ogni emergenza e spe-

cificità: per le crisi delle compagnie e dei gruppi portuali³⁸, per le calamità naturali³⁹, per ipotesi collegate alla concessione o alla cessazione dell'amministrazione straordinaria⁴⁰. Anche per rimediare a tale distorsione, la l. 23.7.1991, n. 223 ha operato un primo tentativo organico di riordino degli interventi in materia di occupazione, principalmente modificando la tipologia dell'intervento, ridimensionando le funzioni della CIG (liberandola dal compito di provvedere alla tutela dei lavoratori sostanzialmente disoccupati) e recuperando la temporaneità dell'intervento della CIGS ed il suo condizionamento ad una stringente valutazione di meritevolezza in vista della ripresa della piena funzionalità aziendale (Cinelli, 1992; Liso, 1997).

5. L'avvio della lunga stagione delle riforme: gli anni Novanta

A partire dal 1992 ha preso avvio una nuova stagione di riforme dello Stato sociale italiano, determinata dal rapido mutamento nel quadro istituzionale del sistema politico, sia interno (il riferimento è, principalmente, alla transizione verso la c.d. seconda Repubblica, che ha sensibilmente modificato – anche a seguito dello scandalo di ‘tangentopoli’ – gli assetti, i soggetti e gli equilibri politici preesistenti), sia esterno (si pensi alla firma del Trattato di Maastricht ed alla conseguente, difficile transizione verso l'Unione economica e monetaria). Inoltre, l'acutizzarsi della crisi economica e la connessa necessità di contenere la spesa pubblica, assieme alle pressioni provenienti dalla comunità internazionale, hanno attribuito nuova centralità all'Esecutivo, ed in particolare ai governi c.d. tecnici. Questi ultimi non hanno potuto esimersi dall'intervenire sui nodi della quantità e della qualità della protezione sociale, in primo luogo previdenziale, da accordare agli individui ed alle famiglie, nonché sulla individuazione dei soggetti più idonei (fra Stato, mercato e terzo settore) a provvedere al meglio alla messa in opera di tali interventi. Ancora una volta, tuttavia, la strada imboccata è stata quella – già diffusamente sperimentata negli anni precedenti – dei piccoli cambiamenti di natura incrementale (Girotti, 1998: 317).

A pochi anni di distanza dalla riforma del sistema pensionistico pubblico operata dal governo Amato, che come si è visto era intervenuta su tutti i fattori suscettibili di influire sulla spesa pensionistica, nel settore privato come in quello pubblico⁴¹, ed a seguito della massiccia mobilitazione sindacale dell'autunno 1994 contro il progetto di riforma prospettato dal governo Berlusconi, è stato il governo Dini a raggiungere una soluzione accettata dalle parti sociali con la l. n. 335/1995, la quale – nell'ottica di un definitivo risanamento del settore – è intervenuta per portare a compimento le iniziative di armonizzazione, razionalizzazione e perequazione avviate negli anni immediatamente precedenti, allo scopo di arginare l'evidente insostenibilità, già nel breve periodo, del sistema deli-

neato dalla l. n. 153/1969, incentrato sulla pensione retributiva e sulla ripartizione (Pessi, 1995; Persiani, 1996).

In particolare, pur salvaguardando le posizioni acquisite e non rinunciando al finanziamento a ripartizione, la principale innovazione è consistita nel progressivo abbandono del sistema retributivo e nel ritorno ad uno schema di calcolo contributivo delle pensioni, analogamente a quanto era previsto prima del 1969, metodo di calcolo ritenuto maggiormente idoneo a garantire *ex ante* il rispetto dell'equilibrio finanziario; in sostanza, il sistema è stato ancorato ai capitali della contribuzione e della capitalizzazione virtuale. «Dalla concertazione-contrattazione della riforma uscì un nuovo modello previdenziale centrato non sulla liberazione dal bisogno della povertà, ma sulla restituzione del risparmio accantonato nella vita lavorativa» (Pessi, 2014: 117); chiaramente, è stato impossibile (principalmente per ragioni di consenso sociale) varare la riforma senza tener conto delle aspettative maturate, per cui è stato anche necessario prevedere un regime transitorio lungo ed oneroso. Al passaggio dal sistema retributivo a quello contributivo si sono accompagnati altri rilevanti cambiamenti di rotta, principalmente individuabili nell'adozione di criteri flessibili di accesso alle pensioni di vecchiaia e nell'armonizzazione degli ordinamenti pensionistici, attraverso una graduale perequazione dei trattamenti fra settore pubblico e settore privato⁴² (Andreoni, 1996).

La complessiva manovra di riforma del sistema – che è stata integrata dalla disciplina legale delle forme pensionistiche complementari, di cui al d.lgs. 21.4.1993, n. 124, che ha introdotto, al fianco di quello pubblico e obbligatorio, il secondo pilastro del sistema previdenziale, vale a dire quello della previdenza integrativa, ad adesione facoltativa e fondato su di un sistema di gestione finanziaria a capitalizzazione, poi riformato dal d.lgs. 5.12.2005, n. 252 (Giubboni, 2009) –, non ha comportato, almeno nel breve periodo, gli auspicati risparmi di spesa, e ciò a dispetto dell'oggettiva incisività degli interventi realizzati.

Peraltro, il quadro è stato reso ancor più complesso e frastagliato dalla riforma del Titolo V della Costituzione, ad opera della l. costituzionale 18.10.2001, n. 3, la quale ha riscritto l'art. 117 prevedendo una competenza legislativa esclusiva statale in materia di previdenza sociale (art. 117, c. 2, lett. o), e riservando invece alla competenza legislativa concorrente delle Regioni la materia della previdenza complementare ed integrativa (art. 117, c. 3), ferma restando la riserva alla competenza esclusiva statale della «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, c. 2, lett. m)⁴³.

La complessiva azione di razionalizzazione e riforma del sistema pensionistico, rilanciata dalla l. 335/1995, non ha coinvolto anche il settore degli ammortiz-

zatori sociali, che viceversa ha continuato a navigare a vista, tradendo la progettualità della l. 223/1991: alle ulteriori estensioni del trattamento di integrazione salariale, principalmente all'area del lavoro autonomo o associato, interessando anche le piccole imprese ed investendo periodi sempre più lunghi, sono corrisposti trattamenti migliorativi in materia di disoccupazione ordinaria e speciale⁴⁴, mentre sono stati previsti sussidi anche a beneficio dei disoccupati che avessero terminato il godimento di tutti gli altri interventi di sostegno del reddito⁴⁵.

I governi che si sono succeduti dalla seconda metà degli anni Novanta sono stati accomunati dalla volontà di completare l'azione riformatrice avviata nel 1995, ed hanno quindi operato in un contesto di continuità regolativa principalmente riducendo il periodo transitorio ed accelerando il passaggio al sistema contributivo, in modo da contenere il disavanzo finanziario nel settore, attraverso meccanismi quali il blocco temporaneo delle pensioni di anzianità, la previsione di 'finestre' (che hanno differito a determinati lassi temporali il godimento della pensione rispetto alla data di maturazione del diritto), l'innalzamento dei requisiti di accesso alla pensione ed il disincentivo al pensionamento determinato dall'inasprimento della disciplina del cumulo con i redditi da lavoro. A ciò si sono affiancati il compimento dell'universalizzazione della tutela pensionistica all'intera platea del lavoro autonomo⁴⁶ ed un forte incremento delle aliquote contributive.

Complessivamente, sulle scelte di *policy* compiute dai governi italiani a partire dai primi anni Novanta – e sui conseguenti, incisivi, cambiamenti istituzionali – hanno agito, come si è visto, anche robusti vincoli esterni, quali l'impegno al risanamento delle finanze pubbliche sulla base dei precisi parametri quantitativi fissati dal Trattato di Maastricht del 1992 e l'avvio dell'Unione economica e monetaria. Come è stato efficacemente scritto, in quegli anni non solo il *welfare*, ma l'intero sistema-paese è stato «salvato dall'Europa» (Ferrera, Gualmini, 1999). Nonostante ciò, dal nostro punto di vista va rilevato che l'impatto del ciclo di riforme avviato nel 1992 è stato insufficiente, tanto sul versante della distorsione funzionale (non si è registrata, difatti, una sensibile riduzione dell'incidenza della spesa pensionistica, anche se i provvedimenti adottati hanno consentito di mantenerla entro limiti altrimenti insostenibili), quanto su quello distributivo (anche se sicuramente la situazione è migliorata rispetto all'acme di polarizzazione dei primi anni Novanta, soprattutto per quanto concerne la tutela contro la disoccupazione).

6. Gli anni Duemila e gli effetti della crisi economica globale

A partire dagli anni Duemila, sono spesso state le leggi finanziarie, prima, e di stabilità, poi, a contenere, fra le maglie di provvedimenti di non sempre age-

vole lettura, disorganici provvedimenti in materia previdenziale, senza tuttavia operare gli auspicati interventi di sistema (Treu, 2004; Cinelli, 2006). Le misure in materia previdenziale si sono incarnate negli abituali interventi di proroga di termini⁴⁷ e di presidio delle situazioni di crisi occupazionale, ma anche in provvedimenti diretti ad elevare l'età pensionabile per fare fronte all'invecchiamento demografico, un fenomeno fortemente destabilizzante del sistema pensionistico, che da un lato ha determinato un rapporto sempre più squilibrato fra soggetti attivi e beneficiari delle prestazioni, e dall'altro una durata mediamente più lunga del periodo medio di godimento dei trattamenti pensionistici, e quindi un livello di spesa sociale più elevato di quello preventivato (Cinelli, Giubboni, 2005). A partire dalla legge finanziaria per il 2004⁴⁸, inoltre, è stata inaugurata la stagione della c.d. contribuzione di solidarietà sulle pensioni più elevate.

La legge delega per la riforma del sistema previdenziale del 2004 ha segnato taluni elementi di discontinuità con le misure degli anni precedenti, dal momento che essa ha disarticolato il sistema esistente, modificato dalla l. n. 335/1995, senza tuttavia prospettare un organico disegno alternativo⁴⁹ (Cinelli, Sandulli, 2004; Pessi, 2006). In particolare, essa è intervenuta sui requisiti di accesso al pensionamento di anzianità e di vecchiaia in termini di innalzamento dei requisiti contributivi e/o anagrafici, a fini di contenimento di spesa, modificando in senso peggiorativo tanto la disciplina del regime retributivo, quanto quella del regime contributivo, nonché rivedendo la regolazione della totalizzazione dei periodi assicurativi⁵⁰. Va, peraltro, segnalato che la manovra del governo Berlusconi prevedeva anche un disegno di legge delega di riforma del mercato del lavoro, il quale si è tradotto nella l. delega 14.2.2003, n. 30, e nel successivo d.lgs. 10.9.2003, n. 276 (c.d. riforma Biagi), che certamente ha rappresentato il provvedimento più significativo del periodo in materia lavoristica, dal quale fu però stralciata la parte relativa agli ammortizzatori sociali ed agli strumenti di sostegno del reddito, che quindi non vide mai la luce. Con riferimento a tali strumenti, in altre parole, si è proseguito a delegare poteri concessori ed autorizzatori al Ministero del lavoro, da un lato, e ad intervenire legalmente attraverso concessioni, proroghe ed ampliamenti della platea dei beneficiari, dall'altro⁵¹.

Un successivo importante passaggio è stato rappresentato nel 2007 – stavolta ad opera dell'esecutivo di centro-sinistra guidato da Prodi – dal c.d. 'Protocollo sul welfare' (Treu, 2008), che ha poi trovato concretizzazione nella l. 24.12.2007, n. 247, la quale ha generalmente operato in chiave restrittiva, pur temperando l'innalzamento dell'età di pensionamento introducendo meccanismi dissuasivi del pensionamento di anzianità, comprimendo i criteri di computo delle pensioni di vecchiaia calcolate solo in base al sistema contributivo e bloccando la perequazione automatica per le pensioni di entità più elevata. Sul versante degli

ammortizzatori sociali la legge si segnala, oltre che per i miglioramenti circa la durata dell'indennità di disoccupazione, per l'ennesima delega in vista di una riforma complessiva del sistema, attesa oramai da decenni (Persiani, Proia, 2008; Cinelli, Ferraro, 2008); la fine anticipata della legislatura ed il ritorno al governo del centro-destra (il quale, con la l. 6.8.2008, n. 133, ha introdotto nuove misure liberalizzatrici in materia di previdenza: Cinelli, Ferraro, 2009), tuttavia, hanno precluso tale possibilità.

A partire dal 2008, gli effetti della crisi economico-finanziaria esplosa su scala globale, e le conseguenze negative sulle dinamiche occupazionali nazionali, hanno determinato nuovi interventi, principalmente sugli ammortizzatori sociali (Curzio, 2009), ma non anche una ristrutturazione delle politiche di *welfare*⁵²: interventi rafforzativi per il trasporto aereo e per le imprese esercenti servizi essenziali, di estensione dell'indennità di disoccupazione ed in materia di integrazione salariale e mobilità in deroga alle discipline vigenti⁵³; interventi volti a valorizzare ulteriormente gli ammortizzatori in deroga (anche ampliando la platea dei beneficiari e riconoscendo incentivi per le imprese che avessero assunto questi lavoratori) e ad estendere l'area di intervento dell'indennità di disoccupazione⁵⁴; interventi di proroga delle discipline congiunturali e di rimodulazione delle stesse per far fronte alle nuove situazioni emergenziali⁵⁵; interventi di 'rivitalizzazione' dei contratti di solidarietà⁵⁶. Le particolari difficoltà occupazionali, in altre parole, non hanno consentito che si pervenisse a quella regolamentazione organica della materia, richiesta da lungo tempo, infine prospettata nella delega *ad hoc* contenuta nella l. n. 247/2007 e tuttavia rimasta inattuata, ma hanno determinato un uso ampio e discrezionale dei c.d. 'ammortizzatori in deroga' e di misure di sostegno del reddito di natura sperimentale e circoscritte entro i limitati margini di operatività degli stanziamenti predefiniti.

Sul versante pensionistico, invece, si segnalano le misure di ulteriore innalzamento dell'età di pensionamento, attraverso nuovi differimenti nel godimento delle prestazioni, ancora determinati dalle c.d. 'finestre', ma anche mediante la modifica dei requisiti anagrafici per la maturazione del diritto, nonché quelle volte a contrastare l'indebito utilizzo delle prestazioni legate al reddito o all'invalidità/inabilità e a penalizzare le ricongiunzioni e le totalizzazioni dei periodi assicurativi frazionati in più regimi⁵⁷, del tutto in linea con «il criterio guida della "precarizzazione" della tutela previdenziale, attuata mediante condizionamento dei diritti soggettivi ai vincoli di bilancio» (Pessi, 2014: 164-165; ma nello stesso senso v. anche Cinelli, 2015: 75) fatto proprio anche in ambito previdenziale dal c.d. 'collegato lavoro'⁵⁸.

La nuova crisi economico-finanziaria deflagrata nell'estate del 2011, e le conseguenti pressioni provenienti dalle istituzioni europee, hanno determinato due pesanti manovre finanziarie in uno strettissimo arco di tempo⁵⁹, finalizzate a ta-

gliare la spesa pubblica e ad incrementare le entrate, e quindi, per quanto qui di interesse, principalmente a differire i pensionamenti a fini di contenimento di spesa. Tali manovre hanno rappresentato il preludio dell'ennesima riforma delle pensioni, stavolta ad opera del governo tecnico 'di solidarietà nazionale' presieduto da Monti, anch'essa sollecitata dall'Europa e significativamente collocata all'interno del c.d. decreto 'salva Italia'⁶⁰. Ancora una volta, la prospettiva nella quale ci si è mossi è stata quella di un contenimento delle dinamiche di spesa, e di conseguenza dei diritti e delle prestazioni, allo scopo di correggere le vistose anomalie distributive ancora esistenti attraverso una «ricalibratura "sottrattiva"» (Ferrera, Fargion, Jessoula, 2012: 343). I principali interventi hanno avuto ad oggetto la soppressione delle pensioni di anzianità (sostituite, peraltro, dalla pensione anticipata), la generalizzazione del metodo di calcolo contributivo a partire dal 2012, la previsione di più rigidi requisiti di accesso alle prestazioni, la soppressione dell'INPDAP (confluito nell'INPS), la riduzione di alcuni trattamenti preferenziali previsti per i dipendenti pubblici, l'innalzamento delle aliquote contributive per alcuni comparti del lavoro autonomo, l'incentivazione del ricorso alla contribuzione di solidarietà ed il blocco della perequazione automatica (Cinelli, 2012; Sandulli, 2012; Pessi, 2013). Problemi cospicui – risolti assai faticosamente da interventi correttivi via via adottati dai governi succedutisi – sono sorti, come è ben noto, in relazione alla disciplina applicabile ai c.d. 'lavoratori esodati' (Cinelli, Garofalo, Tucci, 2013).

Lo stesso governo Monti alla riforma delle pensioni ha anche affiancato un'incisiva riforma del mercato del lavoro e degli ammortizzatori sociali⁶¹; quest'ultima, più volte differita, ha da un lato previsto l'introduzione dell'ASpI (assicurazione sociale per l'impiego), una nuova indennità destinata a sostituire progressivamente l'indennità di disoccupazione e, più in generale, tutti gli interventi protettivi contro il rischio di perdita dell'occupazione previsti dalla legislazione vigente (Liso, 2013), e dall'altro ha disposto la progressiva scomparsa della CIG in deroga e dell'indennità di mobilità, con il rafforzamento, però, dei fondi bilaterali di solidarietà⁶². Particolarmente rilevante è l'obiettivo del rafforzamento del raccordo fra la riforma degli ammortizzatori sociali e le politiche attive del lavoro, in virtù del quale è stata disposta una maggiore responsabilizzazione del beneficiario della prestazione di sostegno del reddito, ed in particolare la perdita dei trattamenti di sostegno del reddito a danno di chi rifiuti un'offerta di lavoro congrua o iniziative di politica attiva per l'occupazione (Renga, 2012; Gragnoli, 2012).

Gli sviluppi più recenti che meritano di essere segnalati sono quelli riconducibili all'ampio progetto di riforma in materia lavoristica e previdenziale messo in campo dal governo Renzi, ossia il c.d. *Jobs Act*. La l. 10.12.2014, n. 183, difatti, contiene, fra le altre cose, una delega concernente il sistema degli ammortizzatori sociali, che il legislatore intende riportare alla sua *ratio* originaria di strumen-

ti di intervento di ultima istanza, e che riguarda sia gli interventi di integrazione salariale a sostegno dei lavoratori dipendenti di imprese in crisi, sia gli interventi a sostegno della disoccupazione vera e propria. Con riferimento ai primi, l'obiettivo perseguito dal legislatore delegante consiste essenzialmente nel restituire l'istituto alla sua funzione originaria, limitandone il ricorso da parte delle sole imprese la cui attività produttiva non sia cessata e che dimostrino di essere in grado di portare a compimento un processo di riorganizzazione o riconversione che consenta il riassorbimento della manodopera, ciò anche ridimensionando la durata massima complessiva delle integrazioni salariali ed introducendo un meccanismo di responsabilizzazione delle imprese attraverso le aliquote del contributo d'uso⁶³. Per quanto, invece, attiene al riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in caso di disoccupazione involontaria e di ricollocazione dei lavoratori disoccupati, il d.lgs. n. 22/2015, oltre a modificare l'ASpI, introdotta solo nel 2012, trasformandola nella nuova NASpI, ha anche previsto, in via sperimentale per l'anno 2015, la c.d. DIS-COLL, ovvero una indennità di disoccupazione in favore dei collaboratori coordinati e continuativi anche a progetto, così estendendo a tali lavoratori strumenti di tutela tradizionalmente riconosciuti ai soli lavoratori subordinati⁶⁴. Sempre in via sperimentale, il decreto ha altresì istituito un nuovo assegno di disoccupazione, denominato ASDI, destinato a coloro che, dopo aver fruito della NASpI per la sua intera durata, entro il 31 dicembre 2015 risultino ancora privi di occupazione e si trovino in una condizione economica di bisogno.

7. Una breve conclusione

Come si è cercato di dimostrare, al di là dell'obiettivo della riduzione della spesa pubblica, e in particolare della stabilizzazione di quella pensionistica in rapporto al prodotto interno lordo (art. 1, c. 1, l. n. 335/1995), è difficile rintracciare nelle riforme italiane dell'ultimo ventennio una *ratio* univoca e coerente. Nel proporre una valutazione di sintesi, osservatori attenti hanno parlato – come abbiamo pure ricordato – di «politiche di “*retrenchment*” o di contenimento della spesa, senza alcuna forma sostanziale di “*ricalibratura*”» (Ascoli, Pavolini, 2012: 429), proprio per sottolineare che – salvo per l'appunto l'obiettivo della stabilizzazione della spesa previdenziale, centrato, dalla l. n. 335/1995 sino al c.d. decreto ‘salva Italia’ (l. n. 214/2011), sul perfezionamento del passaggio dal metodo retributivo a quello contributivo di calcolo delle pensioni e sul progressivo innalzamento dei requisiti anagrafici di accesso ai trattamenti (Cinelli, Giubboni, 2014: 119 sgg.) – è mancata, almeno sino ad oggi, una autentica revisione dell'impianto strutturale del nostro sistema di *welfare*, e in particolare una correzione dei suoi principali squilibri distributivi interni.

Da questo punto di vista, non vi è stata vera coerenza né con le ricette neolibériste, come dimostrano ad esempio le scelte compromissorie in tema di regolazione della previdenza complementare e dei fondi pensione, né con le prescrizioni di *policy* riconducibili al paradigma emergente del *welfare state* di ‘investimento sociale’ (Giubboni, Pioggia, 2015). Nell’impianto ibrido dello Stato sociale italiano si stratificano così livelli e itinerari diversi e talvolta dissonanti di mutamento, nei quali – accanto ad un generale indebolimento della vecchia *finalité* redistributiva d’ispirazione keynesiana – si fa fatica a tracciare linee nette di evoluzione, a maggior ragione se si aspira a cercarle in un progetto – introvabile – che si volesse ispirato ai principi della prima parte della Costituzione repubblicana.

Note

- ¹ V. per tutte – con particolare efficacia – la nota sentenza della C. cost., 3.2.1986, n. 31.
- ² Che non significa anche, beninteso, atteggiamento rinunciatario, ripiegato, cioè, come non di rado è avvenuto negli studi previdenzialistici, sull'esegesi descrittivo-applicativa del cangiante dato normativo. Pur nella consapevolezza dell'inermità d'uno sforzo teso a rintracciare – dove è assente – una *ratio* sistematica, e ancor prima una consapevole scelta di implementazione di un disegno (che si assuma) ispirato ai principi della Costituzione, un tale atteggiamento non rinuncia, infatti, ad un rigoroso vaglio analitico e critico delle fonti. Sia consentito, in quest'ottica, un rinvio a Cinelli, Giubboni, 2005 e 2014, ed a Giubboni, Pioggia, 2015.
- ³ Si pensi solo, a titolo esemplificativo, agli interventi di perequazione automatica delle pensioni o ai reiterati provvedimenti di fiscalizzazione o di sgravio degli oneri sociali.
- ⁴ Si pensi, ancora una volta solo per fare subito qualche esempio, alla progressiva estensione del principio di automaticità delle prestazioni *ex art.* 2116 c.c., o al fatto che l'erogazione della prestazione previdenziale sia stata subordinata dalla legge alla prova dello stato di bisogno.
- ⁵ L. 30.4.1969, n. 153.
- ⁶ L. 5.11.1968, n. 1115.
- ⁷ L. 12.8.1962, n. 1338; l. 12.8.1962, n. 1339; l. 9.1.1963, n. 9.
- ⁸ *Ex art.* 26, l. 5.3.1965, n. 153.
- ⁹ Le pensioni di anzianità, che in importanti settori del pubblico impiego erano esigibili con carriere contributive inferiori anche della metà di quelle del lavoro privato, hanno contribuito in senso decisivo ad un progressivo e rapido ridimensionamento del rapporto tra generazioni giovani al lavoro, sempre più esigue e al contempo sempre più gravate da oneri di solidarietà previdenziale, e generazioni già titolari di pensioni (anche se non sempre anziane), sempre più numerose e disposte alla mobilitazione per difendere e consolidare i diritti (ed i privilegi) acquisiti (Girotti, 1998: 291).
- ¹⁰ L. 22.7.1966, n. 613.
- ¹¹ L. 16.3.1968, n. 238.
- ¹² L. 30.3.1971, n. 118.
- ¹³ L. 5.11.1968, n. 1115.
- ¹⁴ L. 3.6.1975, n. 160.
- ¹⁵ Si pensi, su tutte, alla l. 29.4.1976, n. 177, la quale ha riformato, in senso decisamente più generoso, il sistema retributivo per i pubblici dipendenti.
- ¹⁶ L. 7.2.1979, n. 29.
- ¹⁷ Pur esulando dai limiti di questo scritto, è comunque necessario ricordare che una delle principali acquisizioni del periodo, se non la principale, in materia di sicurezza sociale – anche come conseguenza delle politiche di regionalizzazione avviate con la l. 22.7.1975, n. 382 – è stata la riforma sanitaria varata con l. 23.12.1978, n. 833, che ha condotto ad una trasformazione in senso universalistico del vecchio impianto mutualistico attraverso l'istituzione del Sistema sanitario nazionale e il definitivo superamento del principio assicurativo. Tuttavia, le esigenze di contenimento della spesa pubblica, e le conseguenti restrizioni nei finanziamenti, hanno impedito il decollo della riforma.
- ¹⁸ A seguito della soppressione del Fondo sociale, previsto dalla l. 21.7.1965, n. 903, ad opera della l. 4.3.1989, n. 88, le relative funzioni sono state trasferite alla neo istituita (presso l'INPS) GIAS (Gestione degli interventi assistenziali e di sostegno alle gestioni previdenziali) (l. 11.3.1988, n. 67).
- ¹⁹ Il riferimento, fra le altre, è alla l. 27.12.1983, n. 730, la quale parificò i termini e i criteri di perequazione automatica delle pensioni.
- ²⁰ L. 25.3.1983, n. 79; l. 11.11.1983, n. 638; l. 27.12.1983, n. 730; l. 12.6.1984, n. 222; l. 26.2.1986, n. 41; l. 13.5.1988, n. 153.

- ²¹ L. 11.11.1983, n. 638.
- ²² L. 12.6.1984, n. 222.
- ²³ L. 25.3.1983, n. 79.
- ²⁴ L. 12.6.1984, n. 222. Sul fronte della tutela degli invalidi, la tendenza ad intervenire mediante disposizioni restrittive, determinate dalla volontà di reagire alle degenerazioni assistenzialistiche, rappresenta una costante degli interventi del periodo in questione: si pensi solo alle l. 21.3.1988, n. 93, l. 26.7.1988, n. 291 e l. 30.12.1991, n. 412.
- ²⁵ Fra le altre, si vedano almeno le l. 11.3.1988, n. 67, e l. 29.12.1988, n. 544.
- ²⁶ L. 26.2.1982, n. 54, ma interventi di questo tipo si ripeterono anche nelle successive riforme del 1992 e del 1995.
- ²⁷ L. 23.4.1981, n. 155; l. 11.11.1983, n. 638.
- ²⁸ L. 18.2.1983, n. 47; l. 11.11.1983, n. 638.
- ²⁹ L. 11.3.1988, n. 67. Con lo 'sfondamento' del tetto pensionistico, la tutela della vecchiaia per i produttori di reddito ha raggiunto il suo massimo livello di generosa espansione.
- ³⁰ L. 11.3.1988, n. 67.
- ³¹ L. 27.2.1978, n. 41, e l. 21.12.1978, n. 843.
- ³² L. 12.6.1984, n. 222.
- ³³ L. 21.3.1988, n. 93.
- ³⁴ A partire dalla l. 14.11.1992, n. 438.
- ³⁵ Nel frattempo, la l. 2.8.1990, n. 233, aveva esteso il metodo retributivo alle categorie del lavoro autonomo assicurate presso l'INPS.
- ³⁶ L. 20.5.1988, n. 160; l. 1.6.1991, n. 169.
- ³⁷ L. 1.6.1991, n. 169.
- ³⁸ L. 24.3.1990, n. 58.
- ³⁹ D.l. 13.2.1990, n. 20.
- ⁴⁰ L. 1.6.1991, n. 169.
- ⁴¹ Il legislatore delegato del 1992 (d.lgs. 11.8.1992, n. 373; d.lgs. 30.12.1992, n. 503) intervenne – fra le altre cose – ampliando l'arco temporale di riferimento su cui determinare l'ultima retribuzione, elevando l'età pensionabile (fino a raggiungere gradualmente i 65 anni per gli uomini ed i 60 per le donne), innalzando da 15 a 20 anni il requisito assicurativo minimo per la pensione di vecchiaia, raffreddando il meccanismo di perequazione automatica ed inasprendo il regime del cumulo tra pensione e redditi da lavoro.
- ⁴² In tale ottica, si pensi alla generalizzazione dell'obbligo assicurativo per tutti i lavoratori autonomi non rientranti nelle gestioni esistenti, ed in particolare alla istituzione, presso l'INPS, di un'apposita gestione alla quale sono tenuti ad iscriversi principalmente i collaboratori coordinati e continuativi. Con particolare riferimento ai cittadini di paesi terzi, la l. n. 335/1995 ha anche disposto un peculiare regime di rimborso dei contributi versati dai lavoratori stranieri rimpatriati (art. 3, c. 13), meccanismo poi abrogato dalla l. n. 189/2002, c.d. Bossi-Fini: cfr. Chiaromonte, 2013: 227 sgg.
- ⁴³ La riforma si poneva in linea di continuità rispetto all'approvazione della prima fase della c.d. riforma Bassanini della pubblica amministrazione (l. 15.3.1997, n. 59 e d.lgs. 31.3.1998, n. 112), con la quale era stata prevista l'attribuzione agli enti territoriali di funzioni in materia di servizi sociali, e di conseguenza aveva ridefinito in maniera più razionale i rapporti fra lo Stato e gli enti locali, alla luce della nuova centralità assunta dalle Regioni.
- ⁴⁴ L. 19.7.1994, n. 451.
- ⁴⁵ D.l. 14.6.1995, n. 232.
- ⁴⁶ L. 23.12.1996, n. 662.
- ⁴⁷ Peraltro in gran parte operati dal Ministero del lavoro, in forza delle attribuzioni previste dalla l. 28.12.2001, n. 448.
- ⁴⁸ L. 24.12.2004, n. 350.
- ⁴⁹ L. 23.8.2004, n. 243.

- ⁵⁰ Tale disciplina è stata successivamente rivista ad opera del d.lgs. 2.2.2006, n. 42.
- ⁵¹ Si veda, ad esempio, il c.d. 'decreto competitività', d.l. 14.3.2005, n. 35, conv. con modificazioni nella l. 14.5.2005, n. 80.
- ⁵² Sottolineano come la crisi economica e finanziaria tuttora in atto abbia prodotto solo una politica di tagli, e non già una ristrutturazione delle politiche di *welfare*, Maino, Neri, 2011.
- ⁵³ L. 22.12.2008, n. 203.
- ⁵⁴ L. 28.1.2009, n. 2; l. 9.4.2009, n. 33; l. 3.8.2009, n. 102; l. 13.12.2010, n. 220; l. 26.2.2011, n. 10.
- ⁵⁵ L. 27.2.2009, n. 14.
- ⁵⁶ L. 3.8.2009, n. 102.
- ⁵⁷ L. 30.7.2010, n. 122.
- ⁵⁸ L. 4.11.2010, n. 183.
- ⁵⁹ L. 15.7.2011, n. 111; l. 14.9.2011, n. 148.
- ⁶⁰ D.l. 6.12.2011, conv. con modificazioni nella l. 22.12.2011, n. 214.
- ⁶¹ L. 28.6.2012, n. 92.
- ⁶² Ulteriori correttivi, in chiave migliorativa, sono stati apportati dalla l. 24.12.2012, n. 228.
- ⁶³ Si prevede, inoltre, che tale utilizzo sia possibile solo quando sia stata percorsa ogni altra via per rimediare agli effetti dello stato di crisi sui lavoratori, come ad esempio il ricorso a rimodulazioni o riduzioni dell'orario di lavoro. Lo schema di d.lgs. di riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro è stato approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri l'11 giugno 2015.
- ⁶⁴ D.lgs. 4.3.2015, n. 22.

Riferimenti bibliografici

- Amato G., Graziosi A. 2013, *Grandi illusioni. Ragionando sull'Italia*, il Mulino, Bologna.
- Andreoni A. 1996, *Privatizzazione del pubblico impiego e armonizzazione del sistema pensionistico*, in *Riv. giur. lav.*, I: 269 sgg.
- Ascoli U. (a cura di) 1984, *Welfare State all'italiana*, Laterza, Roma-Bari.
- 2011, *Il welfare in Italia*, il Mulino, Bologna.
- Ascoli U., Pavolini E. 2012, *Ombre rosse. Il sistema di welfare italiano dopo venti anni di riforme*, in *St. merc.*: 429 sgg.
- Ascoli U., Ranci C. 2003, *Il welfare mix in Europa*, Carocci, Roma.
- Balandi G.G. 1984, *Tutela del reddito e mercato del lavoro nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano.
- 1986, *Attualità e prospettive delle assicurazioni sociali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*: 523 sgg.
- Balandi G.G., Boer P. 1994, *La riforma del sistema pensionistico. Le opinioni*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*: 143 sgg.
- Cassese S. 2014, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, il Mulino, Bologna.
- Castellino O. 1976, *Il labirinto delle pensioni*, il Mulino, Bologna.
- Chiaromonte W. 2013, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino.
- Cinelli M. 1982, *La tutela del lavoratore contro la disoccupazione*, Franco Angeli, Milano.
- 1987, *L'apporto della Corte costituzionale all'evoluzione del sistema delle pensioni*, in *Lav. dir.*: 715 sgg.
- 1992, *Il fattore occupazionale nelle crisi di impresa*, Giappichelli, Torino.
- 1994, *Lineamenti generali della riforma previdenziale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*: 53 sgg.
- 1999, *Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, I: 71 sgg.
- 2006, *Ristrutturare il welfare*, in *Tutela*: 9 sgg.
- 2012, *La riforma delle pensioni del «governo tecnico». Appunti sull'art. 24 della legge n. 214 del 2011*, in *Riv. it. dir. lav.*, I: 385 sgg.
- 2015, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.
- Cinelli M., Ferraro G. (a cura di) 2008, *Lavoro, competitività, welfare. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e riforme correlate*, Giappichelli, Torino.
- 2009, *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112 del 2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Giappichelli, Torino.
- Cinelli M., Garofalo D., Tucci G. 2013, «Esodati», «salvaguardati», «esclusi» nella riforma pensionistica Monti-Fornero, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*: 337 sgg.
- Cinelli M., Giubboni S. 2005, *Il diritto della sicurezza sociale in trasformazione*, Giappichelli, Torino.
- 2014, *Cittadinanza, lavoro, diritti sociali*, Giappichelli, Torino.

- Cinelli M., Persiani M. 1995, *Commentario della riforma previdenziale. Dalle leggi «Amato» alla finanziaria 1995*, Giuffrè, Milano.
- Cinelli M., Sandulli P. 2004, *Prime note sulla riforma pensionistica 2004*, in *Riv. dir. sic. soc.*: 587 sgg.
- Curzio P. (a cura di) 2009, *Ammortizzatori sociali. Regole, deroghe, prospettive*, Cacucci, Bari.
- D'Onghia M. 2013, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, Bari.
- Ferrera M. 1984, *Il Welfare State in Italia. Sviluppo e crisi in prospettiva comparata*, il Mulino, Bologna.
- 1993, *Modelli di solidarietà*, il Mulino, Bologna.
- 2012, *Le politiche sociali. L'Italia in prospettiva comparata*, il Mulino, Bologna.
- Ferrera M., Fargion V., Jessoula M. 2012, *Alle radici del welfare all'italiana. Origini e futuro di un modello sociale squilibrato*, Marsilio, Venezia.
- Ferrera M., Gualmini E. 1999, *Salvati dall'Europa?*, il Mulino, Bologna.
- Girotti F. 1998, *Welfare state. Storia, modelli e critica*, Carocci, Roma.
- Giubboni S. 2009, *La previdenza complementare tra libertà individuale ed interesse collettivo*, Cacucci, Bari.
- 2014, *Il reddito minimo garantito nel sistema di sicurezza sociale. Le proposte per l'Italia in prospettiva europea*, in *Riv. dir. sic. soc.*: 149 sgg.
- Giubboni S., Pioggia A. 2015, *Lo stato del benessere: dalla redistribuzione al riconoscimento*, in *Riv. dir. sic. soc.*: 297 sgg.
- Gori C., Ghetti V., Rusmini G., Tidoli R. 2014, *Il welfare sociale in Italia. Realtà e prospettive*, Carocci, Roma.
- Gragnoles E. 2012, *Strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*: 573 sgg.
- Jessoula M. 2009, *La politica pensionistica*, il Mulino, Bologna.
- Liso F. 1997, *La galassia normativa dopo la legge n. 223 del 1991*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*: 1 sgg.
- 2013, *Il «nuovo» trattamento di disoccupazione*, in *Riv. dir. sic. soc.*: 1 sgg.
- Maino F., Neri S. 2011, *Explaining welfare reforms in Italy between economy and politics: External constraints and endogenous dynamics*, in *Soc. Pol. & Adm.*: 445 sgg.
- O'Connor J. 1979, *La crisi fiscale dello Stato* (trad. it.), Einaudi, Torino.
- Persiani M. 1979, *Art. 38*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 35-40*, Zanichelli, Bologna-Roma: 232 sgg.
- 1987, *Giurisprudenza costituzionale e diritto della previdenza sociale*, in *Lavoro: la giurisprudenza costituzionale*, Roma, I: 85 sgg.
- 1996, *Razionalizzazione o riforma del sistema previdenziale pensionistico*, in *Arg. dir. lav.*, 3: 53 sgg.
- 2014, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova.
- Persiani M., Proia G. (a cura di) 2008, *La nuova disciplina del welfare. Commentario della legge 24 dicembre 2007, n. 247*, Cedam, Padova.

- Pessi R. (a cura di) 1995, *La riforma del sistema previdenziale*, Cedam, Padova.
- 2006, *La riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare: principi ispiratori, novità, prospettive*, in *Mass. giur. lav.*: 364 sgg.
- 2013, *Riforma fiscale, previdenza ed assistenza*, in *Arg. dir. lav.*: 68 sgg.
- 2014, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova.
- Renga S. 2012, *La "riforma" degli ammortizzatori sociali*, in *Lav. dir.*: 621 sgg.
- Sandulli P. 1988, *Crisi ed evoluzione del sistema previdenziale italiano*, in *Dir. lav.*, I: 216 sgg.
- 2012, *Il sistema pensionistico tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214 del 2011*, in *Riv. dir. sic. soc.*: 1 sgg.
- Treu T. 2004, *Le politiche del welfare: le innovazioni necessarie*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*: 1 sgg.
- 2008, *Il Protocollo del 2007 e le riforme del welfare*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, II: 1235 sgg.
- Veneziani B. 1996, *La crisi del Welfare State e i mutamenti del diritto del lavoro in Italia*, in *Riv. giur. lav.*, I: 69 sgg.

IL DIRITTO ALL'ISTRUZIONE COME DIRITTO DI CITTADINANZA

Enrico Carloni

SOMMARIO – 1. Premessa: diritti e interessi nel sistema dell'istruzione. 2. Diritto all'istruzione e Costituzione: la prospettiva personalistica. 3. Il caso degli studenti con disabilità: il diritto fondamentale all'istruzione. Le ricadute sull'organizzazione. 4. A proposito di istruzione (diritti sociali) e risorse. 5. Quale diritto all'istruzione: le sfide e le tendenze recenti.

1. Premessa: diritti e interessi nel sistema dell'istruzione

Per quanto nel sistema dell'istruzione insista uno dei principali diritti che qualificano l'attuale forma di Stato in Italia, l'evoluzione legislativa del settore tende a dedicare un'attenzione prevalente ad aspetti diversi dal 'diritto' all'istruzione, cosicché si può affermare che non sia il diritto dell'individuo a costituire, tradizionalmente, la chiave di lettura della costruzione della complessa organizzazione che pure a questa situazione giuridica mira a dare soddisfazione.

Nell'evoluzione del sistema nazionale dell'istruzione, il 'diritto' all'istruzione, infatti, entra in rilievo in modo non sempre centrale: intorno al bene 'istruzione scolastica' ruotano una serie di interessi, pubblici e privati, che contribuiscono a conformare il sistema e quindi a modellare il diritto degli individui che in questo sistema trovano la risposta ai propri bisogni (Pototschnig, 1973; Sandulli, 2006; Cocconi, 2007; Fracchia, 2008). 'Interessi' il cui peso nella conformazione dell'impianto organizzativo del sistema di istruzione appaiono in più casi quasi prevalenti.

Vista in una prospettiva di storia delle istituzioni, l'istruzione è, infatti, in primo luogo il versante per il quale passa la costruzione dello Stato unitario e riflette, quindi, anzitutto l'esigenza unificante di un sistema accentrato, ma anche quella della formazione di una coscienza nazionale, riprendendo la massima di D'Azeglio l'obiettivo era quello di «fare gli Italiani» dopo aver fatto l'Italia, e quella di dotare il paese di una classe dirigente, all'interno di un modello che appariva (e risulterà a lungo) rispondente all'esigenza di classi sociali diverse: strumento capace di rispondere ai diversi bisogni di formazione ma anche di favorire insieme lo sviluppo economico e il mantenimento di una stratificazione sociale.

La prospettiva del 'diritto' dell'individuo è, in questo scenario, fondativo del sistema nazionale di istruzione attraverso l'estensione al Regno della legge Casati, una subordinata.

La costruzione del sistema dell'istruzione come sistema organizzato (Iaccarino, 1967) porta, d'altra parte, progressivamente in emersione la centralità delle questioni organizzative (gerarchia; accentramento, decentramento; reclutamento del personale; carriere del personale docente e non docente) la cui soluzione è solo in parte rilevante nella prospettiva della soddisfazione dei diritti di coloro che si rapportano con queste organizzazioni: non di meno, nella scuola più che in altri contesti, i caratteri dell'organizzazione contengono una parte dell'adeguatezza di risposta ai diritti (pensiamo alla scuola come comunità e quindi alla partecipazione, alla libertà di insegnamento, alla laicità).

Il tema del diritto all'istruzione come libertà di scelta di percorsi rispondenti ai propri valori è un'altra grande questione che investe il sistema dell'istruzione sin dalla costruzione dei caratteri della scuola nell'Italia liberale, passando per le fasi successive e le indicazioni costituzionali: la 'parità' scolastica è un tema centrale, ad andamento anch'esso carsico come molti dei temi della riforma scolastica, e si pone in ogni caso come uno dei nodi decisivi nello studio del sistema d'istruzione.

Nello scenario costituzionale, nel quale di nuovo ritorna con forza il tema della 'parità' (Renna, 2002), l'istruzione viene inquadrata in un disegno più ampio e ambizioso, che di nuovo si riflette sulla posizione giuridica del 'fruitore' del servizio istruzione: nella prospettiva costituzionale, la scuola è anzitutto una delle architravi della stessa costruzione democratica. Per dirla con Calamandrei, «la scuola è organo centrale della democrazia» (Calamandrei, 1950) o, detto altrimenti, c'è un intimo rapporto tra l'organizzazione della conoscenza e la stessa forma di Stato (Spagna Musso, 1961).

Anche nelle più sviluppate riflessioni sui caratteri dell'istruzione (ed in particolare della scuola) come servizio, l'ottica finisce per spostarsi prevalentemente sul dovere pubblico, piuttosto che sul diritto del fruitore del servizio: un servizio pubblico di istruzione, che viene studiato ed analizzato nelle sue declinazioni come servizio in senso soggettivo o oggettivo, ma che in ultima istanza conforma i diritti prima che esserne conformato. La stessa prospettiva dell'autonomia, nella duplice angolazione dell'autonomia 'nella' scuola e 'della' scuola, oltre che, specie più di recente, nell'ottica del rapporto tra autonomie territoriali ed istruzione (Bombardelli, Cosulich, 2006; Rinaldi, 2014; Marzuoli, 2006), appare poco orientata (per quanto alcuni elementi emergano nel dibattito intorno agli elementi di necessaria uniformità, quali le norme generali (Cortese, 2010; Franco, 2013), ed in particolare ai 'livelli essenziali' in materia (Cocconi, 2013; Leo, 2006; Campione, Poggi, 2009; Marzuoli, 2003; in termini generali, Tubertini, 2008)) a consentire una lettura del sistema centrata sul cittadino-studente, e sui suoi diritti.

Lasciando sullo sfondo una serie di questioni che meritano di essere approfondite, il punto nodale appare sin d'ora quello della 'complessità' (e ricchezza)

del tema-istruzione, intorno al quale ruotano la costruzione dello Stato, l'edificazione del sistema democratico repubblicano, il diritto all'insegnamento, la parità scolastica, e così via: questa molteplicità di prospettive, e di interessi diversi, determina un sovraccarico di istanze che si scaricano sul sistema dell'istruzione, che per la sua multi-finalizzazione rischia talora di tenere in secondo piano il 'diritto' all'istruzione e si sviluppa dunque con un certo strabismo, del quale si trova bene traccia nella legislazione scolastica, anche più recente.

In sintesi, ed in conclusione, obbligo (diritto-dovere) scolastico, libertà/diritto di insegnamento, diritto di scelta del percorso formativo e, di converso, diritto di istituire scuole (e, quindi, conseguentemente, diritti nella scuola e diritti della scuola), sono alcune delle questioni che si intrecciano intorno al bene 'istruzione' e finiscono per tenere spesso in secondo piano il 'diritto' all'istruzione, inteso come 'diritto di cittadinanza' dell'individuo.

2. Diritto all'istruzione e Costituzione: la prospettiva personalistica

Affrontare il tema del 'diritto' all'istruzione, come diritto dell'individuo, richiede dunque un'operazione che è in primo luogo di 'sottrazione': il diritto riesce ad emergere in quanto si riesca a dipanare questo groviglio di esigenze, talora prevalenti, che si sono concentrate sul bene istruzione e quindi ne hanno conformato l'impianto legislativo.

Nel far questo, la prospettiva costituzionale diviene decisiva: è ambientando il diritto all'istruzione nel disegno costituzionale, che risulta possibile non solo offrirne una migliore delimitazione, ma anche 'liberarlo' da questo insieme di retaggi che si legano alle molteplici questioni stratificate e affastellate nel sistema nazionale di istruzione.

Un diritto all'istruzione che merita dunque in primo luogo di essere inquadrato, e definito, ma soprattutto ri-letto in un disegno costituzionale più complessivo, che, trascendendo lo stesso dibattito in Assemblea costituente che ne accompagnò l'affermazione (un dibattito, va detto, di massima scarsamente attento alle prospettive di eguaglianza sostanziale: Cassese, 1976), consenta ad un tempo di definirlo ma anche di emanciparlo da altri temi, esigenze, questioni.

Nell'operazione, assumono rilievo decisivo altri parametri e principi costituzionali, che guidano e consentono una rilettura del sistema a partire dall'individuo, e dai suoi diritti.

Sono il principio personalistico (art. 2), lo sviluppo della persona umana in condizioni di eguaglianza sia come singolo che nelle formazioni sociali (3.2), tra le quali rientra a pieno titolo la 'scuola' come comunità, a riflettersi sugli articoli 33 e 34, rimodulando intorno all'individuo, e quindi intorno al diritto del 'cittadino' (intendendovi anche chi cittadino non è, come ben evidenziato

dalla giurisprudenza costituzionale in materia di diritto dello straniero (Penasa, 2014; C. Corsi, *L'accesso degli stranieri ai diritti sociali*, in questo volume) le forze di evoluzione e trasformazione del sistema dell'istruzione.

Emerge allora con chiarezza la prospettiva, inevitabilmente e doverosamente centrale, tanto più positiva se vista in un sistema che nelle sue ossificazioni organizzative rischia di perdere slancio vitale, del diritto all'istruzione come diritto personale, e personalistico, funzionale alla realizzazione complessiva dell'individuo ed al suo sviluppo nel contesto sociale.

Nel diritto all'istruzione, così illuminato, sfumano alcune tradizionali distinzioni di posizioni giuridiche connesse all'istruzione, come il diritto di accesso all'istruzione e il diritto allo studio (o «assistenza scolastica», Marzuoli, 2003): sono concetti che perdono progressivamente la loro autonomia e pregnanza, nell'ottica di un diritto che mira a realizzare la persona umana, comportando ad esempio l'esigenza di rileggere il rapporto tra gratuità dell'istruzione e obbligatorietà, vedendo non la prima meramente strumentale alla seconda, ma l'una e l'altra funzionali alla garanzia effettiva del carattere della scuola 'aperta a tutti', a ciascun individuo con le sue esigenze.

Un'operazione, questa, rispetto alla quale la giurisprudenza costituzionale è un'importante motore di evoluzione, ma non privo di tratti di ambivalenza: attenta anche al dato organizzativo, ed alla funzionalità del sistema, la Corte ha ad esempio richiesto un «concetto non soverchiamente estensivo»¹ della gratuità, tendendo a contenerla in ambito più strettamente legato alla prestazione scolastica principale (l'insegnamento, e la sua diretta fruizione) anche quando le esigenze individuali avrebbero richiesto una sua maggiore pervasività a ricomprendere momenti che precedono e accompagnano quello della didattica.

Il diritto all'istruzione, per quanto attiene alla sua concreta 'estensione', è stato interpretato, dal legislatore e dalla stessa Corte costituzionale, nella sua accezione più ristretta (Pace, 2013), ammettendo quindi limitazioni delle prestazioni non attinenti al nucleo essenziale della funzione delle istituzioni scolastiche (trasmissione della conoscenza e attività strettamente strumentali): così si è ammessa la non gratuità di servizi strettamente connessi alla fruizione del diritto, come ad esempio i trasporti scolastici o i libri di testo, per quanto il legislatore sia intervenuto con provvidenze anche in tal senso. Un approdo, questo, non soddisfacente, nella misura in cui ne è discesa l'ammissione di una protezione debole proprio del profilo di piena realizzazione e rimozione di ostacoli che pure in modo più ampio pare corretto ricavarsi dal combinato tra gli artt. 33, 34 e 3.2 della Costituzione.

Limitato quanto ad estensione, almeno in base a questi approdi normativi e giurisprudenziali, spesso invero risalenti, il diritto all'istruzione manifesta però una forza formidabile quando ci confrontiamo con le prestazioni che più

direttamente si legano alle sue attività *core*, di istruzione/formazione/educazione dell'individuo.

Qui, l'ottica cui ci induce la lettura sistematica del diritto all'istruzione come diritto costituzionale dell'individuo, funzionale alla sua piena realizzazione, conduce però inevitabilmente a valorizzare il potenziale espansivo, incomprimibile e al tempo stesso differenziante (come differenziate sono le esigenze e i bisogni di ciascuno) del diritto all'istruzione: in termini di organizzazioni preposte ad assicurarlo, un diritto di questa natura appare inevitabilmente portatore di istanze di evoluzione e trasformazione del sistema nel suo complesso, ma anche di esigenze di adattamento e adeguatezza delle organizzazioni come derivate dei diritti, e non plasmatrici di queste.

Non solo, dunque, un diritto a soddisfazione necessaria (Rossi, 2001), ma un diritto che dialoga con le organizzazioni che dovranno assicurarlo, ed in ultima istanza si impone (o dovrebbe imporsi) su queste.

Si tratta, in altri termini, di dover ricostruire il diritto (e la sua estensione) e quindi rendere gratuito ciò che è necessario a soddisfarlo, e non (a contrario) ricostruire il diritto a partire dalla estensione degli strumenti di protezione.

Le istituzioni scolastiche come ambiente nel quale si realizza il diritto all'istruzione, costituiscono un riferimento privilegiato per riflettere sulla portata dei principi costituzionali e quindi sulla forza espansiva del diritto all'istruzione come diritto funzionale alla piena realizzazione della persona umana. Il porre l'individuo quale 'polo fondamentale' della ricostruzione degli istituti di diritto pubblico (Orsi Battaglini, 1990), cogliendo la prospettiva dinamica che emerge dagli artt. 2 e 3.2 (non la sola garanzia dei diritti inviolabili, ma lo sviluppo della personalità nel contesto sociale), il rileggere dunque nella chiave personalistica il diritto all'istruzione è operazione che, saldamente ancorata alla Costituzione, è stata sviluppata da tempo dalla dottrina (Pototschnig, 1999; Gigante, 2003; Sandulli, 2003).

Diritto all'istruzione da intendere, dunque come «diritto di ognuno di ricevere un'adeguata istruzione ed educazione per la formazione della sua personalità e l'assolvimento dei compiti sociali» (Crisafulli, 1956: 275; 1958): un diritto sociale, universale, che non solo non va ostacolato nel suo godimento, ma che comporta l'onere per lo Stato di approntare tutte le misure necessarie per un suo effettivo godimento.

Un diritto che si configura come «piedistallo» sul quale poggiano gli altri diritti, «fonte di uguaglianza sostanziale» (Poggi, 2006: 705), cui è inevitabilmente connesso, ma strumentale, un servizio pubblico che però è «essenziale per assicurare il pieno sviluppo della persona umana [...] anche rispetto alla iniziale e sfavorevole condizione di partenza di taluno» (D'Andrea, 2012: 1294): un servizio pubblico che, per espresso vincolo costituzionale, comporta una organizzazione necessa-

ria e diretta della Repubblica, legata al doppio vincolo dell'istituzione di scuole di ogni ordine e grado e di garantire che la scuola sia aperta a tutti (Penasa, 2014).

Non può tacersi, in questa prospettiva, del risultato straordinario che svolge la scuola elementare italiana quale luogo nel quale si sostanzia il principio di uguaglianza sostanziale, una scuola in grado di produrre risultati di qualità nel panorama internazionale, che più che altrove prescindono dalle condizioni sociali ed economiche delle famiglie di provenienza degli studenti. Questo, peraltro, in un sistema di regole non privo di limiti.

3. Il caso degli studenti con disabilità: il diritto fondamentale all'istruzione. Le ricadute sull'organizzazione

Per 'liberare' il diritto all'istruzione, come diritto dell'individuo funzionale alla sua piena realizzazione come persona ed alla sua capacità di concorrere in condizioni di eguaglianza alla vita civile, politica e sociale, risulta utile, anche sulla scorta di interessanti analisi che vanno in questo senso partire da una situazione particolare, ma solo apparentemente eccentrica o marginale: il diritto all'istruzione degli studenti disabili (Penasa, 2014).

Proprio il collegamento con gli articoli 2 e 3.2 della Costituzione consente di vedere nell'inserimento degli studenti disabili nelle scuole «l'obiettivo di un preciso programma costituzionale» (Girelli, 2011: 1).

La posizione del disabile nelle istituzioni scolastiche, come soggetto debole, ma portatore di esigenze proprie, differenziate in ragione delle proprie problematicità e specificità, impone una rilettura del sistema di istruzione a partire dalla posizione dell'individuo che è feconda, e foriera di conseguenze di ordine generale. Detto altrimenti, il diritto all'istruzione mostra, nella giurisprudenza costituzionale, una limitata capacità espansiva, ma il discorso cambia nella giurisprudenza più recente relativa alla posizione dello studente con disabilità.

Da qui si può muovere anche per provare a rileggere la posizione della giurisprudenza costituzionale, che rischia altrimenti di condurre ad una interpretazione restrittiva del diritto all'istruzione, inteso (solamente) come «mero diritto di accesso alla struttura organizzativa»²: una posizione in parte già rivista in termini anche più generali, ma che soprattutto con riferimento alla posizione dello studente disabile emergono con nettezza.

In questo campo, la giurisprudenza della Corte costituzionale svolge un ruolo fondamentale: questo, in particolare, a partire dalla sentenza «rivoluzionaria» (Colapietro, 2010), n. 215 del 1987, che ha previsto che la frequenza delle scuole medie superiori dovesse essere 'assicurata' ai soggetti portatori di handicap (e non semplicemente facilitata come prevedeva allora l'art. 28, della legge n. 118 del 1971). Questa importante sentenza sostitutiva ha dunque inteso conferire

«certezza alla condizione giuridica dell'handicappato, garantirla come un diritto pieno, tutelato in modo immediatamente precettivo e cogente» (Bin, 1988: 119): questo ad esito di un ragionamento fondato sul riconoscimento del fatto che l'inserimento nella scuola e l'istruzione consentono e permettono il pieno sviluppo della persona umana. Obiettivo, questo, che gli articoli 2 e 3.2 della Costituzione «additano come meta da raggiungere»³ (Girelli, 2011: 1).

Il legislatore non ha mancato, d'altra parte, di prestare attenzione alla posizione del disabile all'interno del sistema di istruzione, rispondendo in questo non solo agli imperativi discendenti da una lettura combinata degli articoli 2, 3.2, 33 e 34 della Costituzione, ma anche dell'art. 38, che prevede il diritto degli inabili e dei minorati (che «hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale») a sua volta riletto alla luce dei principi europei, nonché di diritto internazionale in materia di disabilità⁴. Questa attenzione trova, in particolare, un chiaro sviluppo normativo nella legge quadro sull'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate (legge n. 104 del 1992) che prevede «il diritto all'istruzione dei disabili e la loro "integrazione scolastica"».

È un principio, quello di pieno sviluppo della persona con disabilità attraverso l'inserimento e l'integrazione scolastica, che trova anche a livello sovranazionale occasione di consolidamento: l'art. 24 della Convenzione dell'Onu sui diritti delle persone con disabilità ne prevede il diritto all'istruzione (art. 23) e conseguentemente impegna alla garanzia di un sistema di istruzione «inclusivo a tutti i livelli», al fine di assicurare il «pieno sviluppo del potenziale umano [...] della propria personalità, dei talenti e della creatività [...] delle abilità fisiche e mentali, sino alle loro massime potenzialità».

Ma è soprattutto, come accennato, guardando alla giurisprudenza del giudice delle leggi che la 'forza' dei diritti della persona disabile, collocati nell'ambiente scolastico, emerge con nettezza, e la sentenza n. 80 del 2010 è, in questo senso, esemplare: rimarca il ruolo della Corte costituzionale nell'affermazione del diritto dell'individuo con disabilità all'istruzione e integrazione scolastica e costituisce il punto di arrivo di una complessiva evoluzione giurisprudenziale che pone al centro del sistema l'individuo.

Quello all'istruzione è, in quest'ottica, un diritto che, che in quanto fondamentale, deve essere accompagnato da garanzie di effettivo godimento: e questo proprio perché «ha come obiettivo lo sviluppo delle potenzialità della persona handicappata nell'apprendimento, nella comunicazione, nelle relazioni e nella socializzazione»⁵. Questa esigenza (e questo è un aspetto non secondario) si proietta, nella legge e per la giurisprudenza costituzionale, necessariamente sulla stessa organizzazione delle istituzioni scolastiche. In particolare, in questo contesto, l'art. 12 della legge n. 104 prevede che sia garantito «il diritto all'educazione e all'istruzione» della persona handicappata «nelle sezioni della scuola

materna, nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie».

Ma se è vero che «l'esercizio del diritto all'educazione non può essere impedito da difficoltà di apprendimento [ecc.] connesse all'handicap», ed è ineludibile il «pieno inserimento» del disabile nella scuola⁶, ne consegue che l'organizzazione scolastica deve riconoscere la presenza di questa esigenza «adeguando a tale finalità la propria struttura, reclutamento e finanziamento» (Penasa, 2014: 18) ed il legislatore deve consentire che le strutture amministrative preposte possano assicurare l'effettiva tutela di questo diritto⁷.

Le forme di 'integrazione e di sostegno' (degli studenti disabili) sono dunque ineliminabili, e questo comporta il divieto per il legislatore di introdurre misure e condizioni organizzative che, nella loro rigidità, finiscano per impedire un'adeguata risposta alle effettive esigenze (questo, in particolare nella sentenza n. 80 del 2010 con riferimento al limite all'organico dei docenti, anche di sostegno, ed al divieto di assunzione in deroga, sancito dalla legge 244 del 2007, finanziaria per il 2008, Pirazzoli, 2010: c'è, in sostanza, un «nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» ed è rispetto a questo (solo, per quanto inevitabilmente ambiguo e rimesso alla Corte) parametro che sarà sindacabile in termini di ragionevolezza (intesa dunque come 'adeguatezza') dell'intervento legislativo.

Vediamo, qui, l'idea della costruzione dell'organizzazione partendo dai diritti, e quindi come adeguata risposta organizzativa a bisogni che devono essere assicurati, e non come dimensione preliminare che conforma di fatto la concreta fruizione dei diritti: ma troviamo in queste affermazioni della Corte anche la traccia di un ruolo ineludibile delle organizzazioni, quali mediatrici tra i diritti (derivanti dalla legge se non direttamente dalla Costituzione) e loro effettività, da assicurare attraverso le necessarie risposte e flessibilità organizzative. Risposte che, nel campo dei diritti sociali che corrispondono a prestazioni non standardizzabili, devono inevitabilmente essere flessibili per adattarsi a quelle situazioni di fatto, sempre diverse, che impediscono il pieno sviluppo della personalità.

La presenza di spazi di scelta da parte delle amministrazioni, la loro autonomia e discrezionalità assumono, in questa prospettiva, il volto della garanzia dei diritti, come capacità di fornire risposte adeguate, ragionevoli e proporzionate, dismettendo o tenendo in secondo piano il loro tradizionale volto di 'potere' (v. A. Bartolini, A. Pioggia, *Percorsi e prospettive dell'amministrazione dei diritti e dei doveri a 150 anni leggi di unificazione amministrativa*, in questo volume).

Questo tanto più quanto più la situazione del singolo è di per sé 'non standardizzabile', come è nel caso delle situazioni di disabilità. La differenza di cui il singolo è portatore richiede, in sintesi, un'inevitabile adeguamento dell'organizzazione, che deve differenziarsi proprio per favorire, livellando le disparità di fatto, l'uguaglianza nell'effettiva fruizione dei diritti.

Una flessibilità dell'organizzazione che si esalta, dunque, proprio di fronte alle situazioni di debolezza, che richiedono risposte sempre diverse proprio per compensare la diversità delle condizioni personali.

Il collegamento tra frequenza scolastica e sviluppo della persona umana mostra, in sintesi, nel caso dello studente disabile una particolare forza espansiva: questo fa sì che anche fasi non strettamente connesse all'insegnamento e quindi non di competenza delle istituzioni scolastiche dovrebbero a ben vedere essere ri-considerate in quanto illuminate da questo diritto fondamentale. Spunti in questa direzione, in grado di portare a rivedere i tradizionali approdi più restrittivi, si rinvencono con riferimento alla formazione e socializzazione pre-scolastica⁸, e richiedono, più complessivamente, di essere estesi a tutti gli impedimenti 'di fatto', di natura economica (provvidenze alle famiglie, borse di studio) e non economica, che possono costituire ostacolo alla piena realizzazione della persona.

Nella giurisprudenza in materia di studenti con disabilità, la Corte è, in conclusione, particolarmente chiara nel mostrare la «natura servente degli strumenti educativi rispetto al diritto all'istruzione» (Penasa, 2014), dal momento che «è attraverso questi strumenti e non col sacrificio del diritto di quelli che va realizzata la composizione tra la fruizione di tale diritto e le esigenze di funzionalità del servizio scolastico»⁹: in ultima istanza è convincente quell'approdo dottrinale che evidenzia, conclusivamente, che il servizio dell'istruzione, obbligatoria ma anche non obbligatoria, non può pertanto rispondere solo a logiche di efficienza (Sandulli, 2009) «organizzativa, organica o finanziaria» (Penasa, 2014: 24).

4. *A proposito di istruzione (diritti sociali) e risorse.*

Attraverso l'analisi del diritto all'istruzione del disabile emerge con chiarezza il carattere fondamentale del diritto all'istruzione nella sua connessione con gli artt. 2 e 3.2 della Costituzione, e questo diritto, per la forza che lo contraddistingue, anzitutto come capacità di retroagire sull'organizzazione e sulle risorse anche in una fase di recessività dell'intervento pubblico, assume una valenza paradigmatica: 'l'inviolabilità del diritto' si riflette sulla sua qualificazione come diritto non «finanziariamente condizionato».¹⁰

Quella che è stata definita «la parabola dell'integrazione del disabile» (Troilo, 2013: 535) assume dunque una valenza esemplare, manifestando la reale capacità del nostro stato sociale di realizzare, a livello normativo ma ancor più di effettività, l'ambizioso progetto costituzionale, e questo all'interno di un contesto di scelte pubbliche che non può in ogni caso, tanto più dopo la legge costituzionale n. 1 del 2012 di riforma degli artt. 81 e 97 Cost., non tenere conto anche del 'costo' delle prestazioni e quindi dei diritti, sia in termini complessivi che di singola amministrazione.

Convivono, nel sistema dei diritti sociali, ed al loro interno nel diritto all'istruzione, non di meno in quello dell'individuo con disabilità, esigenze diverse e talora confliggenti, che richiedono di essere poste in adeguato equilibrio: salvaguardia dell'universalità dei diritti, ma anche di solidarietà (e quindi selettività), libero sviluppo della persona (di ogni persona) e sostenibilità finanziaria.

In sostanza, però, le logiche di 'efficientamento' della macchina pubblica – scuola trovano un limite nella necessaria declinazione organizzativa delle istituzioni scolastiche ai diritti all'istruzione e quindi all'adeguamento alle esigenze di coloro i quali di questi diritti sono portatori: ciò limita tanto la discrezionalità del legislatore (come chiaramente affermato nella sentenza n. 80 del 2010) che quella delle amministrazioni, ministeriali e scolastiche (come emerge dalla giurisprudenza amministrativa proprio in materia di sostegno scolastico; Lottini, 2011).

Il carattere di diritto fondamentale del diritto all'istruzione si riflette, quindi, sulle regole organizzative e sulle risorse, imponendo una necessaria flessibilità-adequatezza del servizio di istruzione

È evidente come, così ricostruito, il fondamento del sistema di istruzione ne determini ad un tempo una maggiore rigidità (rispetto a riduzioni connesse a istanze diverse, come quelle di contenimento della spesa), ma al tempo stesso una necessaria flessibilità come ineludibile necessità di adattamento del servizio ai diritti, che si pongono come priorità non solo logica ma effettiva.

È dunque lontana, per quanto ancora presente nelle argomentazioni dell'Avvocatura di Stato e quindi evidentemente ancora non tramontata nella cultura giuridica italiana, l'idea che la posizione del fruitore di un servizio sociale connesso a diritti fondamentali possa qualificarsi come «una mera aspettativa verso lo Stato quale erogatore di pubblici servizi»¹¹. La discrezionalità del legislatore è dunque contenuta, proprio dalla forza e dalla capacità espansiva dei diritti della persona anche nel campo dei diritti sociali¹².

Il collegamento, forte e stringente, tra diritto all'istruzione e diritti della persona, e della personalità, e quindi una lettura che veda nell'istruzione un canale fondamentale per la piena realizzazione delle potenzialità dell'individuo, non può essere limitato al campo dell'inclusione del disabile. E di più, a ben vedere il ragionamento appare suscettibile di estensione anche al di là del campo dell'istruzione.

La questione è evidentemente più complessiva: a partire da questo nucleo, nel quale il rapporto tra istruzione ed inclusione è più forte, non può che articolarsi una più generale ricostruzione in chiave personalistica del diritto all'istruzione, e dei diritti sociali allorché funzionali a questa prospettiva, che faccia perno sul diritto alla piena realizzazione delle potenzialità degli individui e sulla connessa necessità di rimuovere tutti gli ostacoli che determinano situazioni di disuguaglianza.

Il discorso, che appare foriero di sviluppi anche al di fuori del campo scolastico, finisce per porsi come frontiera nel rapporto tra esigenze di reingegnerizzazione dei processi di produzione di servizi pubblici, con le connesse istanze di contenimento della spesa pubblica, e capacità di resistenza dei sistemi di garanzia dei diritti sociali e dei sistemi di welfare (Giubboni, Pioggia, 2015). Di più, è una prospettiva che consente di leggere questa tensione, e questo rapporto, in un'ottica non meramente conservativa delle passate acquisizioni (in termini organizzativi e di risorse assegnate), per farne un motore di riorientamento delle scelte di spesa pubblica in grado di forzare, attingendo al nucleo costituzionale dei contro-limiti, gli stessi vincoli esterni di matrice europea.

Si vede bene, credo, come in controluce la giurisprudenza in materia di disabilità rifletta dunque una tensione più generale tra diritti sociali ed esigenze di contenimento della spesa, e si proietti quindi inevitabilmente, a livello costituzionale, sulla compatibilità tra 'programma' costituzionale e vincoli finanziari come sanciti ora nel testo costituzionale dagli artt. 81 e 97.1 della Costituzione.

Una costruzione del diritto all'istruzione che lo radichi con forza nel suo rapporto con gli artt. 2 e 3.2 della Costituzione, come avviene a livello di giurisprudenza costituzionale in particolare nella casistica relativa agli studenti con disabilità, mette inevitabilmente in maggiore tensione il rapporto tra diritti, che nel loro nucleo essenziale di diritti fondamentali perdono il loro carattere di diritti finanziariamente condizionati, e risorse disponibili: risorse non solo finanziarie, ma anche organizzative. Nel campo dei diritti connessi a prestazioni, partire dai diritti (che devono essere garantiti) può consentire di superare paradossi quali quelli degli 'idonei senza borsa' nel caso del diritto allo studio universitario, riadeguandosi necessariamente il quadro degli strumenti e delle risorse all'impossibilità di comprimere l'effettiva protezione di un nucleo fondamentale di diritti.

La tensione 'espansiva' che emerge dalla giurisprudenza in materia di tutela dello studente disabile mostra però, nel momento in cui assurge a paradigma dei diritti sociali nella stagione della crisi, anche i suoi limiti, dati dallo stock di risorse complessivamente disponibili e quindi da vincoli di ordine generale che si impongono al sistema delle garanzie e delle protezioni sociali nel loro complesso¹³.

Questo è particolarmente evidente proprio nel campo del diritto all'istruzione, che è quello che nell'arco dell'ultimo quinquennio ha conosciuto la più robusta riduzione di risorse: nell'insieme, la spesa pubblica e privata per studente è aumentata in termini reali tra il 1995 e il 2008 (+8%) prima di registrare una netta diminuzione tra il 2008 e il 2011 (-12%) dovuta alla riduzione della spesa pubblica (OECD, 2014).

Stretta tra un nucleo ancora ristretto di posizioni incompressibili ed una riduzione così consistente di risorse, l'istruzione scolastica è inevitabilmente portata ad una riduzione dell'estensione e/o della qualità dell'universalità del servi-

zio: la fase di evoluzione del sistema italiano appare, in questo senso, particolarmente critica, dal momento che il punto di svolta che si prospetta è, in assenza di un allargamento della valorizzazione del diritto all'istruzione al di fuori del contesto degli studenti con disabilità nel suo carattere di diritto fondamentale incompressibile da parte della Corte costituzionale, un inevitabile arretramento del livello di effettiva garanzia del diritto stesso.

In questo senso, il carattere fondamentale del diritto (organizzativamente condizionato ma non condizionabile laddove sia in discussione il suo contenuto essenziale) deve porsi come controlimite rispetto ad una esorbitante valorizzazione dei vincoli di bilancio, quali quelli che si proiettano sulle singole amministrazioni alla luce dell'art. 97.1 che pone la 'priorità' del principio di economicità: da questa tensione, tra un disegno costituzionale che muove dai diritti per adattare a questi risorse e organizzazioni, e un nuovo disegno, anch'esso radicato nello stesso testo costituzionale, che parte dalle risorse per costruire intorno a queste e alla luce di queste i diritti suscettibile di soddisfazione, e dalle soluzioni per la sua composizione deriveranno i caratteri della forma di Stato del nostro paese negli anni a venire. Resta confermata, in ogni caso, quella «relazione di immediatezza sussistente fra la disciplina degli istituti connessi alla scuola e forma vigente di Stato» (Spagna Musso, 1961: 13).

La garanzia di diritti a prestazione ha, in sintesi, un costo e di conseguenza si (im)pone indubbiamente la necessità di operare un bilanciamento con le esigenze di controllo della spesa pubblica: dal punto di vista del diritto all'istruzione del soggetto con disabilità trova però conferma evidente che «anche i diritti sociali condizionati [...] tendono ad assurgere al rango di diritti inviolabili» (Modugno, 1995: 66): ne consegue che il punto di partenza per la costruzione di un equilibrio tra diritti costosi e spesa pubblica, anche in un'epoca di crisi economica (Ciolli, 2012) non può essere dato dal vincolo di bilancio, ma dai diritti stessi: anche dopo la riforma del 2012, appare non reversibile la conclusione che «i diritti (di cittadinanza, sociali, collettivi) vengano, nella Costituzione, prima dei limiti finanziari alla loro stessa attuazione» (Leon, 2008: 275). È un esito, questo, che troviamo recentemente affermato dalla stessa Corte costituzionale nella recente sentenza n. 275 del 2016, proprio prendendo le mosse da una vicenda legata ai diritti della persona con disabilità nel campo dell'istruzione: «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione».

5. Quale diritto all'istruzione: le sfide e le tendenze recenti

Il rischio, in una lettura così importante e decisiva del diritto all'istruzione, diventa di converso quello di una frantumazione del servizio, proprio perché

ri-costruito a partire dalla posizione dell'individuo e dai diritti di cui questo è portatore. Se ampliamo il quadro, però, è evidente che nel progetto costituzionale il sistema di istruzione svolge un ruolo ineludibile di realizzazione del singolo, ma è chiamato ad assolvere ad una pluralità di funzioni: la missione che la Costituzione affida alla scuola è composita, tanto che a lungo ha rischiato di tenere in ombra l'individuo, che si è posto sullo sfondo come un'idea astratta per quanto, come si è visto, tutt'altro che infeconda (riprendendo l'immagine evocativa di Orsi Battaglini, 1990).

La scuola resta però, oltre che un fattore di sviluppo intimo dell'individuo, un formidabile (ed il principale) motore di mobilità sociale, ed un ineludibile canale di alimentazione dello stesso tessuto democratico: dobbiamo allora cogliere ulteriormente il rapporto tra istruzione e forma di Stato, in una lettura capace di tenere insieme, nella prospettiva dell'art. 3, secondo comma, della Costituzione, il diritto all'istruzione (di tutti), la particolare protezione riconosciuta ai 'capaci e meritevoli', la stessa previsione costituzionale dell'obbligo del concorso per la selezione dei pubblici dipendenti, come elementi di un sistema che va dall'individuo allo Stato, assicurando i diritti dei singoli, il progresso civile ed economico, la vitalità delle istituzioni.

Il diritto all'istruzione acquista, inoltre, in questo scenario, una valenza che va al di là della sola (pur fondamentale) posizione dell'individuo: è diritto dell'individuo, ed intorno a questo diritto costruisce il suo nucleo incompressibile, e interesse della collettività, che dalla formazione di tutti, e dalla formazione dei più capaci e meritevoli, trae un arricchimento potendo contare su personale, pubblico e privato, preposto a ruoli e posizioni di responsabilità, ma non di meno potendo contare su una popolazione più consapevole, più prossima al proprio potenziale di sviluppo e, in questo senso, meglio in grado di partecipare alla vita politica, economica e sociale del paese.

Il 'progetto costituzionale' trova, dunque, proprio nel diritto all'istruzione un suo ganglio vitale: è mettendo a sistema il diritto all'istruzione che il disegno democratico contenuto nella Carta fondamentale acquista una sua dimensione più compiuta: in questo senso, l'indebolimento del sistema di istruzione scolastica, ivi compresa quella universitaria, mina alle sue fondamenta questo disegno e l'effettivo carattere democratico della Repubblica.

Si può leggere, nella costruzione di un'istruzione pubblica, obbligatoria e tendenzialmente 'comune', nell'approntamento di percorsi di sviluppo di qualità per i capaci e meritevoli (anche, ma non solo se) privi di mezzi, non solo un fattore di inclusione, ma anche un progetto di integrazione sociale, volto a favorire lo sviluppo di un contesto nel quale i criteri distributivi (Walzer, 2008) sono diversi e vari, non riducendosi al solo 'merito', ma anche al 'bisogno', ma comunque tendenzialmente escludenti rispetto a criteri distributivi quali la ric-

chezza, il censo, la posizione sociale, che trovano dunque nella scuola pubblica (che è la scuola 'comune') un loro contemperamento nella prospettiva della costruzione di una società più giusta.

In questo senso è avvertita, proprio nel mondo della istruzione, l'attenzione nei confronti di riforme capaci di importare nell'ambiente scolastico criteri distributivi e dinamiche propri del contesto economico, secondo paradigmi latamente aziendali visti come negativi nell'ottica della scuola come comunità educante.

Difficile, in una fase come quella attuale, non legare almeno in parte le riflessioni sul sistema dell'istruzione alle sue prospettive di riforma, e quindi al progetto della c.d. 'buona scuola', ora legge n. 107 del 2015¹⁴.

Tra le diverse situazioni giuridiche che insistono sul bene istruzione, il diritto all'istruzione non è forse la chiave migliore per esaminare questo testo, che parte dichiaratamente dall'esigenza di risolvere problemi organizzativi (l'ingente precariato) e quindi prospetta ricadute in termini di diritto all'istruzione di queste soluzioni, che toccano però anzitutto nodi concettuali quali il diritto all'insegnamento, la libertà di insegnamento, l'autonomia delle istituzioni scolastiche.

L'ampia delega prevista all'art. 21 consentirà al governo un intervento molto esteso, che toccherà anche il diritto all'istruzione dei soggetti con disabilità e di quelli con disturbi dell'apprendimento e bisogni educativi speciali, nella selezione e stabilizzazione del personale è dedicata adeguata attenzione al personale docente di sostegno, tra i temi di cui si prospetta il riordino c'è il diritto allo studio (Alfieri, 2015).

Però l'immagine di un intervento rovesciato, che non aggredisce i problemi del diritto all'istruzione (a partire dalla dispersione scolastica, passando per la qualità dei risultati di formazione e per la complessiva ridotta performance in termini di conseguimento di livelli adeguati di istruzione da parte di una quota qualificante della popolazione), ma ribalta su questi problemi una scelta che parla anzitutto al mondo degli insegnanti è efficace per rappresentare l'approccio del legislatore: la scommessa, in termini di miglioramento della qualità e universalità del servizio di istruzione (e quindi di 'buona scuola'), appare qui centrata essenzialmente sul valore 'dinamicizzante' dell'autonomia scolastica ricostruita in capo al dirigente scolastico, sia pure con un progressivo ammorbidimento del disegno nel corso del dibattito parlamentare.

La visione, rappresentata dalla Fondazione Agnelli in audizione sul disegno di legge, di una costruzione dei percorsi formativi alla luce di una valutazione dell'estensione delle graduatorie ad esaurimento mostra bene il testa-coda logico che pare gravare su questa riforma, che non ricostruisce l'organizzazione a partire dal diritto all'istruzione, ma finisce per riformare il sistema di istruzione a partire dalle esigenze intra-organizzative.

Riprendendo le parole di Tullio de Mauro (De Mauro, 2015), la 'buona scuola' presenta però lacune che sono non solo nelle sue previsioni, ma anche nelle sue omissioni: il testo trascura, in sostanza, la funzione fondamentale che la scuola deve svolgere, e sta malgrado tutto svolgendo in modo per più versi soddisfacente, quella di porsi quale «il luogo privilegiato per vincere le limitazioni della libertà e dell'eguaglianza, rimescolare le carte della stratificazione sociale, trasformare le diversità in ricchezza culturale comune, favorire lo sviluppo delle persone, costruire le premesse per l'effettiva partecipazione attiva alla vita del paese».

Questo errore di impostazione si riflette sull'idea di autonomia che emerge dalla riforma: un'autonomia costruita intorno al dirigente scolastico, come possibilità di disporre con maggiori margini di apprezzamento dei 'mezzi di produzione', che va ricondotto all'interno di un modello costituzionale nel quale l'autonomia delle istituzioni scolastiche assume valore perché funzionale alla necessaria capacità di adeguamento organizzativo delle istituzioni. Nel rafforzamento dell'autonomia delle istituzioni scolastiche troviamo, dunque, spinte diverse che richiedono di essere adeguatamente bilanciate, ma che riflettono soprattutto una ambiguità dell'idea stessa di autonomia e delle sue finalità. Un'autonomia 'funzionale', come è noto, ma che nell'evoluzione dell'ordinamento sembra perdere chiarezza di riferimenti rispetto alle sue stesse finalità.

Il percorso di valorizzazione della prospettiva dell'istruzione come diritto di cittadinanza, di più come diritto sociale fondamentale cui corrisponde un ruolo centrale delle amministrazioni e della loro funzione di mediazione tra diritti e scelte organizzative, si proietta su un'idea di autonomia come potenziale differenziante (e adeguatore) delle istituzioni scolastiche che si trova ora a convivere con un'idea, che appare culturalmente distante, di autonomia 'imprenditoriale' (o per altri autonomia responsabile e quindi necessariamente 'individuale'; Poggi, 2015), come ampliamento dei poteri 'datoriali' del dirigente scolastico (Dapas, Viola, 2015). Un carattere bifronte dell'autonomia che attende di essere testato, ma che conferma ancora una volta come la disciplina del sistema di istruzione sia delicata e richieda, ancora una volta e sia pure da una diversa angolazione, una 'equilibrata alchimia' (Sandulli, 2009) tra esigenze diverse che ne ha tradizionalmente caratterizzato l'evoluzione.

Note

- ¹ C. cost., sent. 106 del 1968; cfr. analogamente già la sent. n. 7 del 1967.
- ² C. cost., sent. n. 7 del 1967.
- ³ C. cost., sent. 215 del 1987.
- ⁴ Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite a Parigi il 10 dicembre 1948; il Protocollo n. 1 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottato a Parigi il 20 marzo 1952; la Carta sociale europea (riveduta), adottata a Strasburgo il 3 maggio 1996 e la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006.
- ⁵ Art. 12, co. 3, l. 104.
- ⁶ C. cost., sent. n. 80 del 2010; cfr. Cons. St., 5194 del 3.10. 2012; 1930 del 5.2.2013.
- ⁷ Cfr. già C. cost. 215 del 1987.
- ⁸ In materia di asili nido: C. Cost., sent. n. 467 del 2002.
- ⁹ In questo senso, di nuovo, già C. cost., sent. 215/1987.
- ¹⁰ Tar Sicilia, Palermo, I, 14112 del 2010.
- ¹¹ Per l'avvocatura di Stato, come si evince dalla citata sentenza n. 80 del 2010, tale diritto «non può essere identificato *tout court* con il diritto allo studio o alla salute», essendo più assimilabile ad una mera aspettativa verso lo Stato quale erogatore di pubblici servizi (pt. 2.2 del ritenuto in fatto).
- ¹² Ed in particolare, si legge nella stessa sentenza n. 80, «il diritto del disabile all'istruzione si configura come un diritto fondamentale», caratterizzato da un «nucleo indefettibile di garanzie» che si pone quale limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore.
- ¹³ European Commission, *Funding of Education in Europe 2000-2012: The Impact of the Economic Crisis*, Eurydice Report, in <eacea.ec.europa.eu> (2013) (10/2016).
- ¹⁴ Recante *Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti*.

Riferimenti bibliografici

- Alfieri A.M. 2015, *Luci e ombre della riforma della scuola (L. 107/2015)*, *Commento a l. 13 luglio 2015, n. 107*, in *Iustitia*, 4: 429-438.
- Bin R. 1988, *Diritti e argomenti*, Giuffrè, Milano.
- Bombardelli M., Cosulich M. 2006, *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie*, Cedam, Padova.
- Calamandrei P. 1950, *Difendiamo la scuola democratica*, Discorso pronunciato al II Congresso dell'Associazione a difesa della scuola nazionale (ADSN), Roma 11 febbraio 1950, ora in <<http://www.costituzionalismo.it>>, con nota introduttiva di L. Patruno, 2008.
- Campione V., Poggi A.M. 2009, *Sovranità, decentramento, regole. I livelli essenziali delle prestazioni e l'autonomia delle istituzioni scolastiche*, il Mulino, Bologna.
- Cassese S. 1976, in S. Cassese, A. Mura, *Artt. 33 e 34*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma: 210-257.
- Ciulli I. 2012, *I diritti sociali*, in F. Angelini e M. Benvenuti (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Jovene, Napoli: 83-114.
- Cocconi M. 2007, *Istruzione pubblica*, in *Il diritto – Enciclopedia giuridica*, VIII, Milano: 391-397.
- 2013, *Il diritto allo studio fra i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*: 18-24.
- Colapietro C. 2010, *Lo statuto costituzionale del lavoratore disabile*, in F. Girelli (a cura di), *Lavoro e disabilità. Disciplina normativa e percorsi di inserimento*, Editoriale Scientifica, Napoli: 23-42.
- Cortese F. 2010, *L'istruzione tra norme generali e principi fondamentali: ossia, la Corte tra contraddizioni formali e conferme sostanziali*, in *Le Regioni*: 511-531.
- Crisafulli V. 1956, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*: 54-100.
- 1958, *Libertà della scuola e libertà di insegnamento*, in *Giur. Cost.*, 1958: 487-496.
- D'Andrea A. 2012, *Diritto all'istruzione e ruolo della Repubblica*, in *Scritti in onore di A. Pace*, II, Jovene, Napoli: 1293-1315.
- Dapas A., Viola L. 2015, *Il dirigente scolastico nell'era della "buona scuola"*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc. 1, pt. 1: 83-124.
- De Mauro T. 2015, *I tre silenzi del Governo che fanno male alla scuola*, in *Internazionale*, 11 maggio.
- Fracchia F. 2008, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Giappichelli, Torino.
- Franco L. 2013, *L'equivoca dizione dell'art. 33, c. 2, Cost. tra "norme generali", principi fondamentali e legislazione regionale alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*: 1-17.
- Gigante M. 2003, *L'istruzione*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte spec., I, Giuffrè, Milano: 782 sgg.
- Girelli F. 2011, *Sul seguito delle decisioni d'incostituzionalità: il caso delle ore di sostegno per gli studenti disabili*, in *Rivista Aic*: 1-13.

- Giubboni S., Pioggia A. 2015, *Lo stato del benessere: dalla redistribuzione al riconoscimento*, in *RDSS: Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2: 297-317.
- Iaccarino C.M. (a cura di) 1967, *L'istruzione. Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza.
- Leo S. 2006, *La materia dell'istruzione: le difficoltà di ricostruzione del sistema delle fonti*, in R. Tarchi (a cura di), *Le competenze normative statali e regionali tra riforme della Costituzione e giurisprudenza costituzionale. Un primo bilancio*, Giappichelli, Torino: 71.
- Leon P. 2008, *La produzione della ricchezza nazionale*, in *La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessant'anni dopo*, Atti del Convegno di Ascoli Piceno, 14-15 marz, a cura di M. Ruotolo, Napoli: 275-290.
- Lottini M. 2011, *Scuola e disabilità. I riflessi della sentenza 80 del 2010 della Corte Costituzionale sulla giurisprudenza del giudice amministrativo, nota a TAR Lazio – Latina, sez. I, n. 417/2011*, in *Il Foro Amministrativo TAR*, 7-8: 2403-2409.
- Marzuoli C. 2003, *Istruzione, libertà e servizio pubblico*, in C. Marzuoli (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, il Mulino, Bologna: 11-34.
- 2006, *L'istruzione e il Titolo V*, in *Le Regioni*: 165-171.
- Modugno F. 1995, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino.
- OECD 2014, *Education at a Glance: OECD Indicators*, Paris.
- Orsi Battaglini A. 1990, *L'astratta e infeconda idea. Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in *La necessaria discontinuità: immagini del diritto pubblico*, il Mulino, Bologna: 11-74.
- Pace A. 2013, *Il diritto all'istruzione nel tempo di crisi*, in *Astrid Rassegna*: 1.
- Penasa S. 2014, *La persona e la funzione promozionale della scuola. La realizzazione del disegno costituzionale e il necessario ruolo dei pubblici poteri. I casi dell'istruzione delle persone disabili e degli alunni stranieri*, in F. Cortese (a cura di), *Tra amministrazione e scuola. Snodi e crocevia del diritto scolastico italiano*, Editoriale Scientifica, Napoli: 1-40.
- Pirozzoli A. 2010, *La discrezionalità del legislatore nel diritto all'istruzione del disabile. Nota a Corte cost. n. 80 del 2010*, in *Rivista AIC*, 2 luglio: 1-8.
- Poggi A. 2006, *Art. 34*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino: 699-716.
- 2015, *Il d.d.l. sulla Buona scuola: discussione sulle politiche scolastiche o scontro sull'idea "concertazione" sindacale?*, in *Federalismi.it*: 1-7.
- Pototschnig U. 1973, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. Dir.*, XIII: 96-116.
- Renna M. 2002, *Le scuole paritarie nel sistema nazionale di istruzione*, in *Diritto amministrativo*: 647-687.
- Rinaldi P.G. 2014, *Istituzioni scolastiche e autonomie territoriali*, in F. Cortese (a cura di), *Tra amministrazione e scuola. Snodi e crocevia del diritto scolastico italiano*, Editoriale Scientifica, Napoli: 113-149.
- Rossi G. 2001, *Principi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino.

- Sandulli A. 2006, *Istruzione*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Giappichelli, Torino: 3305-3318.
- 2009, *Contro il mercato dell'istruzione scolastica*, in <http://www.costituzionalismo.it> (10/2016): 1-10.
- Spagna Musso E. 1961, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Jovene, Napoli.
- Troilo S. 2012, *Il diritto allo studio tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, 2 maggio: 1-30.
- Tubertini C. 2008, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, il Mulino, Bologna.
- Walzer M. 2008, *Sfere di giustizia* (trad. it.), Laterza, Roma-Bari.

CITTADINANZA AMMINISTRATIVA, SALUTE E SANITÀ

Melania D'Angelosante, Claudia Tubertini

SOMMARIO – 1. Premessa. PARTE PRIMA: *l'organizzazione sanitaria*. 2. Il passaggio dal sistema mutualistico a quello universalistico. 3. L'attuazione della regionalizzazione e l'emersione della nozione di 'livelli essenziali'. 4. Dalla differenziazione proclamata alla ricerca di una nuova omogeneità: la sostenibilità del servizio sanitario come fattore uniformante. PARTE SECONDA: *la libertà di scelta degli utenti: la pluralità degli offerenti e il paniere delle prestazioni fra esigenze di contenimento della spesa e dimensione competitiva*. 5. La libertà di scelta degli utenti e la pluralità degli offerenti tra esigenze di contenimento della spesa e competizione fra operatori. 6. La libertà di scelta degli utenti e il paniere delle prestazioni tra esigenze di contenimento della spesa e competizione fra sistemi.

1. Premessa

Questo studio pone l'attenzione su alcuni momenti dell'evoluzione del sistema sanitario nazionale quale indefettibile strumento di garanzia del diritto alla salute, a sua volta componente essenziale della cittadinanza amministrativa.

La necessità di 'raccolgere il testimone' degli Studi presentati in occasione del Centenario delle Leggi di unificazione amministrativa del Regno d'Italia suggerisce di concentrare l'attenzione sul raffronto del quadro esistente al momento del Centenario con quello attuale.

In questa prospettiva, l'organizzazione e il funzionamento del servizio sanitario saranno letti attraverso la lente del rapporto fra i pubblici poteri e tra questi e i privati.

Quanto al primo profilo (rapporto fra i pubblici poteri) si ricostruiranno i passaggi che hanno condotto alla trasformazione del servizio sanitario pubblico dapprima in un sistema nazionale a marcata (o, più precisamente, dichiarata) uniformità organizzativa e, successivamente, in un sistema a rete di servizi sanitari regionali fortemente differenziato sia sul piano strutturale sia su quello funzionale. L'analisi terrà conto, in particolare: a) dell'impatto di questa trasformazione sulla tutela costituzionale del diritto alla salute e sulla successiva introduzione, nel testo costituzionale, della clausola di garanzia dei livelli essenziali di assistenza sanitaria da assicurarsi su tutto il territorio nazionale; b) dei principali strumenti approntati dal legislatore statale al fine di assicurare tale garanzia e del loro grado di efficacia; c) dell'influenza (attuale e potenziale) del quadro normativo sovranazionale ed europeo sulle scelte organizzative dell'ordinamento italiano.

La fase attuale merita infatti di essere esaminata evidenziando al suo interno il ruolo della integrazione europea nel tentativo di edificazione di un modello sociale ultranazionale comune ai Paesi membri: ciò è avvenuto e sta avvenendo sia attraverso il progressivo allargamento delle politiche dell'Unione a settori che in origine competevano esclusivamente agli Stati, sia attraverso l'inclusione di parte di questi settori – entro certi limiti – nel campo di interesse delle azioni comunitarie in materia di concorrenza e mercato interno. L'incrocio di questi due moti attiene alla edificazione di un *modello sociale europeo* e si riflette sulla sovranità esercitata dagli Stati nella scelta delle prestazioni da porre a carico del sistema pubblico, generando ricadute sui diritti di cittadinanza (per gli amministrati) e sulle complessive risorse finanziarie a disposizione di ciascuno Stato (per i pubblici poteri).

Quanto invece al secondo profilo (rapporto fra pubblico e privato), si analizzerà la posizione degli utenti con riferimento alla libertà di scelta, la cui ampiezza dipende sia dalla pluralità degli offerenti ammessi a erogare prestazioni con oneri a carico della fiscalità generale, sia dalla consistenza del paniere di tali prestazioni.

La pluralità di offerenti riguarda la sfera soggettiva e si correla al tema della competizione fra operatori (finanziatori, gestori/acquirenti di prestazioni, erogatori) all'interno dello stesso sistema. Riguarda tuttavia, in una dimensione più ampia, anche il tema, di più recente emersione, della competizione fra sistemi sanitari (locali, regionali e nazionali, soprattutto nella prospettiva comunitaria).

La scelta delle prestazioni da includere nel paniere di quelle erogate con oneri a carico della fiscalità generale attiene invece alla sfera oggettiva, e si correla principalmente al tema della competizione fra sistemi sanitari.

Su questi aspetti si riflette anche l'esigenza di contenimento della spesa, di cui pure si terrà conto, così come si terrà conto del modo in cui le relazioni di competizione cui si è accennato incidano sulla libertà di scelta degli utenti dal punto di vista degli indicatori della pluralità degli offerenti e della consistenza del paniere delle prestazioni. Esistono, infatti, relazioni di reciproca influenza (e dunque di circolarità) fra alcune delle variabili cui sin qui si è fatto riferimento: così, ad esempio, se è vero che la libertà di scelta dipende in parte dalla consistenza del paniere delle prestazioni fornite, è anche vero che tale consistenza risulta a sua volta influenzata dalla libertà di scelta intesa in senso soprattutto verticale, ossia come scelta fra sistemi sanitari.

La finalità principale è quella di rintracciare il rapporto reciproco fra questi due tipi di relazioni (da una parte) e le azioni dirette al contenimento della spesa pubblica (dall'altra) di fronte all'esigenza di garantire certi livelli quantitativi di prestazioni, che siano però tendenzialmente uniformi non solo nella dimensione interna (e dunque nella prospettiva della *cittadinanza amministrativa nazionale*) ma anche in quella ultranazionale (ossia nella prospettiva della *cittadinanza amministrativa* almeno europea).

Occorre precisare che la spesa sanitaria cui si fa riferimento è quella pubblica (inclusa la spesa prodotta dalle strutture private accreditate, ma per le prestazioni erogate con oneri a carico delle risorse pubbliche), con esclusione di quella privata. Gli strumenti di controllo dei costi che saranno presi in considerazione sono invece quelli che hanno una maggiore incidenza sulle caratteristiche del paniere delle prestazioni a carico della fiscalità generale e sulla libertà di scelta degli utenti, e comunque quelli che operano a livello 'macro-economico', tralasciando pertanto l'insieme delle misure adottabili a livello aziendale per il contenimento delle spese di gestione (prospettiva micro-economica).

— Parte prima —
L'organizzazione sanitaria

2. Il passaggio dal sistema mutualistico al modello universalistico del 'Servizio sanitario nazionale'

Una ricostruzione del percorso evolutivo del sistema di tutela della salute approntato dal nostro ordinamento, nella celebrazione dei 150 dalle leggi di unificazione amministrativa, non può che prendere le mosse dal passaggio cruciale rappresentato dalla l. 23.12.1978, n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale e, con essa, dal passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale di diritto.

Nel celebrare il centenario dalle leggi amministrative di unificazione, Renato Alessi aveva rilevato la natura frammentaria e comunque ancora insufficiente della normativa in materia di sanità contenuta nelle leggi di unificazione e nelle successive leggi sanitarie (1888, 1934), dove la funzione era ancora identificata con la polizia sanitaria, individuando nella legge istitutiva del Ministero della salute (l. 13.3.1958, n. 256) il primo passo essenziale verso una unificazione delle competenze in materia sanitaria e il definitivo ingresso tra i compiti dei pubblici poteri della prevenzione attiva (Alessi, 1967: 20 sgg.).

Da allora, l'ambito dell'intervento pubblico in materia di tutela della salute è stato oggetto di uno straordinario ampliamento, al quale ha contribuito, *in primis*, la stessa scelta del legislatore costituzionale di elevare il diritto alla salute a diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettività, secondo la felice formulazione dell'art. 32 Cost.; norma che – come già rilevava, cinquant'anni fa, Lorenza Carlassare – profila, da un lato, una situazione di pretesa nei confronti dell'attività pubblica, dall'altro, una situazione di soggezione nei confronti di possibili interventi limitativi della libertà, fonte di diretti effet-

ti giuridici e specifici obblighi di comportamento per il legislatore e per la pubblica amministrazione (Carlassare, 1967: 114).

Questa lettura in senso precettivo dell'art. 32 Cost., come è noto, ha dovuto in realtà attendere l'emanazione della legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (l. n. 833/1978) per affermarsi appieno e dispiegare tutti i suoi effetti di norma fondatrice di una pretesa positiva nei confronti del potere pubblico di ottenere prestazioni sanitarie e di un correlativo obbligo di servizio pubblico, in stretta connessione con il principio di uguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3, comma 2 Cost. Sino ad allora infatti, il sistema mutualistico, fondato sull'obbligatorietà dell'assicurazione sociale contro le malattie in favore dei lavoratori e dei pensionati, garantiva l'assistenza ai soli iscritti e limitava la garanzia alle sole cure riferite alla patologia insorta, non comprendendo, pertanto, anche prestazioni di riabilitazione e recupero. In parallelo, specifiche istituzioni e gli enti locali avevano sviluppato iniziative di sanità pubblica indirizzate alla collettività ed a soggetti particolarmente bisognosi iscritti ad apposite liste, determinando in tal modo un primo allargamento in senso soggettivo ed oggettivo del sistema di tutela della salute, in modo tuttavia del tutto disomogeneo sul territorio nazionale.

Sotto questo profilo, la l. n. 833/1978 segna il punto di vera svolta, delineando l'abbandono da parte del nostro legislatore di modelli e sistemi di assistenza (per lo più) indiretta verso un modello di assistenza diretta, fondato su quel carattere di *indifferenza soggettiva* che è proprio dei sistemi c.d. universalistici e che è rimasto – sia pure con numerose ibridazioni e condizionamenti (D'Angelosante, 2011: 21) – la traccia tipica del nostro sistema di tutela della salute.

Con l'istituzione del Servizio sanitario nazionale il legislatore ha inteso espressamente abbandonare la disparità di trattamento e la limitatezza degli interventi che contraddistingueva il sistema delle mutue, per istituire un servizio pubblico caratterizzato da principi di universalità, globalità e uguaglianza, in grado di assicurare – attraverso l'iscrizione obbligatoria ed indisponibile da parte di ciascun cittadino ed il finanziamento a carico della fiscalità generale – un insieme tendenzialmente completo di prestazioni di promozione, mantenimento e recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione (art. 1), attraverso una rete completa di unità sanitarie locali.

Lo stretto ancoraggio ai principi costituzionali del sistema così delineato costituisce senz'altro il principale motivo della sua vitalità e della sua sostanziale permanenza in vita, nonostante i profondi cambiamenti da esso subiti nel corso del tempo. Il cambiamento più importante è stato senz'altro il passaggio da una impostazione di matrice esclusivamente pubblicistica del sistema di erogazione delle prestazioni ad un sistema caratterizzato da una *competizione amministrata* tra erogatori pubblici e privati, orientato a parametri di efficacia e di or-

ganizzazione di stampo aziendalistico, avvenuto verso la fine degli anni '80, e, in particolare, a partire dal d.lgs. 30.12.1992, n. 502.

Anche tenendo conto di questi cambiamenti, tuttavia, nella prospettiva del cittadino – e della sua pretesa ad una condizione di salute 'globale', intesa come completo stato di benessere psico-fisico – la scelta del modello universalistico ha sinora impedito l'avvio di quei processi di privatizzazione e di dismissione che hanno invece caratterizzato altri ambiti di servizio pubblico, ed ha impedito anche una riduzione in senso oggettivo e soggettivo del livello di copertura del servizio stesso, in controtendenza rispetto ad altri settori di intervento pubblico e nonostante l'inesorabile incremento del costo del servizio sanitario, dovuto a fattori strutturali (invecchiamento della popolazione, progresso tecnologico, maggiore disponibilità di cure ecc.) non eliminabili.

Questo risultato è stato indubbiamente il prodotto di una serie di fattori. Tra di essi va senz'altro considerata l'influenza del dibattito dottrinale che, in tutti gli stati europei, ha portato ad una crescente valorizzazione dei diritti sociali ed alla qualificazione di molti di essi come diritti della personalità, a cui garantire il massimo di tutela consentito dall'ordinamento. Si è trattato di un processo che è andato di pari passo con l'affinamento delle tecniche di tutela dei diritti sociali affermati nelle carte costituzionali e che ha senz'altro contribuito ad ampliare anche il livello di tutela giurisdizionale del diritto alla salute.

Così, ad esempio, in Italia, la qualificazione dal parte della Corte costituzionale del diritto alla salute come «diritto finanziariamente condizionato»¹ ha certamente sottolineato l'inesigibilità di tale posizione soggettiva in ragione delle sole norme costituzionali e dei principi generali contenuti nelle leggi ordinarie, e la necessità di un bilanciamento con altri diritti di pari rango, a fronte di un quadro limitato di risorse, ma non ha impedito alla dottrina ed anche alla giurisprudenza di individuare veri e propri diritti di credito alle prestazioni sanitarie, sia pure nei limiti di qualità e quantità definiti dai programmi di servizio pubblico, siano essi norme di legge o atti di programmazione o di pianificazione, nei quali entra indubbiamente in gioco il *potere discrezionale* degli enti titolari di autonomia legislativa ed amministrativa, espressione del potere di scelta tra interessi pubblici configgenti (Cavallo Perin, Gagliardi, 2010: 13 sgg.). Soprattutto, il riconoscimento della sussistenza di questo condizionamento finanziario non ha impedito di enucleare anche precisi *limiti a questa discrezionalità*, quando dall'imposizione di limiti all'accesso alla prestazione derivi un il pericolo di vita, un aggravamento della malattia o anche solo una non adeguata guarigione.

Se in una prima fase questa tutela è stata assicurata soprattutto dal giudice ordinario alle fasce sociali più deboli o a rischio di esclusione, attraverso l'individuazione del cd. nucleo incompressibile del diritto alla salute, tutelabile anche di fronte ad una azione od omissione della pubblica amministrazione, il pro-

gressivo ampliamento della giurisdizione amministrativa esclusiva e del relativo strumentario processuale ha spinto anche il giudice amministrativo ad utilizzare in via diretta il parametro dei diritti costituzionali nel giudicare l'azione amministrativa, ivi comprese le decisioni organizzative attinenti al sistema sanitario, e loro effettiva adeguatezza al soddisfacimento del diritto fondamentale alla salute, interpretato nella sua dimensione personale e tenendo conto dell'auto-determinazione del paziente (Pioggia, 2012: 76).

Sempre sullo sfondo, va tenuta in considerazione, come ampiamente sottolineato da tutta la dottrina, la rilevante influenza della Corte di Giustizia, dapprima, e, successivamente, anche delle istituzioni europee, che hanno fatto sì che il tema del raggiungimento di un elevato livello di protezione della salute in tutto il territorio dell'Unione divenisse un obiettivo comunitario vincolante per gli Stati e fondamento per interventi diretti da parte dell'Unione europea. Anche in questo caso, si è trattato di un processo (ancora non del tutto compiuto) di natura incrementale che, partendo dalla necessità di garantire la libera circolazione dei servizi e dei lavoratori e di assicurare a questi ultimi l'accesso alle prestazioni sanitarie al di fuori dei propri confini nazionali, è giunto al riconoscimento della necessità di stabilire un quadro chiaro di principi e standard comuni per la protezione dei diritti dei pazienti in Europa da attuare ovunque e in ogni fattispecie, e non solo in caso di mobilità dei pazienti.

Rappresenta un chiaro esito di questo processo incrementale l'incorporazione nei Trattati della Carta dei diritti fondamentali operata dal Trattato di Lisbona, e, con essa, il conferimento di un carattere vincolante per gli Stati non solo al diritto individuale di accesso alla prevenzione sanitaria e alle cure mediche (sia pure «alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali»: art. 35), ma anche al diritto individuale all'accesso ai servizi sociali di interesse economico generale (art. 36 della Carta). La sicura inclusione del servizio sanitario tra i servizi di interesse generale (sia pur con le perduranti incertezze circa la prevalente qualificazione economica o non economica o del servizio o, meglio, di singoli aspetti di esso: Civitarese Matteucci, 2008: 361 sgg.) comporta infatti la necessità per gli Stati di sottoporre i gestori a precisi obblighi di servizio pubblico, al fine di garantire la continuità, l'accessibilità delle tariffe, il rispetto di standard di qualità, la più efficace tutela degli utenti, secondo gli ormai consolidati canoni del servizio universale. Si tratta di principi il cui contenuto appare senz'altro in grado di orientare, se non di limitare, la discrezionalità che lo stesso Trattato riconosce ai legislatori nazionali nella definizione della rispettiva politica sanitaria e nell'organizzazione e nella fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica (cfr. art. 168 T.F.U.E.), e che hanno senz'altro contribuito anch'essi a quel mutamento di tendenza nei legislatori nazionali nel senso di una loro maggiore sensibilità al tema delle garanzie del destinatari del servizio.

Infine, non può trascurarsi il crescente ruolo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, attraverso una lettura combinata dei diritti di libertà espressamente riconosciuti dalla Carta EDU e del principio di non discriminazione (art. 14), ha finito per esercitare un controllo concreto sulle scelte, anche organizzative, delle autorità nazionali, individuando in molteplici casi obbligazioni positive a carico degli Stati aderenti (Chenal, 2010: 83).

È dunque anche grazie a questi fattori che tutte le riforme intervenute sull'originario impianto del della l. n. 833/1978 si sono orientate soprattutto nella direzione di un miglioramento dell'efficienza e di una razionalizzazione dei costi piuttosto che di una riduzione dei benefici, e che hanno modificato solo in minima misura – almeno in via di principio, e salvo quel che si dirà a proposito degli effetti concreti di queste riforme – i 'confini' (oggettivi e soggettivi) dell'intervento pubblico a tutela della salute, andando, anzi, verso la prospettiva della massima inclusione. Si tratta di un aspetto distintivo, questo, del modello di protezione accordato al diritto alla salute anche rispetto ai modelli di tutela approntati dal nostro ordinamento con riferimento ad altri, contigui diritti sociali, per i quali non è possibile giungere ad analoga conclusione.

3. L'attuazione della regionalizzazione e l'emersione della nozione di 'livelli essenziali'

Il secondo cruciale passaggio che ha caratterizzato il sistema di tutela della salute approntato dal nostro ordinamento è rappresentato dalla trasformazione del servizio sanitario da un sistema nazionale a marcata uniformità organizzativa a un sistema a rete di servizi sanitari regionali.

Un dato ormai consolidato del dibattito dottrinale sulla tutela dei diritti è che l'attuazione del principio di uguaglianza implichi la necessità per l'ordinamento di fornire risposte differenziate alle concrete esigenze dei cittadini, e che la valorizzazione dell'autonomia degli enti territoriali rappresenti uno strumento per il raggiungimento dell'uguaglianza. Non a caso, il processo di denazionalizzazione dello Stato sociale ha investito tutti gli ordinamenti e, in particolare, proprio i settori nei quali l'adeguamento delle misure di politica pubblica ai bisogni specifici dei singoli territori sub-nazionali prometteva non solo maggiore efficienza, ma soprattutto maggiore efficacia. In questa prospettiva, l'erompe dei modelli ordinamentali fondati sulla valorizzazione delle autonomie territoriali non sembra sia avvenuto solo per motivazioni di carattere finanziario (la c.d. crisi dello Stato sociale), ma anche per motivazioni di carattere ideale, ed in prima battuta per quella, tanto ideale quanto radicata nella società, della concreta attuazione del principio di uguaglianza sostanziale.

L'Unione europea ha rappresentato, sotto questo profilo, un indubbio elemento propulsivo. Non solo le politiche di contenimento della spesa pubblica hanno reso indispensabile per tutti gli Stati coinvolgere i livelli sub-nazionali nei processi decisionali, responsabilizzandoli sull'uso delle risorse pubbliche, ma anche le politiche europee volte alla valorizzazione diretta dei livelli territoriali intermedi, intesi quali strumenti di democratizzazione del sistema, hanno determinato una rapida diffusione dei modelli ordinamentali ispirati alla differenziazione nell'organizzazione delle funzioni e nella allocazione dei poteri.

Si pone dunque lungo questa linea di continuità l'avvenuta regionalizzazione del servizio sanitario nazionale ad opera del d.lgs. n. 502/1992, il suo successivo consolidamento con il d.lgs. 19.6.1999, n. 209, e, soprattutto, la rapida evoluzione in senso federalistico determinata dal d.l. 18.11.2001, n. 347 e dalla riforma del titolo V della Costituzione; regionalizzazione che ha portato a definire le Regioni come «vero e proprio centro di gravità di ogni positivo modello di regolazione e gestione del servizio sanitario nazionale», al punto che, secondo alcuni autori, la revisione del Titolo V della Costituzione ha piuttosto operato una ricognizione dell'esistente, spingendo verso una formale e positiva sistemazione costituzionale la complessa realtà che si era sedimentata nel corso degli anni, piuttosto che aver davvero «inventato» qualcosa di nuovo sul campo (Ferrara, 2007: 131).

Emblematica di tale cambiamento è stata considerata la definizione tuttora contenuta all'art. 1, comma 1 del d.lgs. n. 229/1999 del Servizio sanitario nazionale come «complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei servizi sanitari regionali», formula che – pur nella sua ambiguità (contenendo al suo interno sia il riferimento alla dimensione nazionale che a quella regionale) – ha cristallizzato il passaggio da un modello fondato sull'uniformità organizzativa ad un sistema caratterizzato da relevantissimi fattori di flessibilità e di differenziazione; un sistema nazionale articolato in servizi sanitari regionali, tra loro diversi per modelli di organizzazione e gestione, modalità di offerta delle prestazioni, nonché per il modello di aziendalizzazione prescelto. Altrettanto emblematica è stata considerata l'ampia indicazione delle competenze regionali contenuta nell'art. 2 del citato decreto, che ha attribuito alle Regioni la determinazione dei principi sull'organizzazione dei servizi e sull'attività destinata alla tutela della salute e dei criteri di finanziamento delle unità sanitarie locali e delle aziende ospedaliere, le attività di indirizzo tecnico, di promozione e supporto nei confronti delle predette, nonché il controllo di gestione e la valutazione della qualità delle prestazioni erogate.

Tuttavia, questo progressivo ampliamento dell'autonomia regionale ha riguardato soprattutto l'assetto organizzativo, non essendo mai stati messi in discussione né la potestà legislativa statale di determinazione dei principi fondamen-

tali della materia, né il sistema di programmazione a cascata di obiettivi e risorse che da sempre ha costituito – con i suoi pregi e difetti, e con tutti i limiti evidenziati in sede di attuazione – lo strumento di tenuta dell'unitarietà del sistema delle prestazioni sanitarie. Al contrario, proprio alla vigilia della riforma costituzionale del 2001– e per la precisione, con l'ormai noto accordo dell'8 agosto 2001 stipulato nell'ambito della Conferenza Stato-Regioni – si sono poste le basi per la definizione dei «livelli essenziali di assistenza da garantire in tutto il territorio nazionale», elemento cruciale di coesione del sistema sanitario e di garanzia di uno statuto di 'cittadinanza amministrativa' non più intesa (solo) come astratta appartenenza ad un ente (nazionalità), ma come residenza (*citizenship*) e relativa somma delle prestazioni essenziali che possono essere richieste alla pubblica amministrazione, indipendentemente dalle specifiche 'cittadinanze' regionali o locali.

È una prospettiva importante e necessaria quella della valorizzazione del profilo della *doverosità* dei livelli essenziali delle prestazioni, se si vuole evitare che essi restino una vuota enunciazione di principio, o meglio, l'individuazione solo astratta di una soglia di uniformità al di sotto della quale non possono collocarsi le scelte di indirizzo delle Regioni. Solo in questo modo, del resto, è possibile far sì che le implicazioni della definizione legislativa delle prestazioni essenziali non si arrestino sul versante dei rapporti tra i diversi livelli di governo, ma incidano direttamente sul cittadino e sulla estensione delle posizioni giuridiche soggettive azionabili nei confronti della pubblica amministrazione.

Del resto, nel settore sanitario l'esigenza di una puntuale individuazione delle prestazioni costituenti oggetto del servizio pubblico è nata ben prima che si ponesse il problema del grado di differenziazione sostenibile per effetto dell'autonomia riconosciuta ai livelli territoriali sub-statali nella predisposizione ed erogazione dello stesso. Il legislatore, infatti, si è per la prima volta posto questo obiettivo addirittura in sede di istituzione del Servizio sanitario nazionale, laddove ha prescritto tra i contenuti necessari del Piano sanitario nazionale la fissazione dei «livelli delle prestazioni» che dovevano comunque essere «garantite a tutti i cittadini» (art. 3, c. 1, l. n. 833/1978), ed ha attribuito alla legislazione statale il compito di «dettare norme dirette ad assicurare condizioni e garanzie di salute uniformi per tutto il territorio nazionale» (art. 4, c. 1).

L'ancoraggio delle prestazioni alle effettive esigenze dei destinatari secondo un approccio garantista, nel quale la determinazione delle risorse è contestuale, e non antecedente alla individuazione delle prestazioni, è avvenuto sul finire degli anni Novanta, grazie alla legge delega 30.11.1998, n. 419 ed al d.lgs. n. 229/1999 di attuazione, il quale da un lato, ha proceduto a definire le prestazioni, oltre che uniformi, come «essenziali»; dall'altro, ha introdotto il meccanismo della definizione contestuale dei livelli essenziali ed uniformi e delle ri-

orse finanziarie destinate al SSN, ed infine, ha provveduto alla puntuale definizione dei principi e dei criteri alla stregua dei quali procedere alla individuazione delle prestazioni essenziali, avvenuta con il d.p.c.m. 29.11.2001, più volte modificato ed ampliato, ma tuttora in vigore.

È questo il passaggio che viene considerato, a giusto titolo, cruciale rispetto alla preesistente legislazione: da un lato, si precisano i parametri oggettivi per la selezione delle prestazioni, specificando il concetto dell'essenzialità sulla base di una serie di criteri; dall'altro, si afferma il principio della contestualità tra l'individuazione dei LEA e la quantificazione delle risorse finanziarie, che quindi non vengono delimitate a monte, ma al contrario definite sulla base delle prestazioni necessarie, sia pure nel rispetto delle compatibilità finanziarie definite per l'intero sistema di finanza pubblica nel documento di programmazione economico-finanziaria (art. 1, c. 3, d.lgs. 229/1999).

Tutti questi passaggi erano ben presenti al legislatore costituzionale del 2001, che, se indubbiamente ha voluto consolidare il ruolo già conquistato dalle Regioni inserendo nell'elencazione delle loro competenze la nuova e più estesa materia «tutela della salute», dall'altro non solo ha confermato l'inquadramento della stessa nell'ambito delle competenze concorrenti, ma ha anche assicurato allo Stato la legittimazione a intervenire nell'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute che devono essere assicurati su tutto il territorio nazionale, mediante la nota clausola contenuta nell'art. 117, c. 2, lett. m) Cost.

Ancora una volta, l'approccio scelto dal legislatore italiano non è andato esente dall'influsso dell'Unione europea, la quale, se da un lato, come si è detto, ha dato grande impulso alla valorizzazione dell'autonomia dei livelli sub-statali, ha ormai fatto propria l'idea che la nuova cittadinanza europea non possa essere perseguita senza un minimo comune denominatore nel godimento dei diritti e senza superare l'originaria dicotomia tra quelli economici e quelli sociali. Ne costituisce una prova il preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che afferma l'indivisibilità dei valori di uguaglianza, solidarietà, democrazia, libertà e dignità umana, ma soprattutto l'esteso riconoscimento dei diritti sociali operato all'interno della stessa Carta, in ragione della loro stretta inerenza alle «tradizioni costituzionali comuni».

La riconduzione dell'organizzazione del servizio sanitario all'interno della sfera della competenza concorrente ha rappresentato uno dei tasselli sui quali il legislatore, con l'avvallo della Corte costituzionale, ha imperniato la garanzia dell'unitarietà del servizio sanitario nazionale, anche in un quadro di evidente e sempre maggiore differenziazione delle modalità di erogazione nelle diverse parti del territorio. Attraverso una accorta selezione dei principi fondamentali in questo ambito, quest'ultima ha di fatto respinto le soluzioni dalle quali

potesse derivare una disarticolazione del sistema attuale, soprattutto in una direzione più accentuatamente privatistica e liberistica del servizio sanitario. Non a caso, dunque, anche nel fallito progetto di revisione costituzionale del 2016, l'eliminazione di tale competenza di principio veniva compensata dalla riconduzione alla competenza esclusiva statale delle «disposizioni generali e comuni per la tutela della salute»².

Con la costituzionalizzazione, avvenuta nel 2001, dei 'livelli essenziali', invece, la definizione in via legislativa delle prestazioni di servizio pubblico è divenuta non più una mera opzione lasciata al legislatore ordinario, ma una scelta obbligata, ogni qual volta l'attività della pubblica amministrazione abbia ad oggetto la garanzia di diritti (Tubertini, 2008: 25). Così, dal riferimento operato dall'art. 117 al *dovere di garanzia* su tutto il territorio nazionale delle prestazioni si è ritenuto possibile trarre un dovere in capo ai pubblici poteri di predisposizione di tutte le condizioni di contesto (informative, organizzative, finanziarie, di controllo) necessarie a rendere effettivo il soddisfacimento dei diritti. Una clausola, in sostanza, che prende atto della stretta interdipendenza tra effettività della prestazione e contesto amministrativo di riferimento, e si rivolge quindi anche alle pubbliche amministrazioni affinché creino il contesto possibile all'esigibilità del diritto. Questa interpretazione estensiva è stata confermata anche dalla Corte costituzionale, che, ad esempio, ha ritenuto rientrare nelle legittime competenze del legislatore statale la fissazione di *standard* qualitativi e quantitativi (Corte cost., 31.3.2006, n. 134), la previsione obblighi di comunicazione di informazioni in capo alle strutture del SSN, l'esercizio di poteri di controllo, anche sostitutivo, a garanzia dei LEA (Corte cost., 11.3.2011, n. 78) da parte dello Stato sulle Regioni e i loro enti strumentali (qui anche grazie all'appiglio testuale offerto dall'art. 120 Cost.).

Dalla stessa clausola si è tentato di far discendere anche il *dovere di copertura* finanziaria dei LEA, primo ineliminabile elemento di effettività quando si parla di diritti a prestazione. Il punto però è molto controverso in quanto se, da un lato, è chiaro che parlare di garanzia dei diritti sociali senza risorse è un non senso, dall'altro, la stessa Corte costituzionale ha avallato in più occasioni la legislazione nazionale che limitava il finanziamento del servizio sanitario³, sottoponendo l'accesso a risorse aggiuntive a determinate precise condizioni⁴, ovvero direttamente limitando l'autonomia di spesa delle stesse Regioni, in ragione della necessità di un contemperamento tra la tutela della salute, la tutela di altri interessi pubblici e l'armonia dei conti pubblici⁵.

Infine, da questa clausola si è anche proposto di far discendere il dovere per i pubblici poteri di superare gli squilibri territoriali vale a dire quella disuguaglianza di fatto nell'accesso alle prestazioni, che affligge il nostro Paese e che costituisce uno degli elementi portanti del divario nord-sud, divario che è alla base del-

la debolezza istituzionale del nostro modello di amministrazione pubblica e che colloca l'Italia in fondo alle classifiche internazionali nella misurazione della qualità di governo. Secondo questa lettura, il riferimento a «tutto il territorio nazionale», contenuto nell'art. 117, appare appunto significativo dell'obiettivo, che la Costituzione ha voluto assegnare al legislatore, di *uguaglianza interterritoriale*. Anche su questo ultimo punto non sono mancate conferme da parte della giurisprudenza costituzionale che, ha ad esempio, ricondotto il sistema delle misure straordinarie di risanamento delle Regioni in deficit alla garanzia dei LEA a cui alludono gli artt. 117 e 120 Cost., cercando, anzi, con le proprie pronunce di salvaguardare i poteri del Commissario straordinario (e censurando, di conseguenza, le leggi regionali in contrasto con i piani di rientro) e dunque ponendo l'accento sulla finalità di riequilibrio territoriale insita nello stesso concetto di LEA⁶.

Rispetto a questa lettura in positivo dell'enunciato costituzionale, la realtà concreta ha tuttavia mostrato evidenti segni di difficoltà di adattamento.

Se infatti, da un lato, la definizione esatta dell'elenco delle prestazioni da garantire – al netto delle esigenze di manutenzione 'ordinaria' e 'straordinaria' che una elencazione di questo genere necessariamente richiede – è comunque avvenuta sulla base di parametri di equità, pertinenza, appropriatezza ed efficacia, garantendo un ampio livello di *comprehensiveness* del servizio, l'assenza di una preventiva ed uniforme individuazione di standards di qualità da osservarsi da parte di tutte le strutture del servizio sanitario nazionale ha portato, di conseguenza, alla difficoltà di costruire un quadro coerente di indicatori di *performance* ed è anche a questa assenza che si deve la creazione dei profondissimi divari che tuttora caratterizzano la qualità del servizio sanitario nelle diverse parti del territorio italiano.

Sul punto, è da rilevare come anche la Direttiva europea concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera (dir. UE 5.3.2011, n. 24), di cui si avrà modo di parlare ampiamente in seguito, si occupa dell'ambito della *qualità dell'assistenza*: secondo il legislatore comunitario, questo processo è da perseguire attraverso l'utilizzo di sistemi di *accountability* e di trasparenza informativa, oltre che di responsabilizzazione dei diversi attori sanitari coinvolti; ma è evidente che il tema involge anche la creazione di strumenti di controllo centralizzato, tali da assicurare il giusto temperamento tra poteri di intervento del livello centrale e autonomia (costituzionalmente garantita) dei livelli sub-statali e dei soggetti erogatori.

Anche su questo punto, il bilancio presenta chiaroscuri; come dimostra, da un lato, il lodevole tentativo di impennare sull'Agenzia per i servizi sanitari regionali, istituita sin dal 1993 (ASSR, poi, AGENAS), il monitoraggio delle strutture pubbliche e private e lo sviluppo di proposte e soluzioni per migliorare la qualità e l'efficienza dei servizi sanitari regionali, e di coordinare ed elevare a 'sistema'

tutte le altre strutture ed iniziative di monitoraggio poste in campo dal legislatore attraverso il c.d. SIVEAS (sistema nazionale di verifica e controllo sull'assistenza sanitaria)⁷; dall'altro, gli esiti contrastanti del diffuso ricorso ai piani di rientro dal disavanzo sanitario, costruiti sul fondamento della clausola costituzionale dell'intervento sostitutivo statale a garanzia dei livelli essenziali (art. 120 Cost.), ma problematici non solo sul piano della tutela delle prerogative costituzionali delle Regioni, ma soprattutto sul piano della garanzia di effettività del diritto alla salute.

Sul tema del dovere di copertura finanziaria si avrà modo di tornare diffusamente nel prosieguo di questa trattazione. Ciò che appare evidente è che nel misurare il grado di garanzia effettiva del diritto alla salute, occorre tener conto che vi è un tasso di politicità nella scelta del perimetro delle prestazioni di servizio pubblico che nessuna previsione costituzionale può azzerare, è che è dunque affidata al legislatore.

La stessa politicità si ritrova sul piano delle risorse finanziarie a disposizione: al di fuori delle scelte del tutto irragionevoli e contrarie al principio di uguaglianza, la distribuzione delle risorse finanziarie destinate alla copertura del servizio sanitario trova quale effettivo limite solo la *procedimentalizzazione* delle decisioni attinenti le risorse finanziarie, che devono vedere coinvolte, secondo adeguati meccanismi concertativi, i livelli territoriali responsabili dell'organizzazione ed erogazione del servizio (*in primis*, le Regioni) (Balduzzi, 2012: 88 sgg.).

Sul punto, tuttavia, la giurisprudenza costituzionale – neppure nei tempi più recenti – ha mai assicurato prevalenza in termini assoluti al profilo del necessario contenimento della spesa entro le risorse disponibili, riservandosi un controllo sulla proporzionalità e non eccessività delle politiche 'riduttive', accettando così l'idea di un diritto alla salute finanziariamente condizionato dal quadro finanziario complessivo, ma da proteggere nel suo nucleo irriducibile come «ambito inviolabile della dignità umana» (C. Cost., 309/1999).

Il tasso di politicità delle decisioni finanziarie e della definizione delle prestazioni essenziali determina, a cascata, anche la discrezionalità riconosciuta dal giudice amministrativo alle decisioni delle Regioni in materia di programmazione della spesa sanitaria, considerate sindacabili solo per vizi che appaiono *ictu oculi* di eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, irragionevolezza o arbitrarietà⁸.

4. Dalla differenziazione proclamata alla ricerca di una nuova omogeneità: la sostenibilità del servizio sanitario come fattore uniformante

Negli ultimi tempi, tuttavia, il tema della sostenibilità finanziaria del servizio sanitario è stato affrontato in una nuova prospettiva, a causa dell'aggravarsi della crisi economica e finanziaria che ha investito l'Europa e che ha richie-

sto, come è noto, interventi di natura straordinaria da parte di molti paesi per ridurre il debito pubblico complessivo.

Proprio l'Unione europea, del resto, se da un lato continua a sancire la centralità dei sistemi sanitari per la coesione, la giustizia sociale e lo sviluppo sostenibile (artt. 114 e 168 T.F.U.E.), dall'altro impone l'obiettivo della riduzione del deficit pubblico con misure di inusitata rigidità. Se il trattato di Lisbona imponeva già l'obbligo di «mantenere finanze pubbliche sane» (art. 4 T.C.E.) attraverso la «cooperazione» degli Stati membri (art. 317 T.F.U.E.), il meccanismo di stabilità e il Fondo europeo di stabilità finanziaria (approvati dal Consiglio europeo del 24-25 marzo 2011) e la stipula del Trattato su stabilità, coordinamento e *governance* nell'unione economica e monetaria (c.d. Fiscal compact), entrato in vigore il 1° gennaio 2013, segnano un momento ben più deciso di controllo sulle strategie di programmazione e di bilancio dei Paesi membri; e l'introduzione in Costituzione del nuovo principio del pareggio di bilancio, che è conseguita all'adesione del nostro Stato a questo nuovo ordinamento finanziario europeo, ha segnato un passaggio di cruciale importanza – pur se non ancora pienamente applicato⁹ – per il nostro sistema costituzionale di tutela dei diritti.

Anche nel nostro paese, l'incremento della spesa sanitaria, se pure contenuto entro limiti simili, se non addirittura inferiori a quelli della media dei paesi OCSE, ha senz'altro contribuito ad aumentare la spesa pubblica per consumi collettivi (ovvero, per servizi pubblici erogati ai cittadini).

La responsabilità viene imputata, soprattutto, alle Regioni ad economie più deboli, che secondo le letture più critiche hanno addirittura rappresentato i terreni più favorevoli perché ivi si realizzassero i maggiori «interessi coalizzati delle industrie di farmaci e di beni e di attrezzature»: così si esprimeva, nel maggio 2012, l'allora ministro per i rapporti con il Parlamento Piero Giarda, nell'ambito di un'audizione relativa alle prime misure di c.d. *spending review* introdotte con il d.l. 7.5.2012, n. 52.

Questa conclusione è stata certamente influenzata dal fenomeno di grave disavanzo in cui si sono trovate molte Regioni proprio a causa dell'eccessiva spesa sanitaria, situazioni il cui dilagare ha spinto il Governo ad imporre loro l'adozione di piani straordinari volti alla realizzazione di interventi radicali sulla propria organizzazione e sistema di offerta delle prestazioni. Si allude al già citato modello dei c.d. piani di rientro, che ha, di fatto, creato una spaccatura nel sistema sanitario nazionale, determinando, per le Regioni sottoposte al piano ed in misura ancora maggiore per quelle commissariate per la sua attuazione, un vero e proprio modello alternativo di *governance* ed un differente sistema di regole nella gestione delle risorse.

Ma è tutto il comparto sanità – non solo, quindi, le Regioni in deficit, ma anche quelle c.d. 'virtuose' – ad aver subito, per effetto degli impegni finanzia-

ri internazionali assunti dallo Stato italiano per la riduzione complessiva del debito pubblico, una contrazione progressiva degli incrementi annuali delle risorse, con evidente, sempre maggiore difficoltà nella copertura del servizio, a fronte di un progressivo aumento della domanda e della stessa offerta di prestazioni. Il modello della regionalizzazione, che per quasi un ventennio aveva costituito un fattore propulsivo e di sviluppo del Servizio sanitario nazionale, è quindi diventato un punto dolente del sistema, a causa della particolare incidenza sulle finanze regionali delle politiche di *austerità*.

È in questo contesto che la differenziazione viene messa in discussione: e, con essa, non solo la necessità di assicurare al livello regionale un ampio margine di autonomia nelle modalità di organizzazione ed accesso ai servizi, ma anche la possibilità – intrinseca allo stesso sistema dei ‘livelli essenziali’ – per le Regioni di assicurare ulteriori misure di tutela e beneficio (c.d. livelli ‘integrativi’) differenziati sul territorio, purché, appunto, aggiuntivi e non sostitutivi, e, anche se riferite a criteri territoriali, di carattere non discriminatorio.

Sotto il primo versante, risultano emblematiche le politiche di razionalizzazione operate da tutte le Regioni nel corso di questi ultimi anni, caratterizzate da una evidente convergenza nelle finalità (la razionalizzazione organizzativa ai fini, soprattutto, di riduzione della spesa) ma anche nelle modalità (accorpamento di strutture, centralizzazione di compiti di supporto, rafforzamento delle misure di coordinamento verticale) e negli esiti (riduzione dell’autonomia delle aziende sanitarie o semplice rinuncia nel suo utilizzo come leva di governo del sistema della sanità) (Pioggia, 2013: 70).

Sotto il secondo profilo, è significativo l’orientamento accolto dalla Corte costituzionale in merito al rapporto tra previsioni dei piani di rientro e margini di differenziazione concessi alle Regioni.

Molte sono state, infatti, le pronunce che hanno riguardato misure inerenti l’organizzazione sanitaria regionale¹⁰, o più direttamente prestazioni riconosciute ai cittadini¹¹, che sono state impugnate dallo Stato e dichiarate costituzionalmente illegittime dalla Corte costituzionale per violazione dell’art. 117, c. 3 Cost., in virtù del contrasto con i piani di rientro, elevati dalla Corte al rango di norme primarie contenenti principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica. Ricorre di frequente in tali pronunce l’affermazione secondo cui l’autonomia legislativa concorrente delle Regioni nel settore della tutela della salute ed in particolare nell’ambito della gestione del servizio sanitario può incontrare limiti alla luce degli obiettivi della finanza pubblica e del contenimento della spesa, soprattutto qualora questi limiti siano conseguenza di una esplicita «condivisione da parte delle Regioni della assoluta necessità di contenere i disavanzi del settore sanitario»; cosicché, il legislatore statale potrà legittimamente imporre alle Regioni vincoli alla spesa corrente per assicurare l’equi-

librio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari.

In altre parole, secondo la Corte una regione che viola il Patto di stabilità interno – a maggior ragione quella che contravviene al Piano di rientro – avvantaggia indebitamente i propri residenti a scapito di quelli di altre Regioni, legittimando di conseguenza un pervasivo coordinamento finanziario. Rispetto a questo recente indirizzo, parte della dottrina ha rilevato che – se per il momento esso appare circoscritto sotto il profilo oggettivo alle Regioni sottoposte a piano di rientro – vi è la possibilità che possa, alla fine, essere esteso a tutte le Regioni, finendo per elidere anche sul piano giuridico, e non meramente fattuale, la possibilità per le stesse di differenziare il proprio sistema di offerta mediante l'apposita previsione di prestazioni aggiuntive; portando così il sistema ad una nuova omogeneizzazione, per non dire uniformazione (Belletti, 2013: 1078).

In realtà, anche questa copiosa giurisprudenza non sembra, allo stato attuale, mettere in discussione né la regionalizzazione del servizio, né la possibilità (almeno in linea teorica) di una differenziazione organizzativa e del sistema di prestazioni orientata ad un miglioramento della quantità e qualità dei servizi resi ai cittadini. Essa rappresenta, piuttosto, un indice – senz'altro allarmante – di un sistema che non appare in grado, allo stato attuale, di assicurare l'effettività neppure dei livelli essenziali in tutte le parti del Paese; ed al raggiungimento di questo obiettivo di uguaglianza sostanziale sacrifica dunque, sia pure in via transitoria, anche il riconoscimento dell'autonomia regionale nella differenziazione dei propri modelli di servizio sanitario.

Ciò che appare importante è, dunque, porre nuovamente l'accento sulla necessaria verifica (anch'essa spettante alla Corte costituzionale) di ragionevolezza e proporzionalità delle scelte legislative di allocazione delle risorse finanziarie destinate al finanziamento dei servizi sanitari regionali, per evitare che la ricerca di ulteriori risparmi di spesa non porti a rendere impossibile proprio il dichiarato obiettivo del raggiungimento di una soglia di effettiva omogeneità almeno nell'accesso alle prestazioni essenziali.

In breve, più che di sostenibilità del servizio sanitario – che dipende, in larga misura, da una migliore allocazione delle risorse disponibili, più che dalla loro ulteriore riduzione - sarebbe necessario parlare di rilancio dei valori fondamentali alla base del nostro sistema di tutela della salute e di rinnovamento del SSN per renderlo più adeguato – in tutte le Regioni italiane - ai bisogni di salute della popolazione, più accessibile a tutte le persone, a partire da quelle più fragili e più pesantemente colpite dalla lunga crisi economica; evitando quell'effetto di progressivo 'logoramento' a più riprese denunciato da numerosi attori, istituzionali, sociali ed economici.

A questo rilancio sembra, da ultimo, puntare il legislatore attraverso l'aggiornamento dell'architettura del sistema sanitario, ovvero, la disciplina dei LEA: il d.p.c.m. 29 novembre 2011 sarà infatti presto integralmente sostituito da un nuovo decreto, adottato con la medesima procedura, dopo un lungo e tortuoso procedimento di elaborazione durato più di due anni. Il primo luogo, la nuova disciplina si propone di superare la precedente tecnica del rinvio ad altre fonti, proponendosi come fonte primaria e tendenzialmente esaustiva per la definizione delle «attività, dei servizi e delle prestazioni» garantite ai cittadini con le risorse pubbliche messe a disposizione del SSN. L'altro elemento distintivo è rappresentato dall'ampliamento delle patologie considerate, e delle relative prestazioni incluse nell'offerta, compensato, tuttavia, da una particolare attenzione all'appropriatezza clinica: per numerose prestazioni sono state infatti individuate «indicazioni prioritarie» utili ad orientare l'attività prescrittiva dei medici verso un utilizzo appropriato delle stesse; per un numero più ridotto di prestazioni sono state fissate vere e proprie «condizioni di erogabilità», di carattere vincolante ai fini dell'inclusione nei LEA. Nonostante queste precauzioni, il rischio di un aumento della spesa sanitaria a carico dei pazienti (a causa soprattutto della trasformazione di numerose prestazioni ospedaliere in ambulatoriali) e, più in generale, il timore dell'insostenibilità, per le Regioni, della nuova e più articolata offerta di prestazioni, mostrano ancora una volta come il tema cruciale, in questo settore, sia quello della copertura finanziaria.

— Parte seconda —

La libertà di scelta degli utenti: la pluralità degli offerenti e il paniere delle prestazioni fra esigenze di contenimento della spesa e dimensione competitiva

5. La libertà di scelta degli utenti e la pluralità degli offerenti tra esigenze di contenimento della spesa e competizione fra operatori

Come si è precisato nella parte introduttiva, il rapporto fra pubblico e privato in sanità verrà qui analizzato nella prospettiva della libertà di scelta dell'utente, in primo luogo nella sua interrelazione con la presenza di una pluralità di erogatori ammessi a fornire prestazioni con oneri a carico della fiscalità generale.

Qui il principale interrogativo riguarda la sussistenza di un sufficiente grado di concorrenzialità del mercato in cui essi operano, e pertanto di una effettiva libertà degli utenti nella scelta dell'operatore cui rivolgersi.

L'idea che la stimolazione di condizioni di concorrenza fra gli operatori potesse contribuire a migliorare la qualità dei servizi erogati al contempo riducendo la spesa ha ispirato alcune delle riforme che hanno interessato il sistema sanitario inglese (Neri, 2006; Civitarese Matteucci, 2011: 381 sgg.). Questo, come quello italiano, che vi si è ispirato nella riforma introdotta dalla l. n. 833/1978, rappresenta il paradigma dei modelli c.d. 'universalistici', che sono i più equi dal punto di vista soggettivo e oggettivo, ma anche quelli ove la spesa pubblica tende a essere più elevata e difficile da controllare.

L'equità dal punto di vista soggettivo è dovuta al fatto che i beneficiari delle prestazioni fruibili con oneri a carico del sistema pubblico siano tendenzialmente tutti i 'cittadini', senza limitazioni a specifiche categorie (Toth, 2010: 325 sgg.). Anzi, in una prospettiva più ampia soggettivamente (tale da includere a es. anche gli stranieri irregolari) sebbene oggettivamente più ristretta (in quanto limitata ad alcune prestazioni, come quelle dell'emergenza-urgenza), si fa riferimento alla *persona*, quale portatrice di diritti complessi e specifici la cui tutela impegna l'amministrazione in modi diversi, anche a prescindere da un obbligo di legge, e sulla base invece di una relazione diretta fra diritto e collettività.

L'equità dal punto di vista oggettivo è dovuta invece al fatto che il numero delle prestazioni fruibili con oneri a carico del sistema pubblico sia obiettivamente alto, essendo previste poche esclusioni (Toth, 2010: 325 ss.).

La tendenza alla lievitazione della spesa pubblica e le difficoltà nel suo controllo sono dovute a diversi fattori: uno è la propensione dell'utenza a sovrastimare il proprio bisogno di prestazioni, principalmente in ragione del fatto che non sia previsto il pagamento diretto e integrale, da parte del destinatario, del servizio di volta in volta fruito. I sistemi universalistici hanno però previsto due strumenti di controllo della spesa per arginare questo fenomeno. Il primo è quello del c.d. *gatekeeping*, in virtù del quale si può accedere all'assistenza specialistica od ospedaliera a fruizione programmata con oneri a carico del sistema pubblico solo dietro prescrizione del medico curante del richiedente. Il secondo è quello dei *tickets*, i quali rappresentano una forma di compartecipazione degli utenti alla spesa per poter fruire delle stesse prestazioni (oltre che per l'acquisto di alcuni farmaci) con oneri a carico del sistema pubblico.

Qui occorre aggiungere almeno due riflessioni.

La prima riguarda la tendenza dei vari modelli di sistemi sanitari a convergere, ossia a mutuare da ciascuno degli altri quelle qualità che possano permettere il superamento, anche solo in parte, delle debolezze del modello di volta in volta considerato. Tant'è che nessuno di essi si presenta come 'puro', ma possiede delle *caratteristiche prevalenti* (che gli consentono di essere ricondotto all'uno o all'altro modello) e poi delle *caratteristiche complementari* (mutuate da uno o più dei modelli cui non è riconducibile) (Toth, 2010: 325 sgg.; D'Angelosante, 2012: 16 sgg.).

La seconda riguarda il ruolo dell'UE in questo quadro. È vero infatti che i moti di avvicinamento caratterizzano gli ordinamenti sanitari di tutti i Paesi, a prescindere dalla loro appartenenza all'UE. Tuttavia per quelli comunitari la convergenza risulta accelerata almeno con riferimento alla doppia tensione che si registra in ambito comunitario, di cui si è detto nella premessa.

Il *modello sociale europeo* (Civitaresse Matteucci, 2009: 179 ss.) appare però ancora lontano dalla capacità di edificazione di una 'vera' cittadinanza amministrativa all'interno dell'UE, la quale richiederebbe anche una capacità di redistribuzione della ricchezza – e dunque impositiva – dell'Unione, per il reperimento diretto delle risorse necessarie a finanziare le politiche sociali (Pioggia, 2014: 24 sgg.): si è però ancora evidentemente distanti da questa prospettiva.

Lo stesso è a dirsi per l'apporto del sistema CEDU, che riguarda prevalentemente i diritti civili e politici, pur avendo la Corte EDU sviluppato una giurisprudenza sui servizi sociali per l'interconnessione fra essi e quelli di cui la CEDU si occupa direttamente (in specie il diritto alla vita di cui all'art. 2, il divieto di trattamenti disumani e degradanti di cui all'art. 3, il diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8, il divieto di discriminazione di cui all'art. 14): prevale però il fine di tutelare i diritti civili e politici nella loro dimensione tradizionale, vale a dire senza usarli come ponte per la tutela di altri diritti (Guazzarotti, 2012: 8 sgg.).

Si può ora tornare al caso italiano.

Ebbene, dal lato dell'offerta, la regolazione dell'accesso al mercato da parte degli erogatori interessati o istituzionali è subordinato al sistema dell'accreditamento unito agli accordi contrattuali. L'accreditamento è infatti condizione necessaria, ma non sufficiente, dovendo essere seguito da un accordo contrattuale fra la struttura e la stessa amministrazione: qui si definiscono i profili quanti/qualitativi delle cure erogabili a valere sulla fiscalità generale e si determinano i tetti di spesa superati i quali il rimborso potrebbe non essere garantito. I tetti di spesa vengono definiti in sintonia con la pianificazione regionale vigente, ma in modo prevalentemente autoritativo da parte della p.a., nonostante la veste contrattuale. Sono sempre determinati unilateralmente, ma in modo aggregato, i c.d. 'tetti di sistema', definiti dalla regione come limite per il ricorso complessivo agli erogatori privati in regime di accreditamento su base regionale o provinciale. Il potere necessario a consentire l'ingresso degli erogatori (accreditamento) e quello che può consentirne l'uscita (revoa o sospensione dell'accreditamento) sono discrezionali. L'accreditamento ha dunque natura sostanzialmente concessoria, in un sistema ove non sono evidentemente previste, quali condizioni di ingresso nel mercato degli erogatori, apposite procedure competitive. Si determina di conseguenza uno sbilanciamento fra erogatori 'forti' del sistema (quelli necessari, come le Aziende sanitarie locali produttrici e le Aziende ospedaliere, a esempio) ed erogatori privati (Jorio, 2015: 1 sgg.).

Nella prospettiva del rapporto fra gli erogatori risultano evidentemente più aderenti al principio di concorrenza i sistemi a forte separazione, come quello lombardo, ove alle ASL sono sottratti i compiti di produzione diretta, ossia di erogazione delle prestazioni di cura¹². Qui si realizza in sostanza una separazione fra le funzioni di finanziamento, di gestione e di erogazione delle prestazioni. Lo stesso non può dirsi per gli altri sistemi, ove le ASL accumulano le funzioni di gestore e di produttore dei servizi, accentuando così il diverso peso dei produttori 'forti' rispetto a quelli 'deboli'¹³.

Anche il contingentamento che si determina in sede di programmazione causa una importante barriera all'ingresso da parte di nuovi erogatori, non tanto per la necessità che questi hanno di conseguire l'accreditamento, quanto per la difficoltà di ottenerne il rilascio in un contesto ove il mercato è saturo e la spesa pubblica deve essere contenuta (pure attraverso la riduzione delle strutture di erogazione, per abbattere i loro costi di mantenimento e/o per evitare che alcune di esse risultino sottoutilizzate). Normalmente gli accreditamenti già rilasciati non sono infatti soggetti a scadenza, ma solo a eventuali sospensione e/o revoca. E, anche quando delle ipotesi di scadenza siano previste, è possibile in linea di massima la reiterazione, la quale è valutata in via preferenziale rispetto ai nuovi accessi (Conticelli, 2012: 157 sgg.). Inoltre, sempre per rispondere alle esigenze di contenimento della spesa pubblica, in sede di programmazione regionale si sceglie spesso di limitare il rilascio degli accreditamenti a strutture private, presupponendo che l'erogazione attraverso quelle pubbliche richieda l'impiego di minori risorse economiche¹⁴.

Il paniere degli erogatori non è però composto solo da quelli ammessi a fornire prestazioni con oneri a carico dei bilanci pubblici.

Si è peraltro già detto che questo studio fa riferimento essenzialmente all'insieme delle prestazioni finanziate ricorrendo alla fiscalità generale, e non a quello dei servizi acquistati dagli utenti direttamente o usufruendo di assicurazioni private o di fondi integrativi. Il secondo paniere identifica il mercato che convenzionalmente (anche se con una certa approssimazione) si può definire 'privato'.

6. La libertà di scelta degli utenti e il paniere delle prestazioni tra esigenze di contenimento della spesa e competizione fra sistemi

Muovendo da quest'ultima prospettiva, si può affermare che la libertà di scelta, se avente a oggetto i sistemi sanitari e non gli operatori dello stesso sistema, può articolarsi su più livelli, e in senso sia orizzontale (dall'assistenza diretta a quella indiretta) sia verticale (a partire dai sistemi sanitari locali e/o regionali per giungere sino a quelli nazionali, extracomunitari e comunitari).

Nella prospettiva ‘orizzontale’ occorre distinguere la scelta fra il sistema pubblico e il sistema privato (cui appartengono ad esempio le strutture solo autorizzate). Quest’ultimo a sua volta può restare privato, oppure può entrare occasionalmente a far parte di quello pubblico. Ciò accade quando i pazienti richiedano di accedere alle sue strutture, ma nella forma dell’assistenza indiretta, ossia domandando il rimborso di quanto pagato per la fruizione della cura alla ASL e/o alla regione di residenza secondo le condizioni previste dalla legislazione regionale o, in via suppletiva, da quella statale.

Nella prospettiva ‘verticale’ occorre distinguere la scelta fra erogatori dello stesso sistema dalla scelta tra erogatori di sistemi diversi e, pertanto, anche fra sistemi sanitari differenti.

Qui si deve precisare che la domanda dell’utente risulta condizionata, in primo luogo, dalla selezione delle prestazioni da includere fra quelle finanziate dal sistema pubblico. Essa riguarda essenzialmente, almeno con riferimento al caso italiano, la determinazione dei livelli essenziali di assistenza sanitaria da garantirsi su tutto il territorio nazionale (LEA): spetta dunque allo Stato ai sensi dell’art. 117 c. 2 lett. m) Cost. e ha natura in buona parte politica, oltre che, prima ancora, etica. L’acquisizione della centralità della prestazione (LEA) prescinde infatti, di regola, nella sua consistenza, dall’amministrazione che la erogherà, appartenendo alla sfera del diritto della persona prima che alla sfera della funzione amministrativa. Le Regioni possono inoltre prevedere livelli integrativi a carico dei propri bilanci¹⁵. È evidente che in ambedue i casi le possibili soluzioni avranno una incidenza diretta sulla spesa sanitaria pubblica.

Al lato dell’offerta si riferisce anche la realizzazione del sistema di federalismo fiscale impostato dall’art. 119 Cost. (sulla cui base è stata emanata la legge delega 5.5.2009, n. 42, parzialmente attuata da una serie di decreti legislativi, fra i quali il d.lgs. 6.5.2011, n. 68 riguarda il finanziamento della sanità).

L’art. 119 Cost. e le sue fonti attuative sul finanziamento della sanità prospettano l’uso dei LEA come strumento di perequazione fiscale, ossia come mezzo per mitigare un federalismo che diversamente risulterebbe troppo competitivo e iniquo (Antonini, 2014: 1 sgg.; Brancasi, 2002: 922 sgg.; Leone, 2009: 538 sgg.). Il rischio di iniquità si amplifica per effetto della *spending review*, se questa non viene accompagnata da azioni rivolte all’efficientamento nell’uso delle risorse, traducendosi invece in un mero taglio lineare.

La spinta all’autonomia finanziaria delle Regioni è temperata dalla possibilità, per quelle che non riescano ad assicurare i LEA nella misura corrispondente al fabbisogno standard, di attingere a un apposito fondo statale per la perequazione integrale di quanto occorrente, alternativamente: a) a erogare i LEA in condizioni di qualità e appropriatezza (se essi non sono assicurati ma il bilancio regionale è in pareggio); b) a raggiungere il pareggio di bilancio per la spesa sanitaria (se i

LEA sono assicurati ma il bilancio è negativo); c) a conseguire ambedue gli obiettivi di cui alle lettere a) e b) (se i LEA non sono assicurati e il bilancio è negativo).

Per la ripartizione di queste risorse si prevede inoltre il superamento del criterio della spesa storica, a vantaggio invece di quello dei fabbisogni standard.

Il 'fabbisogno standard' rappresenta il prodotto fra i LEA e i costi standard delle prestazioni rilevati nelle Regioni virtuose. Sono virtuose le Regioni che non siano sottoposte ai Piani di rientro e che sono in grado di garantire i LEA avendo un bilancio in pareggio. A dicembre 2013, in via di prima applicazione del sistema, la scelta è ricaduta sulle Regioni Umbria, Emilia Romagna e Veneto. Oggi, alla luce delle modifiche successivamente apportate al d.lgs. 6.5.2011, n. 68, l'identificazione deve essere rinnovata annualmente con una procedura concertata fra Stato e Regioni, selezionando le tre Regioni in tre distinti distretti geografici (nord, centro e sud dell'Italia) e facendo in modo di selezionare almeno una Regione di piccole dimensioni. L'individuazione delle Regioni virtuose è il presupposto per determinare i costi standard delle prestazioni, che debbono essere rilevati nelle Regioni così scelte, con una ponderazione realizzata in base a criteri demografici per classi di età.

Un primo interrogativo riguarda la fisionomia che tali meccanismi finiranno per assumere alla luce della sopraggiunta riforma sulla introduzione del principio del pareggio di bilancio in Costituzione, e delle misure che hanno determinato e stanno determinando il riaccentramento delle politiche finanziarie per effetto della crisi economica. L'impressione complessiva è che l'autonomia non sarà in via di principio soffocata, ma diverrà un premio per le Regioni che riescano a raggiungere determinati obiettivi. Questi, inoltre, non sembrano così confliggenti rispetto a quelli prospettati dalle norme sull'attuazione del federalismo fiscale: lo si può evincere, a es., dal fatto che il pareggio di bilancio rappresenti sia una delle condizioni per considerare una regione virtuosa sia un principio ora consacrato espressamente in Costituzione in conseguenza dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

Fatte queste precisazioni, si può ritenere che la manovra di attuazione del federalismo fiscale: a) tenda a incentivare, attraverso la predicata autonomia finanziaria di entrata e di spesa delle Regioni, la differenziazione dei sistemi sanitari in ambito regionale, essenzialmente sul versante dei modelli fiscali; b) tenda quindi a incentivare anche la responsabilizzazione finanziaria delle amministrazioni regionali quanto meno di fronte allo Stato.

A questi obiettivi possono però aggiungersi, quali ulteriori conseguenze: a) l'incentivo al livellamento al rialzo della qualità delle prestazioni dei sistemi regionali più inefficienti sino a un certo comune denominatore, ritenuto irrinunciabile per la effettiva garanzia dei LEA; b) l'incentivo alla spesa buona piuttosto che alla 'riduzione dei costi a tutti i costi' (dunque a prescindere da eventuali

incrementi della spesa, i quali potrebbero anche prodursi, ad es. se si considera che nelle Regioni i cui sistemi sanitari sono comunemente ritenuti più efficienti si spende anche di più che nelle altre, ma meglio); c) il disincentivo all'ulteriore miglioramento dei sistemi meno efficienti, una volta che essi abbiano raggiunto la soglia di ottimizzazione sostenuta dagli incentivi fiscali; d) il disincentivo all'ulteriore miglioramento dell'efficienza dei sistemi già virtuosi, che potrebbe gravare solo sui bilanci regionali, la cui autonomia di gestione deve oggi misurarsi coi principi e con le disposizioni che impongono la chiusura in pareggio.

Se ne desume che l'attuazione del federalismo fiscale possa portare alla riduzione, tramite il livellamento al rialzo, della migrazione di pazienti fra diversi sistemi sanitari regionali, contemporaneamente consentendo una limitata competizione fra sistemi regionali di *welfare* e di finanziamento del servizio. Tuttavia, se le differenziazioni regionali sulla capacità di garantire i LEA si sarebbero ridotte fra il 2010 e il 2012, a ciò non è seguita una riduzione della migrazione sanitaria interregionale, che anzi sarebbe cresciuta nel periodo 2007-2014 (Gabriele, 2015: 1 sgg.).

Questa capacità di migliorarsi va del resto posta a sistema con la 'giurisprudenza della crisi', che in alcuni casi ha dichiarato illegittimi i livelli integrativi di assistenza previsti dall'amministrazione regionale in circostanze particolari (come la vigenza di un Piano di rientro), tanto da considerare di fatto i LEA come un limite massimo, piuttosto che minimo¹⁶.

Nell'attesa che la stagione di riforme in senso federalista venga completata, se e quando lo si farà, il Patto per la salute riferibile agli anni 2014-2016 aveva preannunciato la necessità di rivedere i criteri stabiliti dal d.lgs. n. 68/2011 per determinazione di costi e fabbisogni standard regionali in sanità. E in effetti la Relazione sullo Stato Sanitario del Paese riferibile agli anni 2012-2013 aveva evidenziato che le prime applicazioni del parametro dei costi standard in sanità dimostrerebbero una non significativa variazione, rispetto al passato, del riparto della spesa fra le Regioni¹⁷.

La riforma in materia di federalismo fiscale introduce al tema della competizione fra diversi sistemi sanitari (in questo caso regionali), piuttosto che fra operatori dello stesso sistema.

Ma sono diversi anche i sistemi sanitari di Stati diversi (comunitari o meno).

E, pur se con qualche limitazione, possono esserlo, in una prospettiva più ristretta centrata essenzialmente sul caso italiano, i Sistemi locali (corrispondenti geograficamente ai distretti di ciascuna ASL) all'interno di ogni SSR.

In questo quadro ogni utente può scegliere: 1) se richiedere prestazioni di cura finanziandole direttamente o per il tramite delle polizze volontarie eventualmente stipulate (rivolgendosi a professionisti sanitari operanti in regime di autonomia o a strutture solo autorizzate); 2) oppure se usufruire di quelle rese

disponibili dal sistema pubblico con oneri a carico della fiscalità generale. Nel secondo caso potrà a sua volta richiederle: a) a una delle strutture operanti nel distretto della ASL ove risiede; b) a una delle strutture operanti nel distretto di altra ASL, ma nella stessa regione; c) a una delle strutture operanti nel distretto di altra ASL, e di regione diversa; d) all'estero.

Fra questi poli si muovono fisicamente i pazienti.

La *mobilità infraregionale* può essere dovuta alla scelta fra erogatori dello stesso SSR, oppure alla scelta fra il sistema pubblico (cui appartengono evidentemente anche i privati accreditati) e quello privato.

Nel primo caso gli oneri della migrazione restano a carico della ASL di residenza dell'utente (*mobilità passiva*), e vengono determinati sulla base dei tariffari vigenti.

Nel secondo caso, se l'opzione ricade sul sistema privato senza la contestuale richiesta di assistenza in forma indiretta, restano a carico dell'utente. Se invece l'opzione ricade sul sistema pubblico o su quello privato secondo la formula dell'assistenza in via indiretta, gli oneri della migrazione restano ancora a carico della ASL di residenza dell'utente.

La *mobilità interregionale* può essere invece dovuta alla scelta fra erogatori di diversi SSR, oppure ancora alla scelta fra il sistema pubblico e quello privato. La ripartizione degli oneri segue le stesse regole previste per la mobilità infraregionale, con la precisazione che i tariffari sono quelli vigenti nella regione finanziatrice, che si fa carico degli oneri della migrazione.

Infine la *mobilità transfrontaliera/internazionale (extracomunitaria o intracomunitaria)*¹⁸ può essere dovuta alla scelta fra erogatori di diversi sistemi sanitari nazionali, oppure alla scelta fra il sistema pubblico e quello privato.

Nel primo caso gli oneri della migrazione restano a carico del Paese di residenza dell'utente, e gravano sul bilancio regionale, a queste condizioni: a) eleggibilità della prestazione, autorizzazione e limiti quantitativi di rimborso, secondo quanto previsto dallo Stato di appartenenza dell'utente, per l'ipotesi di *migrazione extracomunitaria*; b) riconducibilità della prestazione, nell'ipotesi di *migrazione intracomunitaria*, a quelle dispensate dal sistema sanitario del Paese finanziatore, nei limiti della spesa che ivi occorrerebbe per erogare la cura, e previa eventuale autorizzazione dello stesso Paese per le cure ospedaliere e specialistiche e negli altri casi espressamente previsti dalla dir. UE 9.3.2011, n. 24 (oltre che dal reg. CE 29.4.2004, n. 883, ai sensi del quale l'autorizzazione è sempre necessaria e non può negarsi se le prestazioni rientrano fra quelle erogate con oneri a carico del Paese d'origine e se qui le cure non siano fruibili in un lasso di tempo compatibile con la natura e lo stato della patologia).

In caso di scelta fra il sistema pubblico e quello privato, se l'opzione ricade sul secondo senza la contestuale richiesta di assistenza in forma indiretta, gli

oneri della migrazione restano a carico dell'utente. Se l'opzione ricade sul sistema pubblico o su quello privato secondo la formula dell'assistenza in via indiretta, gli oneri della migrazione restano ancora a carico del Paese di residenza dell'utente, a gravare sul bilancio regionale.

Ma sulla *migrazione intracomunitaria* deve darsi qui conto di alcune relativamente recenti novità.

Con il d.lgs. 4.3.2014, n. 38 l'Italia ha infatti recepito la dir. n. 24/2011, che ha riordinato la disciplina della migrazione anche alla luce degli orientamenti della Corte di giustizia.

Il decreto prevede in particolare che per motivi imperativi di interesse generale (come specifiche esigenze di pianificazione e/o economiche) la competente autorità ministeriale possa adottare misure (evidentemente restrittive) sull'accesso alle cure, anche con efficacia limitata nello spazio, e comunque facendo applicazione del principio di proporzionalità.

Stabilisce inoltre il principio di continuità delle cure (secondo cui, in caso di assistenza ricevuta all'estero, i controlli medici conseguenti sono fruibili anche in Italia alle stesse condizioni previste per l'assistenza qui fruita) e di mutuo riconoscimento delle prescrizioni mediche, nonché di mutua assistenza e cooperazione tra Stati, anche al fine della uniformazione degli standard qualitativi e di sicurezza.

Il regime dell'autorizzazione preventiva viene però applicato ai soli casi contemplati all'art. 9 c. 2, ossia all'assistenza sanitaria: a) soggetta a esigenze di pianificazione per ragioni qualitative e/o di contenimento dei costi e che richieda, alternativamente, il ricovero del paziente per almeno una notte o l'uso di infrastrutture/apparecchiature altamente specializzate e costose; b) che comporti particolari rischi per il paziente o la popolazione; c) prestata da erogatori che non forniscano specifiche garanzie di qualità.

Ai suindicati tre casi ogni regione e le province autonome possono aggiungere ulteriori ipotesi di subordinazione della migrazione in uscita alla autorizzazione preventiva (art. 9 c. 8). A questo regime autorizzatorio si aggiunge però quello disciplinato dallo stesso reg. n. 883/04 sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, la cui applicazione viene fatta salva.

Le tre ipotesi previste dall'art. 9 c. 2 per il ricorrere del regime di autorizzazione preventiva si ricollegano parzialmente a quelle previste dal successivo c. 6 come causa di diniego dell'autorizzazione, la quale deve inderogabilmente opporsi quando: a) la valutazione clinica del caso evidenzia che il trattamento richiesto sottoporrebbe il paziente a rischi esorbitanti rispetto ai possibili benefici; b) il trattamento richiesto comporterebbe con ragionevole certezza rischi per la popolazione; c) il prestatore prescelto non fornisca specifiche garanzie di qualità; d) il trattamento possa essere prestato nel Paese d'origine in un lasso di tempo compatibile con la natura e lo stato della patologia.

Si determina quindi, in ragione di tutti i fattori sin qui considerati, l'apertura di spazi per consentire una certa competizione fra sistemi, in specie all'interno dell'Unione europea (con possibili riflessi in punto di confronto competitivo quanto al rapporto tra componente quali-quantitativa delle prestazioni erogate e modalità del loro finanziamento).

Quest'ultimo profilo si correla a sua volta alla circostanza che in via di principio anche i servizi sanitari siano riconducibili alla categoria dei servizi ordinari ai sensi del Trattato (art. 57 T.F.U.E.) (Civitarese Matteucci, 2009: 179 sgg.)¹⁹, o, meglio ancora, alla categoria dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'art. 106 T.F.U.E. (Sorace, 2010: 1 sgg.; Merusi, 2010: 313 sgg.)²⁰. Ciò determina, nella prospettiva comunitaria: a) la tendenza all'apertura dei servizi sanitari, in attuazione degli artt. 57 e 106 c. 1 T.F.U.E., all'applicazione delle regole in materia di mercato interno (attraverso la garanzia delle libertà di circolazione, la tutela e la promozione della concorrenza, il divieto di aiuti di Stato alle imprese), se ciò non osti allo svolgimento della specifica missione di interesse generale loro affidata, come precisa l'art. 106 c. 2 T.F.U.E.; b) la tendenza all'incentivo, secondo certe regole e certi principi, della migrazione sanitaria di pazienti fra i Paesi dell'UE.

I moti della migrazione sanitaria vanno però letti, a tutti i livelli, in una prospettiva che ne individui anche le possibili relazioni, cercando di capire quanto meno: a) la natura della eventuale competizione da essi determinata; b) la loro possibile correlazione a condizioni di *State failures*.

Gli *State failures* (Massera, 2009: 1 sgg.) sono un fenomeno inverso rispetto ai ben più noti *market failures*, i quali ultimi si realizzano quando il mercato non riesce da solo a produrre e a finanziare certi servizi di interesse generale, che pertanto gli vengono sottratti (Hetzel, 2012; Tirelli, 2010). Ciò rimanda alla distinzione fra le attività semplicemente 'economiche' e quelle 'di interesse economico generale', la quale a sua volta trae origine dalla circostanza che le seconde vengono garantite dalle autorità pubbliche anche quando il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo (e si producano quindi condizioni di *market failures*) (Sorace, 2010: 1 sgg.; Merusi, 2010: 313 sgg.). Esse perseguono infatti più o meno direttamente obiettivi di interesse pubblico. Si giustifica pertanto, ai sensi dell'art. 106 T.F.U.E., la deroga all'applicazione dello statuto della concorrenza, se strettamente necessaria alla tutela della specifica missione affidata a tali attività.

Spetterebbe però agli Stati riempire di contenuti il significato della 'missione' che giustifica la deroga al regime della concorrenza e, prima ancora, stabilire quali siano i servizi di interesse economico generale, indicandone le ragioni²¹. Tuttavia oggi la garanzia dei diritti sociali, come si è accennato nella premessa, non può dirsi prerogativa esclusiva degli Stati. Sicchè, anche nella indi-

viduazione della ‘missione’ che consente la deroga allo statuto della concorrenza e, prima ancora, nella individuazione di quali siano i servizi di interesse economico generale fra quelli a ‘vocazione sociale’²², gli Stati non potranno più essere considerati sovrani assoluti delle proprie scelte.

Qui si può tornare agli *State failures*, in particolare ponendosi i seguenti interrogativi: a) può accadere che, soprattutto in un periodo di crisi economica, i pubblici poteri non ce la facciano da soli a produrre e a finanziare da soli certi servizi? b) E può dunque accadere che tali servizi finiscano per essere dati parzialmente ‘in pasto al mercato’? c) E, ancora, può accadere che questa eventualità, in specie quando si tratti di settori particolarmente sensibili connessi al concetto di *Welfare*, incentivi gli erogatori pubblici a trovare qualche soluzione per migliorare il rapporto fra il costo e la qualità delle prestazioni? d) E, infine, hanno senso oggi le preoccupazioni che questi interrogativi esprimono? Oppure l’avanzata del mercato è addirittura incentivata, e non solo dalla crisi economica?

Un relativamente recente orientamento della Corte di giustizia²³ consente di agganciarsi a una parte di questi quesiti: secondo la Corte possono infatti contrastare con il principio di libera prestazione dei servizi nell’UE (sancito dall’art. 56 T.F.U.E.) quelle misure che rendano la circolazione dei servizi tra Stati membri più difficile della prestazione degli stessi servizi all’interno di ogni singolo Stato comunitario. Pertanto la circostanza che la normativa nazionale non garantisca all’utente un livello di copertura altrettanto vantaggioso rispetto a quello dello Stato membro ospitante potrebbe rappresentare una restrizione alla libera prestazione dei servizi, poiché tenderebbe a disincentivare la migrazione sanitaria intracomunitaria dovuta a carenze dell’offerta del sistema sanitario nazionale di appartenenza dell’utente: ciò in quanto, se la prestazione non è contemplata fra quelle offerte da questo, non sussistono di regola i presupposti per ottenere l’autorizzazione a fruirne nello Stato ospitante. Si conferma dunque il ruolo delle Corti sovranazionali come chiave per il riconoscimento di diritti al cittadino europeo, pur se normalmente questo tipo di tutela si richiede al giudice interno.

Qui emerge però un’anomalia. È in sostanza anomalo che, per garantire il livello di concorrenza richiesto, sia necessario che i sistemi si livellino al rialzo. Si parte dunque dal miglioramento dell’offerta per giungere ad assicurare un certo livello di concorrenza, mentre di regola è la concorrenza a fungere da volano per il miglioramento dell’offerta.

L’anomalia è dovuta al fatto che si tratti non della competizione fra operatori all’interno di un sistema, bensì della *competizione fra sistemi sanitari*.

Finalità di ogni competizione è il conseguimento di una utilità, sottratta dagli operatori del mercato rilevante ai propri competitori.

In via di principio, dunque, se l’utilità viene intesa in senso economico, solo in una accezione limitata può parlarsi qui di competizione, visto che la migra-

zione dovrebbe avvenire con oneri a carico del sistema di appartenenza, per prestazioni che esso garantisce e sulla base del costo o della tariffa a esso riferibili. L'accezione limitata in cui avrebbe senso in questo caso parlarne si correla al saldo positivo o negativo fra *mobilità passiva* e *mobilità attiva*.

Se invece l'utilità viene intesa in senso sociale (ossia come capacità dello Stato di rispondere in modo soddisfacente a certi bisogni dei propri cittadini), allora la competizione ha a oggetto il modo in cui i bisogni dei cittadini vengono finanziati, e quindi anche il modo in cui, attraverso le risorse disponibili, i pubblici poteri riescono a definire il paniere quanti-qualitativo dell'offerta. Si tratterebbe dunque di una competizione fra sistemi di *welfare* e di *finanziamento del servizio*, innescata da fenomeni di iniziale e parziale inidoneità del sistema pubblico a rispondere alle esigenze della comunità amministrata (*State failures*). Il carattere sociale e non economico della competizione indotta può determinare però anche fenomeni di regressione nella resa dei competitori, oppure di stagnazione, in luogo della loro spinta al miglioramento. L'assenza delle sanzioni tipiche delle economie di mercato (*in primis* la perdita di profitto) può infatti indurre ogni competitore a rinunciare al margine di miglioramento suggerito dalle condotte di emulazione dei propri migliori concorrenti, facendolo confidare nella possibilità dell'utente di sopperire alle carenze dell'offerta rivolgendosi ad altro offerente (Hervey, 2002: 69 sgg.; Da Costa Leite Borges, 2011: 350). Altra deriva può essere rappresentata dal rischio che la sostenibilità dei sistemi di welfare sia pregiudicata dalla incipiente erosione dei confini statali (Pioggia, 2014: 24 sgg.).

Ciascuno di questi meccanismi può riguardare il rapporto non solo fra sistemi sanitari in una dimensione sovranazionale, ma anche fra i vari sistemi sanitari regionali all'interno di quello nazionale. A questa prospettiva si collega dunque, per le ragioni già chiarite, pure l'attuazione del federalismo fiscale in materia sanitaria in Italia.

La centralità della prestazione (a garanzia dei diritti sociali) svicolata dall'amministrazione che la eroga, e quindi dal sistema ove si inserisce, rischia però di configurare la prestazione stessa come semplice prodotto del mercato, e di determinare anche una mercificazione dei diritti. La competizione fra erogatori e fra sistemi a livello nazionale e sovranazionale comporta, inoltre, il pericolo di uno spiazzamento territoriale che demolisce, senza ricostruirli, i fondamenti su cui si reggono i sistemi pubblici di tutela: la preesistenza del diritto all'amministrazione e il suo aggancio alla persona forza infatti il limite del condizionamento finanziario e organizzativo e pone nuove questioni di sostenibilità che investono i doveri dello Stato, e che discendono anche dalla moltiplicazione dei diritti e dal superamento della cittadinanza come appartenenza.

Note

- * Il contributo è frutto di una comune riflessione delle autrici, all'interno della quale i paragrafi 1, 5 e 6 sono peraltro attribuibili a Melania D'Angelosante, mentre i paragrafi 2, 3 e 4 sono attribuibili a Claudia Tubertini.
- ¹ C. cost., 16.10.1990, n. 455.
- ² Cfr. art. 31 del testo di legge costituzionale *Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione*, sottoposto a referendum il 4 dicembre 2016, con esito negativo.
- ³ La massima ricorrente della Corte è che «l'autonomia legislativa concorrente delle Regioni nel settore della tutela della salute ed in particolare nell'ambito della gestione del servizio sanitario può incontrare limiti alla luce degli obiettivi della finanza pubblica e del contenimento della spesa», peraltro in un «quadro di esplicita condivisione da parte delle Regioni della assoluta necessità di contenere i disavanzi del settore sanitario» (C. cost., 14.6.2007, n. 193). Pertanto, il legislatore statale può «legittimamente imporre alle Regioni vincoli alla spesa corrente per assicurare l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari» (C. cost., 12.5.2011, n. 163 e 18.2.2010, n. 52).
- ⁴ Si v. ad esempio C. cost., 7.3.2007, n. 98.
- ⁵ *Ex multis*, C. cost., 9.11.2005, n. 417; C. cost., 16.7.2009, n. 237; C. cost., 26.1.2010, n. 52.
- ⁶ Cfr. C. cost., 15.2.2012, n. 32.
- ⁷ Art. 1, c. 288, l. 23.12.2005, n. 266.
- ⁸ Cfr., tra le molte, Cons. St., sez. III, 13.9.2012, n. 4880, e 15.1.2014, n. 113.
- ⁹ Il raggiungimento del pareggio strutturale di bilancio è stato infatti rinviato al 2017 (cfr. risoluzione approvata definitivamente dalla Camera il 14 ottobre 2014).
- ¹⁰ Cfr. C. cost., 14.4.2010, n. 141; 9.5.2011, n. 163; 15.2.2012, n. 33; 21.5.2012, n. 131; 25.3.2013, n. 51; 24.4.2013, n. 79; 3.7.2013, n. 180; 7.4.2014, n. 85; 16.4.2014, n. 110.
- ¹¹ Cfr. C. cost., 4.4.2011, n.123; 32/2012; 4.4.2012, n. 91; 22.5.2013, n. 104.
- ¹² L.r. Lombardia, 30.12.2009, n. 33.
- ¹³ L.r. Toscana, 24.2.2005, n. 40; 5.8.2009, n. 51.
- ¹⁴ Si v. C. cost., 8.10.2010, n. 289.
- ¹⁵ Si v., *ex multis*, TAR Lazio, Roma, sez. III *ter*, 26.5.2003, n. 4690; TAR Lazio, Roma, sez. III *ter*, 10.7.2002, n. 6252.
- ¹⁶ Si v. C. cost., 22.5.2013, n. 104.
- ¹⁷ Si v. Rapporto Glocus *Sanità e spending review*, novembre 2014, <<http://www.astrid-online.it>> (10/2016).
- ¹⁸ Si v.: artt. 6, c. 1, e 37 l. 833/1978; art. 3, c. 5, della l. 23.10.1985, n. 595; art. 1, c. 9, del d.l. 25.11.1989, n. 382; d.m. Sanità 3.11.1989; dd.mm. Sanità 24.1.1990 e 30.8.1991; C. cost. 16.7.1999, n. 309; reg. CEE 14.6.1971, n. 1048; C. giust., 28.4.1998, C-158/96; reg. CE 29.4.2004, n. 883; C. giust., grande sezione, 15.6.2010, C-211/08; dir. UE n. 24/2011.
- ¹⁹ Si v. C. giust., 28.4.1998, C-158/96. Cfr. C. giust., 10.1.2006, C-222/04; Comunicaz. Comm. europea 26.4.2006, n. 177.
- ²⁰ Si v. Comunicaz. Comm. europea n. 177/2006 e 26.9.2006, n. 1195/4; C. giust., 28.4.1998, C-158/96.
- ²¹ Si v. Trib. I gr., 12.2.2008, T-289/03.
- ²² Si v. Trib. I gr., 12.2.2008, T-289/03.
- ²³ C. giust., 15.6.2010, C-211/08.

Riferimenti bibliografici

- Alessi R. 1967, *Introduzione*, in R. Alessi (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, in *Atti del congresso Celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Neri Pozza editore, Vicenza: 11 sgg.
- Antonini L. 2014, *L'autonomia finanziaria delle regioni tra riforme tentate, crisi economica e prospettive*, in *AIC*, 4: 1 sgg.
- Balduzzi R. (a cura di) 2005, *I servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenza di sistema*, Giuffrè, Milano.
- 2012, *Livelli essenziali e risorse disponibili: la sanità come paradigma*, in F.A. Roversi Monaco, C. Bottari (a cura di), *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Rimini: 88 sgg.
- Belletti M. 2013, *Le Regioni "figlie di un Dio minore". L'impossibilità per le Regioni sottoposte a Piano di rientro di implementare i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Regioni*: 1078 sgg.
- Bertonazzi L., Villata R. 2007, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano.
- Bottari C. 2009, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Giappichelli, Torino.
- Brancasi A. 2002, *Uguaglianze e disuguaglianze nell'assetto finanziario di una repubblica federale*, in *Dir. pubbl.*: 922 sgg.
- 2010, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 1-2: 195 sgg.
- Carlassare L. 1967, *L'articolo 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. Alessi (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, in *Atti del congresso Celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Neri Pozza editore, Vicenza: 103 sgg.
- Cavallo Perin R., Gagliardi B. 2010, *Doveri, obblighi e obbligazioni sanitarie e di servizio sociale*, in R. Cavallo Perin, L. Lenti, G. Racca, A. Rossi (a cura di), *I diritti sociali come diritti della personalità*, Esi, Napoli: 11 sgg.
- Chenal R. 2010, *Il diritto alla salute e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in R. Cavallo Perin, L. Lenti, G. Racca, A. Rossi (a cura di), *I diritti sociali come diritti della personalità*, Esi, Napoli: 75 sgg.
- Civitarese Matteucci S. 2008, *Servizi sanitari, mercato e "modello sociale europeo"*, in A. Pioggia, M. Dugato, G. Racca, S. Civitarese Matteucci (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, FrancoAngeli, Milano: 361 sgg.
- 2009, *Servizi sanitari, mercato e «modello sociale europeo»*, in *MCR*, 1: 179 sgg.
- 2011, *Quadrare il cerchio tra efficienza, qualità e accesso universale alla sanità. La riforma Tory del National Healthcare System inglese*, in *Munus*, 2: 381 sgg.
- Conticelli M. 2012, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Giuffrè, Milano.
- Corso G., Magistrelli P. (a cura di) 2009, *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, Giappichelli, Torino.

- D'Angelosante M. 2011, *L'incidenza delle regole di organizzazione e di distribuzione delle competenze sulla conformazione del mercato dei servizi sanitari: sistemi universalistici e sistemi occupazionali a confronto nello spazio comunitario*, in A. Pioggia, S. Civitarese Matteucci, G. Racca, M. Dugato (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Maggioli, Rimini: 17 sgg.
- 2012, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Maggioli, Rimini.
- Da Costa Leite Borges D. 2011, *Making sense of human rights in the context of European Union health-care policy: individualist and communitarian views*, in *International Journal of Law in Context*, VII (3): 335 sgg.
- De Vincenti C., Finocchi Ghersi R., Tardiola A. (a cura di) 2010, *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, il Mulino, Bologna.
- Della Cananea G. 2005, *Autonomie e perequazione nell'art. 119 della Costituzione*, in *Idf*: 134 sgg.
- Ferrara R. 2007, *L'ordinamento della sanità*, Giappichelli, Torino.
- Frosini T.E. 2011, *The Gamble of Fiscal Federalism in Italy*, in *Italian Journal of Public Law*, 1.
- Gabriele S. (a cura di) 2015, *Focus n. 9*, Ufficio Parlamentare di Bilancio, in <<http://www.astrid-online.it>>: 1 sgg.
- Guazzarotti A. 2012, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, Gruppo di Pisa – Atti del Convegno di Trapani, 8-9 giugno, <<http://www.gruppodipisa.it>> (10/2016).
- Henry J., Chauviere M. 2011, *Quel statut pour les services sociaux dans l'union européenne? Arguments pour des services sociaux non économiques d'intérêt général*, in *Revue du droit sanitaire et social (RDSS)* (6): 1043 ss.
- Hervey T.K. 2002, *Mapping the Contours of European Union Health Law and Policy*, in *European Public Law*, 8: 69 sgg.
- Hetzel R.L. 2012, *The great recession: market failure or policy failure?*, Cambridge University press, Cambridge.
- Kaczorowska A. 2006, *A Review of the Creation by the European Court of Justice of the Right to Effective and Speedy Medical Treatment and its Outcomes*, in *European Law Journal*, XII (3): 365 sgg.
- Innocenti E. 2008, *Il finanziamento della spesa sanitaria nella recente giurisprudenza costituzionale: tra tutela della salute, coordinamento della finanza pubblica e (in) attuazione dell'art. 119 Cost.*, in *Le Regioni*, 3: 580 sgg.
- Jorio F. 2015, *Una riforma dei rapporti tra il SSN e gli erogatori di assistenza ospedaliera*, in *Astrid Rassegna*, 1: 1 sgg.
- Leone G. 2009, *Per un federalismo competitivo e solidale*, in *Idf*, 3-4: 538 sgg.
- Massera A. 2009, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare State*, in *Dir. amm.*, 1: 1 sgg.
- Merusi F. 2010, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2: 313 sgg.

- Molaschi, V. 2008, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali*, Giappichelli, Torino.
- Neri S. 2006, *La regolazione dei sistemi sanitari in Italia e Gran Bretagna*, FrancoAngeli, Milano.
- Pallante F. 2011, *I diritti sociali tra federalismo e principio di uguaglianza sostanziale*, in *Dir. pubb.*, 2: 258 sgg.
- Pinelli C. 2002, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, comma 2, lett. m) Cost.)*, in *Dir. pubb.*: 883 sgg.
- Pioggia A. 2012, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. pubb.*: 49 sgg.
- 2013, *Razionalizzazione organizzativa in sanità: quali modelli*, in C. Bottari, F. Foglietta, L. Vandelli (a cura di), *Welfare e servizio sanitario: quali strategie per superare la crisi*, Maggioli, Rimini.
- 2014, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Giappichelli, Torino.
- Pioggia A., Civitarese Matteucci S., Racca G., Dugato M. (a cura di) 2011, *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Maggioli, Rimini.
- Pioggia A., Dugato M., Racca G., Civitarese Matteucci S. (a cura di) 2008, *Oltre l' aziendalizzazione del servizio sanitario*, FrancoAngeli, Milano.
- Pitruzzella G. 2009, *Sanità e Regioni*, in *Le Regioni*, 6: 1177 sgg.
- Repetto G. 2013, «Non di sola CEDU...» – *La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Dir. pubb.*, 1: 131 sgg.
- Saitto F. 2010, *La legge delega sul "federalismo fiscale": i livelli essenziali delle prestazioni come misura economia dell'eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 3: 2817 sgg.
- Sorace D. 2010, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 1: 1 sgg.
- Streeck W. 2000, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e Mercato*, 1: 3 sgg.
- Tirelli M. 2010, *Politica economica e fallimenti del mercato*, Giappichelli, Torino.
- Toth F. 2009, *Le politiche sanitarie – Modelli a confronto*, Laterza, Roma-Bari.
- 2010, *Is there a Southern European Healthcare Model?*, in *West European Politics*, XXXIII (2): 325 sgg.
- Tubertini C. 2008, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, BUP, Bologna.

L'ACCESSO DEGLI STRANIERI AI DIRITTI SOCIALI

Cecilia Corsi

SOMMARIO – 1. L'evoluzione delle fonti sullo *status* dello straniero. 2. La disciplina dei diritti sociali in favore degli stranieri tra legislatore statale e legislatore regionale. 3. L'individuazione dei titoli che danno accesso ai diritti sociali. 3.1 L'individuazione dei titoli che danno accesso ai diritti sociali: lo *status* di lavoratore. 3.2 (*segue*) La tipologia del titolo di soggiorno. 3.3 (*segue*) La residenza 'protratta'. 3.4 (*segue*) La residenza. 3.5 (*segue*) La mera presenza sul territorio italiano. 4. Osservazioni conclusive.

1. L'evoluzione delle fonti sullo status dello straniero

La questione 'stranieri' è stata, fino ad un passato ancora abbastanza recente, questione che riguardava essenzialmente le normative di ordine pubblico e i testi unici sulle leggi di pubblica sicurezza; ricordo che già il testo unico del 1889 collocava la normativa sul respingimento e l'espulsione nell'ambito del titolo dedicato alle classi pericolose della società.

I profili regolati concernevano essenzialmente la c.d. polizia degli stranieri: l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento; ed anche l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana che all'art. 10 stabilisce una riserva di legge rinforzata in tema di regolazione della condizione giuridica dello straniero, non mutò la prassi di disciplinare molti profili dello *status* dello straniero tramite circolari ministeriali.

Solo dagli anni '80 del secolo scorso, a seguito di una massiccia immigrazione sul territorio nazionale, il legislatore con la l. 30.12.1986, n. 943 venne a disciplinare per la prima volta in modo organico il collocamento e il trattamento dei lavoratori extracomunitari¹. Seguì il d.l. 30.12.1989, n. 416 convertito in l. 28.2.1990, n. 39 (in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari), ma ben presto emerse la necessità di un intervento normativo di più ampio respiro. Il parlamento giunse così ad approvare la l. 6.3.1998, n. 40 di *disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione giuridica dello straniero* c.d. Turco-Napolitano che fu poi trasfusa nel T.U. 25.7.1998, n. 286, grazie alla quale per la prima volta è stato fissato un inquadramento legislativo anche in tema di godimento dei diritti sociali.

Il testo del 1998 dedica, infatti, il titolo V alle disposizioni in materia sanitaria, nonché di istruzione, alloggio, partecipazione alla vita pubblica e integrazione sociale. E sebbene il T.U. n. 286/1998 abbia subito nel corso del tempo molte e profonde modifiche, gli articoli che qui interessano hanno, in massima parte, attraversato questi anni senza subire cambiamenti particolarmente incisivi.

Inoltre il profilo della condizione giuridica dello straniero qui esaminato, vede una importante compartecipazione del legislatore regionale la cui portata e la conseguente ripartizione di competenze col legislatore statale sono state oggetto, come vedremo nel proseguo del lavoro, di non poche sentenze della Corte costituzionale.

Sarebbe, però, del tutto parziale il quadro delle fonti che interessano l'oggetto di questo saggio, se non tenessimo conto delle fonti sovranazionali. Innanzitutto nello stesso art. 10 Cost. è sancito un vincolo per la legge di conformità alle norme e ai trattati internazionali e, ai nostri fini, un'importanza specifica assumono le convenzioni stipulate in sede OIL (la Conv. n. 143 sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti, ratificata con l. 10.4.1981, n. 158 e la Conv. n. 97 del 1949, ratificata con l. 2.8.1952, n. 1305 concernente i lavoratori migranti), oltre ovviamente alla normativa internazionale di diritto umanitario ed in particolar modo alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e alla giurisprudenza della Corte eur. dir. uomo².

Un ruolo fondamentale è poi evidentemente esercitato dalle fonti di provenienza dell'Unione europea: se con il trattato di Maastricht l'Unione acquisì significative competenze in materia di immigrazione, è stato con il trattato di Amsterdam che si è realizzata la c.d. comunitarizzazione delle politiche su visti, immigrazione e asilo e l'incorporazione dell'*acquis* di Schengen. Infine, a seguito dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, la competenza relativa ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione è adesso tutta collocata nell'ambito del T.F.U.E., e ciò potrà consentire ulteriori progressi verso lo sviluppo di una politica comune dell'Unione. Come indica, infatti, l'art. 79 del T.F.U.E., tre sono le direzioni verso le quali essa dovrà svilupparsi: la gestione dei flussi di ingresso (anche se resta di competenza degli stati membri il diritto di determinare il volume di ingresso per motivi di lavoro dei cittadini di paesi terzi nel loro territorio), l'equo trattamento degli stranieri regolarmente soggiornanti (possono in particolare essere stabilite misure volte a incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri al fine di favorire l'integrazione dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti nel loro territorio, ad esclusione però di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri) ed il contrasto all'immigrazione illegale.

Sebbene siano stati compiuti dei passi importanti verso lo sviluppo di una politica comune in materia, ancora molto resta nella disponibilità dei singoli Stati, e se in tema di controllo dell'immigrazione (ingresso, soggiorno, espulsione) la regolamentazione che proviene dall'Unione è più articolata, i profili attinenti all'integrazione – che sono poi quelli oggetto del presente saggio – trovano ad oggi la loro disciplina prevalentemente nelle fonti interne.

2. La disciplina dei diritti sociali in favore degli stranieri tra legislatore statale e legislatore regionale

Come accennato, l'aspetto della disciplina dell'immigrazione attinente al godimento dei diritti sociali ha sempre visto la compartecipazione delle regioni, per i profili ovviamente di loro competenza. E se i legislatori regionali già prima dell'approvazione della l. Turco-Napolitano erano venuti a colmare ritardi ed inerzie del legislatore statale, approvando leggi di disciplina di interventi sociali a favore degli immigrati, la legge del 1998 è venuta ad attribuire molti compiti alle regioni e agli enti locali in tema di prestazioni sociali, da svolgersi nell'ambito del quadro normativo fissato dalla legge stessa. Ai sensi infatti, dell'art. 1, quarto comma del T.U. n. 286 le disposizioni del testo unico costituivano principi fondamentali ai sensi dell'art. 117 Cost. e per le regioni a statuto speciale esse avevano il valore di norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica.

Con la riforma del titolo V e l'attribuzione delle materie «immigrazione» e «condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea» alla competenza esclusiva dello Stato, si è subito posta la questione della sopravvivenza di una competenza legislativa delle regioni in tema di prestazioni sociali e di integrazione degli stranieri.

L'approvazione, dopo la riforma costituzionale, da parte di alcune regioni di nuove leggi in materia, dette al Governo l'occasione per portare la questione davanti alla Corte costituzionale, che però respinse le censure governative in ragione del fatto che l'intervento pubblico non si limita al doveroso controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale, ma riguarda necessariamente altri ambiti, dall'assistenza all'istruzione, dalla salute all'abitazione, materie che intersecano ex Costituzione, competenze dello Stato con altre regionali, in forma esclusiva o concorrente³.

Se viene quindi riconosciuta una competenza delle regioni a disciplinare per le materie di loro spettanza misure anche a favore degli stranieri, il conflitto Stato/regioni si sposta sulla portata dell'intervento regionale. In particolare avendo alcune leggi regionali disposto che certi interventi socio-sanitari possono essere fruiti anche da immigrati non regolarmente soggiornanti, il Governo veniva a rilevare uno straripamento di competenze: prevedendo prestazioni a favore anche di immigrati irregolari, le regioni ne avrebbero agevolato la permanenza sul territorio nazionale ed avrebbero finito per incidere su profili di stretta competenza statale, quali le condizioni di soggiorno degli stranieri.

Anche questa volta la Corte respinge i ricorsi governativi, e pur ribadendo che la potestà legislativa regionale non può riguardare aspetti che attengono alle politiche di programmazione dei flussi di ingresso e di soggiorno nel territorio na-

zionale, ritiene che le disposizioni impugnate mirano esclusivamente alla tutela di diritti fondamentali senza minimamente incidere sulla politica di regolamentazione dell'immigrazione ovvero sulla posizione giuridica dello straniero presente sul territorio nazionale. Se nelle sentenze 22.7.2010, n. 269⁴ e 22.10.2010, n. 299⁵ la Corte riconduce gli interventi disposti dal legislatore regionale, toscano e pugliese, alla materia dell'assistenza sanitaria e quindi colloca la norma regionale censurata, nel quadro dei principi fondamentali posti dal legislatore statale nel T.U. del 1998, che già assicura anche agli stranieri irregolari le fondamentali prestazioni sanitarie ed assistenziali atte a garantire il diritto alla salute⁶, nella sentenza 25.5.2011, n. 61⁷ la Corte respinge le censure governative anche nei confronti di disposizioni, che pur nel loro eterogeneo contenuto precettivo, appaiono tutte finalizzate alla predisposizione da parte della Regione, in un contesto di competenze concorrenti o residuali, di sistemi di tutela e promozione, volti ad assicurare l'opportunità per le persone straniere presenti in Campania di accedere a diritti quali quello allo studio ed alla formazione professionale, all'assistenza sociale, al lavoro, all'abitazione, alla salute. E «se tali norme [...] si ritengono applicabili anche in favore degli stranieri non in regola con il permesso di soggiorno, è altrettanto vero che esse hanno di mira esclusivamente la tutela di diritti fondamentali, senza minimamente incidere sulla politica di regolamentazione della immigrazione ovvero sulla posizione giuridica dello straniero presente nel territorio nazionale o regionale o sullo *status* dei beneficiari. Di conseguenza, la lettera e la portata teleologica delle norme regionali impuginate non consentono di interpretare le stesse nel senso che gli interventi ivi previsti, ove riferibili appunto anche agli immigrati irregolari, permettano neppure indirettamente di legittimarne la presenza nel territorio dello Stato, interferendo sulla potestà, di esclusiva spettanza dello Stato, relativa alla programmazione dei flussi di ingresso e di soggiorno nel territorio nazionale ovvero ai presupposti ed alle modalità di regolarizzazione dello straniero».

La sentenza n. 61 del 2011 è importante proprio perché la Corte non si limita a ribadire il diritto degli stranieri irregolarmente soggiornanti di accedere ad alcune prestazioni sanitarie – questione peraltro pacifica e già regolata dal legislatore statale –, ma consente alle regioni nelle materie di competenza concorrente o residuale di prevedere alcune prestazioni assistenziali anche in favore di stranieri irregolari (v. *infra* § 3.5).

Un ultimo aspetto del rapporto legge statale/legge regionale cui far cenno, riguarda il ruolo che le disposizioni del T.U. n. 286 in tema di prestazioni assistenziali possono continuare a svolgere dopo la riforma del titolo V della Costituzione, che ha riservato la materia assistenza sociale alla competenza residuale regionale. Evidentemente esse non possono più costituire principi fondamentali ai sensi dell'art. 117 Cost., ma possono continuare a svolgere un ruolo

importante per determinare i livelli essenziali delle prestazioni, nel senso che gli interventi individuati dal legislatore statale possono venire a configurarsi quale standard minimo obbligatorio, fermo restando la possibilità di ciascun ente territoriale di ampliare i servizi fruibili dagli stranieri.

Una conferma in tal senso ci proviene anche dalla sentenza n. 61 del 2011, nella quale la Corte riconosce un'autonomia del legislatore regionale in tema di assistenza e di servizi sociali nell'estendere l'accessibilità alle prestazioni sociali anche oltre il disposto della legge statale.

È interessante rilevare che i livelli essenziali delle prestazioni possono venire a riguardare non solo il contenuto del diritto, ma anche i beneficiari, nel senso che dal combinato disposto della lett. m) e della lett. a) dell'art. 117, secondo comma si può ritenere che, se da un lato, il legislatore statale può indicare i beneficiari di determinate prestazioni sociali, dall'altro il legislatore regionale può ampliare la sfera degli stessi.

3. L'individuazione dei titoli che danno accesso ai diritti sociali

Come ormai ampiamente riconosciuto, i diritti sociali affermati dalla nostra Costituzione sono garantiti anche a chi non ha la cittadinanza italiana, ma non essendo possibile in questa sede ripercorrere le premesse interpretative, mi limiterò a ricordare alcuni punti ormai assodati.

Per i diritti sanciti nel titolo secondo della prima parte dedicato ai rapporti etico-sociali, non vi è alcun richiamo al dato cittadinanza ed essi sono garantiti a tutti. Per quanto riguarda i diritti del lavoratore, se per un primo accesso al lavoro in Italia, non vi è alcuna copertura costituzionale, il trattamento poi del lavoratore straniero ricade sotto le garanzie degli artt. 35, 36, 37 e 38 secondo comma, oltre ovviamente al riconoscimento del diritto di associazione sindacale e del diritto di sciopero. Per quanto riguarda infine il diritto all'assistenza sociale, sebbene al primo comma dell'art. 38 vi sia l'unico riferimento al cittadino di tutto il titolo terzo, esso non è da interpretarsi come teso a limitare la sfera soggettiva dei destinatari, perché nell'ottica del costituente il termine cittadino vuole essere più ampio di lavoratore, proprio per estendere alcune garanzie e non limitarle ai soli lavoratori; e la stessa Corte costituzionale ha sempre ribadito il diritto al godimento di prestazioni di assistenza sociale in capo agli stranieri. Analogamente la disposizione del terzo comma dell'art. 38, che ha come soggetto gli inabili ed i minorati, è da intendersi riferita anche a chi non ha la cittadinanza italiana⁸.

Non sono comunque mancate anche in questi ultimi anni normative nazionali o locali che circoscrivevano il godimento di certe prestazioni ai soli cittadini italiani o europei; è ben nota la l.r. della Lombardia⁹, che limitava il diritto alla

circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea alle persone italiane totalmente invalide per cause civili, sulla cui legittimità ha avuto modo di esprimersi la Corte costituzionale nella sentenza n. 432/2005. La Corte, dopo aver sottolineato che suddetta provvidenza rinviene la propria ragion d'essere in una logica di solidarietà sociale, nella ragionevole presupposizione delle condizioni di difficoltà in cui versano i residenti che, per essere totalmente invalidi, vedono grandemente compromessa, se non totalmente eliminata, la propria capacità di guadagno, conclude che la disposizione in discussione si pone in contrasto con il principio sancito dall'art. 3 della Carta fondamentale, perché il relativo scrutinio va circoscritto all'interno della specifica previsione, in virtù della quale la circolazione gratuita viene assicurata non a tutti gli invalidi residenti in Lombardia che abbiano un grado di invalidità pari al 100%, ma soltanto a quelli, fra essi, che godano della cittadinanza italiana. Distinguere, ai fini della applicabilità della misura in questione, cittadini italiani da cittadini di paesi stranieri – comunitari o extracomunitari – ovvero apolidi, finisce dunque per introdurre nel tessuto normativo elementi di distinzione del tutto arbitrari, non essendovi alcuna ragionevole correlabilità tra quella condizione positiva di ammissibilità al beneficio (la cittadinanza italiana, appunto) e gli altri peculiari requisiti (invalidità al 100% e residenza) che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio* e la funzione.

Qualche anno più tardi, in base ad un analogo percorso interpretativo, con sentenza n. 40 del 2011, la Corte ha dichiarato l'illegittimità della l.r. del Friuli Venezia Giulia 31.3.2006, n. 6 che escludeva gli extracomunitari dal sistema integrato di interventi e servizi sociali.

Anche la magistratura ordinaria è più volte intervenuta, soprattutto grazie all'azione civile contro la discriminazione ex art. 44 T.U., su normative locali che discriminavano il trattamento dello straniero in ordine al godimento di determinate provvidenze¹⁰. Ricordo una vicenda per tutte, quella ben nota del bonus bebè previsto dal comune di Brescia a favore delle famiglie di ogni bambino nato nel 2008 purché almeno un genitore fosse italiano, che ha originato ben quattro pronunce del Tribunale di Brescia, tutte di condanna dell'ente comunale¹¹.

Ricordo, infine, che solo recentemente il legislatore è intervenuto per modificare normative nazionali che limitavano l'accesso a certe provvidenze sociali ai soli cittadini italiani o dell'Unione europea (l'assegno per il nucleo familiare con almeno tre figli¹², la carta acquisti, v. *infra* § 3.2).

Una volta, però, assodata una astratta titolarità dei diritti sociali in capo agli stranieri resta, comunque, un profilo assai delicato nella disciplina delle provvidenze sociali a favore di chi non è cittadino e che riguarda l'individuazione in concreto dei beneficiari. Se dei diritti di libertà gode, sempre, lo straniero, comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato¹³, il godimento dei

diritti sociali presuppone un 'legame' con la comunità, che spetta al legislatore indicare e che varia a seconda della prestazione sociale in questione. Come sottolineato anche dalla Corte costituzionale, il legislatore può «subordinare, non irragionevolmente, l'erogazione di determinate prestazioni [...] alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata».

In alcune ipotesi ciò che rileverà è lo *status* di lavoratore, in altre il possesso di un titolo di soggiorno che attesti un radicamento sul territorio, in altre ancora potrà rilevare la residenza (o l'abituale dimora), talvolta anche la mera presenza sul territorio può essere sufficiente per garantire determinate prestazioni. È evidente che si tratta di un compito assai delicato, perché al legislatore, statale o regionale, spetta individuare il titolo che in concreto legittima lo straniero a godere di determinate prestazioni. E come asseverato dalla Corte «le scelte connesse alla individuazione delle categorie dei beneficiari – necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie – de[vo]no essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza», per cui al legislatore è consentito «introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati, soltanto in presenza di una "causa" normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria»¹⁴.

3.1 L'individuazione dei titoli che danno accesso ai diritti sociali: lo status di lavoratore

Se lo straniero che intende entrare in Italia per motivi di lavoro è assoggettato ad una complessa procedura di autorizzazione non potendo vantare un diritto all'ingresso¹⁵, una volta ammesso nel nostro territorio ed ottenuto il permesso di soggiorno per lavoro gode degli stessi diritti ed è tenuto al rispetto degli stessi doveri del lavoratore italiano. Sia la normativa internazionale che quella europea¹⁶, sia le disposizioni della nostra Costituzione che quelle del T.U. n. 286¹⁷ sono chiare nel riconoscere a tutti (cittadini e non) i diritti connessi allo *status* di lavoratore e parità di trattamento.

Qualche questione specifica si pone, però, in relazione alle prestazioni previdenziali: se in ossequio al principio di territorialità della legislazione di sicurezza sociale, anche i lavoratori stranieri sono soggetti alla legislazione previdenziale italiana, salvo specifici accordi bilaterali in materia di sicurezza sociale e salvo le ipotesi di distacco della manodopera¹⁸, eccezioni al principio di parità di trattamento sono previste per i lavoratori stranieri stagionali che hanno uno speciale regime previdenziale (essendo esclusi dal diritto a qualunque prestazione di disoccupazione e agli assegni per il nucleo familiare), che suscita comunque dubbi di legittimità¹⁹, e per i lavoratori stranieri che decidono di rimpatriare, a cui

è negato il rimborso dei contributi versati, salva comunque la possibilità per lo straniero di ottenere, a sessantacinque anni, un trattamento pensionistico corrispondente all'importo dei contributi anche in deroga al requisito contributivo minimo. La possibilità di chiedere il rimborso dei contributi versati fu eliminata con la l. n. 189 del 2002, ma il nuovo regime introdotto dalla l. Bossi-Fini non appare pienamente conforme al principio di parità di trattamento, in quanto uniforme (per tutti gli stranieri, uomini e donne) a sessantacinque anni il diritto al trattamento pensionistico a fronte di una diversa età pensionabile nel sistema previdenziale nazionale, ed inoltre la disposizione sembra tarata esclusivamente sulla pensione di vecchiaia, mentre essa ha ad oggetto tutte le prestazioni previdenziali e di sicurezza sociale, per le quali il requisito dei sessantacinque anni appare incongruo.

Ricordo, infine che ogni diversificazione della condizione dei lavoratori stranieri deve essere soggetta ad un attento vaglio, in quanto il principio di parità di trattamento in materia di lavoro ha una portata particolarmente ampia, perché non si limita ai soli aspetti inerenti il rapporto e l'esercizio dell'attività di lavoro, ma riguarda tutti i vantaggi che derivano al cittadino dalla sua condizione di lavoratore.

3.2 (segue) La tipologia del titolo di soggiorno

Per quanto riguarda le prestazioni di natura assistenziale, il quadro è più complesso e la nostra legislazione lega la fruizione di molte prestazioni sociali al tipo di permesso di soggiorno posseduto.

Una particolare protezione, in attuazione anche di direttive europee, è riconosciuta per coloro che sono in possesso di un permesso di soggiorno per asilo²⁰ o di un permesso di soggiorno per protezione sussidiaria i quali hanno diritto al medesimo trattamento riconosciuto al cittadino italiano in materia di assistenza sociale e sanitaria²¹. Analogamente una direttiva comunitaria impone che ai titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo debba essere garantito lo stesso trattamento dei nazionali per quanto riguarda le prestazioni socio-assistenziali²².

Al di fuori di queste ipotesi che godono di un riferimento già nella normativa europea²³, il nostro legislatore del 1998 è venuto ad individuare nei titolari di un permesso di soggiorno almeno annuale gli aventi diritto alla fruizione di provvidenze e prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, ma già con la l. finanziaria per il 2001²⁴ è stata ridotta drasticamente la portata di questa disposizione, in quanto si stabilisce che l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali sono concesse alle condizioni previste dalla legislazione medesima, agli stranieri che siano titolari di carta di soggiorno (ora permes-

so di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo), che, come noto, può essere rilasciato allo straniero in possesso, da almeno cinque anni, di un permesso di soggiorno in corso di validità, che dimostri la disponibilità di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale e di un alloggio idoneo.

Appaiono evidenti le ragioni economiche che hanno mosso il legislatore, ma è stato fin da subito ben evidente anche la disparità di trattamento che colpiva gli stranieri, pur regolarmente soggiornanti, privi di permesso a tempo indeterminato. Ed è stato da subito altrettanto ben evidente che si sarebbe presto aperto un contenzioso davanti alla Corte costituzionale.

La Corte è stata, infatti, chiamata più volte a pronunciarsi su questa disposizione, in relazione a diverse provvidenze di carattere economico ed è sempre giunta a pronunce di accoglimento della questione, ma vale la pena soffermarsi sulle motivazioni di ciascuna di queste sentenze per i diversi aspetti della questione che mettono in luce.

Se con le prime due pronunce (306/2008 e 11/2009) la Corte rileva una irragionevolezza intrinseca alla disciplina che veniva a subordinare l'attribuzione di prestazioni assistenziali quali l'indennità di accompagnamento e la pensione di inabilità – che presuppongono anche un disagio economico – al possesso della carta di soggiorno che richiede per il suo rilascio, tra l'altro, la titolarità di un reddito²⁵, con le sentenze 187/2010 e 329/2011 aventi ad oggetto rispettivamente l'assegno mensile di invalidità e l'indennità di frequenza per i minori invalidi, rileva una diversificazione irragionevole nel trattamento dello straniero regolarmente soggiornante che deve poter vantare una presenza sul territorio da almeno cinque anni per poter ottenere il titolo di soggiorno che gli consente di accedere alla provvidenza. La Corte, pur ribadendo che è possibile subordinare l'erogazione di certe prestazioni ad un titolo di soggiorno dello straniero che ne dimostri il carattere non episodico, assevera che richiedere un periodo minimo di cinque anni di residenza comporta una discriminazione a carico dello straniero, la quale può condurre ad una vanificazione del diritto a soddisfare bisogni primari²⁶.

Anche alcuni legislatori regionali sono ricorsi, per limitare l'accesso ad alcune prestazioni assistenziali, al requisito del permesso di soggiorno a tempo indeterminato²⁷. E ancora una volta la Corte²⁸ ha ribadito che si tratta di un elemento di distinzione arbitrario, non essendovi alcuna ragionevole correlazione tra la condizione di accesso dei cittadini extracomunitari alle prestazioni assistenziali in questione e le situazioni di bisogno o disagio, riferibili direttamente alla persona in quanto tale, che costituiscono il presupposto di fruibilità di una provvidenza sociale. Non è possibile, infatti, presumere in modo aprioristico che stranieri non autosufficienti, titolari di un permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo – in quanto già presenti in precedenza sul territorio nazionale in

base a permesso di soggiorno protratto per cinque anni – versino in stato di bisogno o disagio maggiore rispetto agli stranieri che, sebbene anch'essi regolarmente presenti nel territorio nazionale, non possano vantare analogo titolo legittimante.

Ne consegue che il riferimento ad una tipologia di permesso di soggiorno per consentire il godimento di determinate prestazioni sociali è legittima solo se conduca ad escludere stranieri solo transitoriamente presenti sul territorio, altrimenti l'asserita necessità di uno specifico titolo di soggiorno per fruire dei servizi sociali rappresenta una condizione restrittiva che non trova alcuna giustificazione²⁹.

Nonostante le succitate plurime sentenze della Corte, la legislazione statale conosce ancora ipotesi di limitazione dell'accesso a prestazioni sociali ai soli titolari di permesso di soggiorno a tempo indeterminato. La legge finanziaria per il 2000³⁰ prevede che l'assegno di maternità erogato dallo stato ed anche l'assegno di maternità concesso dai comuni alle donne che non beneficiano del trattamento previdenziale della indennità di maternità spettino «alle donne residenti, cittadine italiane o comunitarie ovvero in possesso di carta di soggiorno» (ora permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo). Recentemente sono state novellate alcune disposizioni legislative che garantivano determinate provvidenze sociali solo ai cittadini italiani o dell'Unione europea, estendendone l'accesso agli stranieri soggiornanti di lungo periodo: con la legge europea 2013³¹, la fruibilità dell'assegno per il nucleo familiare con almeno tre figli, è stata estesa ai cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, nonché ai familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente³². Anche la nuova disciplina della carta acquisti³³ (art. 1, co. 216, l. 27.12.2013, n. 147) prevede che possano beneficiarne, oltre ai cittadini italiani ed europei e loro familiari, gli stranieri in possesso del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo e i rifugiati politici o i titolari di protezione sussidiaria. Queste modifiche, se finalmente recepiscono la dir. 2003/109/CE e la dir. 2011/95/UE, continuano a discriminare gli stranieri regolarmente soggiornanti, ma non in possesso di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato e presentano problemi di rispetto del quadro costituzionale³⁴, della direttiva europea sul permesso unico di soggiorno (v. nota 23)³⁵ e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo³⁶. Analoghi problemi presenta la legge di stabilità per il 2015³⁷ che ha introdotto un bonus bebè indicando tra i beneficiari oltre ai cittadini italiani e comunitari, solo i cittadini stranieri titolari di permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo³⁸.

3.3 (segue) *La residenza 'protratta'*

Altro requisito cui sia il legislatore nazionale³⁹ sia quello regionale hanno fatto ricorso per limitare, di fatto, l'accesso degli stranieri a determinate prestazioni

sociali è la previsione, tra i requisiti di accesso, della residenza protratta per un certo numero di anni in Italia o sul territorio regionale; in alcune normative è configurato come requisito che riguarda solo gli stranieri, in altre riguarda tutti, cittadini e non, ma è evidente che si tratta di una condizione che sarà più facilmente soddisfatta dai nazionali, tanto che queste previsioni hanno dato luogo a un significativo contenzioso costituzionale.

Se sul ricorso incidentale contro la l.r. Lombardia che prevede per la presentazione della richiesta per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica che «i richiedenti devono avere la residenza o svolgere attività lavorativa da almeno 5 anni per il periodo immediatamente precedente alla data di presentazione della domanda»⁴⁰, la Corte venne ad adottare una discutibilissima ordinanza di manifesta infondatezza⁴¹, in sentenze più recenti appare più articolato l'orientamento della Consulta.

Nelle sentenze 40/2011⁴², 2/2013⁴³, 133/2013⁴⁴ e 172/2013⁴⁵ giunge a concludere che la previsione della residenza protratta per un predeterminato periodo di tempo introduce nel tessuto normativo elementi di distinzione arbitrari non essendovi alcuna ragionevole correlazione tra la durata della residenza e le situazioni di bisogno o di disagio che costituiscono il presupposto di fruibilità delle provvidenze in questione, non essendo possibile presumere che lo stato di bisogno di chi risieda in un territorio da pochi di anni sia minore rispetto a chi vi risieda da più anni.

Se a seguito di queste quattro pronunce poteva parere chiaro l'indirizzo della Consulta, risulta più frastagliata l'argomentazione della Corte nella successiva sentenza 19.7.2013, n. 222 che ha ad oggetto la l.r. friulana del 2011⁴⁶, perché se in relazione ad alcune provvidenze ribadisce l'irragionevolezza di condizionarne il godimento ad un periodo di residenza nel territorio nazionale o regionale⁴⁷, diversa è la conclusione della Corte per altre prestazioni sociali. In particolare in merito agli assegni di sostegno alla natalità, dopo aver rilevato che sono misure indirizzate a favorire lo sviluppo del nucleo familiare, ritiene che «non è manifestamente irragionevole che il legislatore si rivolga proprio a quelle formazioni sociali che non solo sono presenti sul territorio, ma hanno già manifestato, con il passare degli anni l'attitudine ad agirvi stabilmente così da poter venir valorizzate nell'ambito della dimensione regionale».

In merito, poi, alle misure di facilitazione all'accesso ad abitazioni in locazione, al sostegno in caso di contrazione del reddito familiare alla fruizione di beni e servizi, e all'eventuale riduzione di imposte e tasse per mezzo della 'Carta famiglia' o di *vouchers*, la Corte rileva che «il legislatore ha lo scopo di valorizzare con misure eccedenti i livelli essenziali delle prestazioni, il contributo offerto alla comunità dal nucleo familiare, con adeguata costanza, sicché non è manifestamente irragionevole indirizzare i propri sforzi a favore dei nuclei già atti-

vi da tempo apprezzabile e perciò stesso parti vitali della comunità». Anche per quanto riguarda gli interventi di edilizia convenzionata ed agevolata e di sostegno alle locazioni, la Corte dopo avere richiamato l'ord. n. 32 del 2008 (vedi *supra*), sottolinea che le politiche sociali delle regioni «ben possono prendere in considerazione un radicamento territoriale ulteriore rispetto alla sola residenza, purché contenuto entro limiti non palesemente arbitrari ed irragionevoli. L'accesso a un bene di primaria importanza e a godimento tendenzialmente duraturo, come l'abitazione, per un verso, si colloca a conclusione del percorso di integrazione della persona presso la comunità locale e, per altro verso, può richiedere garanzie di stabilità, che, nell'ambito dell'assegnazione di alloggi pubblici in locazione, scongiurino avvicendamenti troppo ravvicinati tra conduttori aggravando l'azione amministrativa e riducendone l'efficacia»⁴⁸.

Mi pare evidente che la posizione della Corte in ordine alla possibilità per il legislatore di introdurre requisiti di accesso a prestazioni sociali legati ad una residenza protratta sul territorio, non sia ancora ben delineata: se in alcune sentenze rileva una disparità di trattamento a causa della irragionevolezza del presupposto richiesto, in altre non considera irragionevole privilegiare coloro già da tempo inseriti in una comunità territoriale. In realtà non mi pare si possa rilevare una differenza nella tipologia delle prestazioni, tale da giustificare un diverso approccio: ad esempio la sentenza 222/2013 ritiene discriminatorio subordinare l'accesso al fondo regionale per il «contrasto dei fenomeni di povertà e di disagio sociale» o la fruizione degli assegni di studio alla residenza nel territorio regionale da almeno ventiquattro mesi. Ritiene, invece, che rientra, nella legittima discrezionalità del legislatore subordinare l'accesso agli assegni di sostegno alla natalità⁴⁹ oppure a misure di sostegno all'abitazione al medesimo requisito.

3.4 (segue) *La residenza*

L'esercizio effettivo di alcuni diritti e l'erogazione di molte prestazioni sociali è legata alla residenza in un determinato comune⁵⁰, che, come noto, si ottiene mediante l'iscrizione nelle liste anagrafiche della popolazione residente, liste la cui tenuta è affidata al sindaco nella sua veste di ufficiale di governo e, ai sensi dell'art. 6 del T.U., le iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani con il solo ulteriore presupposto della regolarità del soggiorno.

La giurisprudenza ha chiarito che il diritto all'iscrizione anagrafica è un diritto soggettivo che non comporta alcuna valutazione discrezionale da parte dell'amministrazione, se non la verifica della stabile permanenza in un luogo⁵¹. A fronte, però, di siffatto quadro normativo non sono mancate iniziative da parte di sindaci tese a limitare le iscrizioni anagrafiche nei loro comuni tramite l'ado-

zione di ordinanze o delibere di giunta che prevedevano ulteriori requisiti (ad esempio di reddito, di idoneità dell'alloggio, di non 'pericolosità sociale') in alcuni casi solo per gli stranieri, in altri casi formalmente riguardavano tutti, cittadini e stranieri, ma finivano in concreto per colpire soprattutto questi ultimi⁵².

Era evidente l'intento di non consentire un 'radicamento' per coloro che verosimilmente avrebbero potuto maggiormente necessitare dei servizi sociali comunali e diventare un onere per l'amministrazione comunale, si tentava, cioè, di utilizzare lo strumento dell'iscrizione anagrafica come strumento di selezione della popolazione comunale, di distinzione tra stranieri desiderabili e indesiderabili. Ancora una volta la magistratura, soprattutto attraverso l'azione contro la discriminazione, è stata chiamata ad intervenire e ha ribadito l'illegittimità di tali previsioni⁵³ che mirano a escludere certe persone, che pur vivono su un territorio, dal pieno godimento dei loro diritti.

Un ulteriore tentativo di selezionare le iscrizioni anagrafiche è stato compiuto dalle amministrazioni comunali appoggiandosi ad una norma del c.d. pacchetto sicurezza (art. 1, co. 18, l. 15.7.2009, n. 94) che ha novellato l'art. 1 della l. n. 1128 /1954 sull'anagrafe, prevedendo in caso di richiesta di residenza, la possibilità da parte degli uffici di effettuare una verifica delle condizioni igienico-sanitarie dell'immobile; sebbene la verifica sia facoltativa e non possa incidere sulla iscrizione nei registri dell'anagrafe, non sono mancate prassi o anche circolari che hanno reso obbligatori questi controlli, al cui buon esito è stata condizionata l'iscrizione. Finalmente con circ. 14.1.2013 n. 1 il Ministero dell'interno ha ribadito la facoltatività di detti controlli e soprattutto ha ribadito che «la mancanza dei requisiti igienico sanitari non preclude, in linea di principio, la fissazione della residenza anagrafica nel luogo inidoneo»⁵⁴.

Una recente disposizione (art. 5, d.l. 28.3.2014, n. 47 conv. l. 23.5.2014, n. 80) al fine di ripristinare «situazioni di legalità compromesse dalla sussistenza di fatti penalmente rilevanti», posto che «l'attuale quadro normativo consente a coloro i quali abbiano occupato abusivamente un edificio di ottenerne la residenza», ha previsto che chiunque occupa abusivamente un immobile senza titolo non può chiedere la residenza.

Onde evitare interpretazioni della norma restrittive del diritto all'iscrizione anagrafica, occorre tener presente che non è sufficiente che l'occupazione di un immobile sia senza titolo formale, ma è necessario che sia qualificabile come abusiva, cioè posta in essere contro la volontà del proprietario. Inoltre questa nuova disposizione non incide sull'iscrizione delle persone senza fissa dimora, la quale è legata al domicilio, cioè ad una effettiva presenza sul territorio comunale, anche se ciò non necessariamente esige l'indicazione di un preciso indirizzo cui rintracciare la persona. tanto che il comune può ricorrere ad un indirizzo convenzionale in una via territorialmente inesistente.

3.5 (segue) *La mera presenza sul territorio italiano*

Se l'accesso alla maggior parte delle provvidenze sociali è comunque legato alla regolare presenza dello straniero sul territorio, alcuni diritti sociali sono così intrinsecamente connessi alla persona, alla sua integrità, che trovano specifica tutela anche quando il soggetto non è in regola con le normative sul soggiorno.

Lo stesso legislatore nazionale all'art. 35 del T.U. ha previsto che «ai cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale, non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno, sono assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio e sono estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva»⁵⁵. Ha poi aggiunto, al fine di rendere davvero effettiva tale tutela, che «l'accesso alle strutture sanitarie da parte dello straniero non in regola con le norme sul soggiorno non può comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità, salvo i casi in cui sia obbligatorio il referto, a parità di condizioni con il cittadino italiano»⁵⁶.

È evidente che resta una distinzione nel godimento delle prestazioni sanitarie tra chi soggiorna regolarmente in Italia, per il quale l'art. 34 del T.U.⁵⁷ detta un'articolata disciplina, e chi si trova irregolarmente sul territorio nazionale, per il quale solo le cure urgenti (che non possono essere differite senza pericolo per la vita o danno per la salute) e le cure essenziali (relative, cioè, a patologie non pericolose nell'immediato, ma che nel tempo potrebbero determinare maggiore danno alla salute) sono garantite.

Altro diritto sociale esplicitamente garantito dalla vigente normativa statale, indipendentemente dalla regolarità del soggiorno, è il diritto all'istruzione per i minori stranieri; l'art. 38 del T.U. e l'art. 45 del relativo regolamento di attuazione esplicitano chiaramente la parità di godimento da parte del minore straniero, comunque presente sul nostro territorio⁵⁸.

A questo proposito è interessante ricordare che con circolare 17.12.2007, n. 20 il comune di Milano (settore servizi all'infanzia) nel regolare le modalità di iscrizione alle scuole dell'infanzia, prevede che gli stranieri dovessero presentare il permesso di soggiorno per la formalizzazione della domanda di iscrizione. La circolare venne impugnata ed il Tribunale di Milano con ordinanza emessa ai sensi degli art. 43 e 44 del T.U. n. 286⁵⁹ ne accertò il carattere discriminatorio. Il Tribunale, in primo luogo, richiamò l'art. 38 del T.U. n. 286 il quale assoggetta i minori stranieri «presenti sul territorio» all'obbligo scolastico e quindi determina l'applicazione ai medesimi di «tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica». In secondo luogo venne a sottolineare che la scuola dell'infanzia pur non obbligatoria e non indirizzata direttamente all'istruzione

ne del minore in senso stretto, è comunque inserita nell'ambito del complessivo sistema scolastico e l'art. 38 T.U. riguarda non solo l'obbligo scolastico, ma il più generale aspetto educativo che concerne anche la fascia dell'infanzia. Infine il Tribunale rilevava che sottoporre l'iscrizione del minore al possesso del permesso di soggiorno del nucleo familiare contrasta anche con la convenzione dei diritti del fanciullo, la quale impone di tenere in primaria considerazione l'interesse superiore del minore.

Come già accennato *supra* § 2, alcune leggi regionali, hanno inteso estendere certe prestazioni sociali anche a stranieri non soggiornanti regolarmente: la l.r. Toscana n. 29/2009 ha previsto che tutte le persone dimoranti nel territorio regionale anche se prive di titolo di soggiorno possono fruire degli interventi socio-assistenziali urgenti ed indifferibili, necessari per garantire il rispetto dei diritti fondamentali; la l.r. Puglia n. 32/2009 ribadisce in linea con quanto stabilito dal legislatore statale l'accesso alle cure essenziali e continuative, nonché la possibilità di scegliere il medico di fiducia da parte dei cittadini stranieri temporaneamente presenti non in regola con le norme sul soggiorno. E la Corte costituzionale chiamata ad intervenire sulla legittimità di siffatte disposizioni⁶⁰, dopo aver ribadito che esiste «un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto», chiarisce che «questo “nucleo irriducibile” di tutela della salute quale diritto fondamentale della persona deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso» (sent. n. 269/2010).

Di fronte, poi, alle censure governative per le quali le norme in questione avrebbero dato vita ad un sistema socio-assistenziale parallelo per gli stranieri non presenti regolarmente nel territorio dello Stato in violazione dell'art. 117, secondo comma lett. a) e b), la Corte ha interpretato le norme regionali in una linea di continuità coi principi posti dal legislatore statale tesi a garantire il diritto all'assistenza sanitaria, quanto meno nel suo nucleo essenziale. In realtà siffatta argomentazione è stata anche oggetto di critiche, in quanto pareva ridimensionare la portata delle norme regionali – che lasciano intendere la possibilità di vari interventi assistenziali anche nei confronti di persone non in regola –, alla sola tutela del diritto alla salute, come se la legislazione regionale non aggiungesse niente rispetto a quanto comunque già stabilito dal legislatore statale.

Sotto questo profilo di particolare interesse è, poi, la successiva sentenza della Corte n. 61/2011 (vedi anche *supra* § 2) avente ad oggetto la l.r. 8.2.2010, n. 6 che detta «norme per l'inclusione sociale, economica e culturale delle perso-

ne straniere presenti in Campania». Tale legge rende, in generale, estensibili anche ai cittadini stranieri privi di regolare permesso di soggiorno molte provvidenze sociali; riafferma, poi, l'accesso per le persone straniere presenti sul territorio regionale ai servizi sanitari di cui all'art. 34 del T.U. n. 286/98, prevedendo la promozione delle misure organizzative finalizzate a rendere fruibili le prestazioni sanitarie anche per le persone straniere non iscritte al Servizio sanitario regionale; prevede, specificatamente, che «i Centri di accoglienza delle persone straniere presenti nella Regione svolgono attività di accoglienza temporanea nei confronti di tutte le persone straniere presenti sul territorio e sprovviste di un'autonoma sistemazione alloggiativa».

Le argomentazioni della Corte compiono, in questa sentenza, dei passi avanti importanti rispetto alle sentenze del 2010, incentrate soprattutto sul rispetto di quel nucleo essenziale connesso alla tutela del diritto alla salute, in quanto riconoscono la possibilità per le regioni di predisporre, in un contesto di competenze concorrenti o residuali, sistemi di tutela e promozione volti ad assicurare l'opportunità di accedere a diritti quali quello allo studio ed alla formazione professionale, all'assistenza sociale, al lavoro, all'abitazione, alla salute. Prestazioni che possono essere rivolte anche in favore degli stranieri non in regola con il permesso di soggiorno, in quanto hanno di mira esclusivamente la tutela di diritti fondamentali, senza minimamente incidere su materie di esclusiva spettanza statale. Conseguentemente la Corte riconosce che anche la specifica disposizione relativa ai centri di accoglienza, guidata dalla volontà di estendere l'accessibilità, sia pur precaria e temporanea, ad un diritto inviolabile, è coerente con la naturale propensione espansiva della esigenza di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona e si colloca nell'ambito materiale dell'assistenza e dei servizi sociali.

4. Osservazioni conclusive

Sia pur attraverso un percorso faticoso, che si snoda tra direttive europee, principi costituzionali, leggi statali e regionali, delibere delle amministrazioni locali ed interventi giurisprudenziali, nazionali e sovranazionali, si sta affermando nel nostro ordinamento il principio del pari godimento dei diritti sociali da parte degli stranieri che soggiornano regolarmente e non episodicamente sul nostro territorio. I tentativi, a tutti i livelli di governo, di limitare questo accesso sono stati continui: basti pensare alla legge finanziaria del 2001, peraltro approvata da un governo di centrosinistra, che ha dato luogo a ben sette interventi della Corte costituzionale, alle leggi che ancora limitano la fruizione di determinate prestazioni ai lungo soggiornanti, alle leggi che hanno posto requisiti legati alla residenza protratta, alle ordinanze sindacali

miranti a scongiurare l'iscrizione anagrafica di stranieri, o alle delibere comunali che hanno richiesto per l'attribuzione di certe provvidenze sociali la nazionalità italiana.

È evidente che è questione su cui si gioca una partita politica importante: definire i soggetti che possono essere partecipi di una rete di solidarietà. Non è un caso che la tematica sia stata oggetto di contraddittorio tra Stato e regioni; soprattutto nella legislatura 2008-13 a fronte di una legislazione statale tesa a stigmatizzare l'immigrazione irregolare (basti pensare all'aggravante di clandestinità, al reato di immigrazione clandestina, all'obbligo di esibire agli uffici della pubblica amministrazione i documenti inerenti al soggiorno ai fini del rilascio di provvedimenti amministrativi), alcune regioni hanno inteso estendere alcune prestazioni assistenziali (oltre quelle strettamente legate al diritto alla salute e già previste dal testo unico) agli stranieri non regolarmente presenti sul territorio. Ed i conseguenti ricorsi governativi ex art. 127 Cost. hanno dato modo alla Corte di intervenire e di asseverare principi importanti (v. *supra* § 2 e 3.5).

All'opposto altre regioni hanno dato avvio a politiche assai restrittive e discriminatorie nei confronti di chi non è cittadino italiano; anche in questo caso, fondamentale è stato l'intervento della Corte.

Non c'è dubbio, infatti, che un ruolo determinante su questo tema sia stato giocato dal giudice costituzionale e dai giudici ordinari. A fronte della strumentalizzazione politica che il tema immigrazione ha vissuto in questi anni in Italia, la Corte costituzionale e la magistratura (soprattutto attraverso l'azione contro la discriminazione) sono divenute un punto di riferimento imprescindibile nel dibattito politico e giuridico in tema di 'cittadinanza degli stranieri'.

In un momento di risorse pubbliche sempre più limitate, si comprende bene quanta sensibilità vi sia verso forme di disuguaglianza nel dare e nell'aver tra *welfare* e fiscalità⁶¹ e negli stessi atti difensivi nei giudizi davanti alla Corte costituzionale più volte sono state fatte valere preoccupazioni di ordine finanziario rispetto a un allargamento dei destinatari di provvidenze sociali⁶², ma la Corte è stata netta nel ribadire che le scelte connesse alla individuazione dei destinatari devono essere sempre guidate dal rispetto del principio di eguaglianza.

L'individuazione dei beneficiari stranieri è operazione estremamente delicata anche sotto un ulteriore profilo, in quanto il godimento di certe provvidenze può riverberarsi sul soggiorno dello straniero e sull'esercizio di altri diritti fondamentali: basti pensare che la disponibilità di un alloggio è uno dei requisiti necessari per poter chiedere il ricongiungimento familiare; l'accedere quindi agli alloggi di e.r.p. non incide solo sul diritto all'abitazione, ma anche sulla possibilità di avere riunita la propria famiglia.

Vivere su un territorio, contribuire alla fiscalità della comunità nella quale si è inseriti, poter accedere senza discriminazioni agli istituti della solidarietà⁶³

sono elementi fondamentali della partecipazione ad una 'cittadinanza amministrativa' nella quale la nazionalità del soggetto resta in secondo piano, rispetto al luogo dove la persona sta effettivamente vivendo.

È evidente che rimane sullo sfondo la questione del riconoscimento, almeno a livello locale, dei diritti politici nei confronti degli stranieri; è chiaramente questione diversa, cui in questa sede non è possibile neppure accennare, ma anche fortemente collegata al tema qui trattato e che sarebbe giunto il tempo di affrontare.

Note

- ¹ Il presente saggio è dedicato alla condizione dei cittadini di paesi non aderenti all'Unione europea ed in conformità all'art. 1 del T.U. n. 286/1998 per stranieri s'intendono cittadini di stati non appartenenti all'Unione europea e gli apolidi.
- ² In alcune sentenze della nostra C. cost. (sentt. 28.5.2010, n. 187; 16.12.2011, n. 329; 15.3.2013, n. 40 e 27.2.2015, n. 22 su cui *infra*) c'è un esplicito riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di riconoscimento di prestazioni sociali agli stranieri.
- ³ Vedi C. cost. sent. 22.7.2005, n. 300 avente ad oggetto la l.r. Emilia Romagna 24.3.2004, n. 5 e sent. 14.4.2006, n. 156 avente ad oggetto la l.r. Friuli Venezia Giulia 4.3.2005, n. 5.
- ⁴ La sentenza ha ad oggetto alcune disposizioni della l.r. Toscana 9.6.2009, n. 29.
- ⁵ La sentenza ha ad oggetto alcune disposizioni della l.r. Puglia 4.12.2009, n. 32.
- ⁶ Vedi art. 35, comma terzo, T.U. n. 286/1998 e *infra* § 3.5.
- ⁷ La sentenza ha ad oggetto alcune disposizioni della l.r. Campania 8.2.2010, n. 6.
- ⁸ Cfr. C. cost. sent. 30.12.1998, n. 454 che riconosce al lavoratore straniero che vive in Italia il diritto al collocamento obbligatorio, che è istituito che può ricondursi ad una delle forme di attuazione dell'art. 38, terzo comma e in particolare all'avviamento professionale.
- ⁹ L.r. 12.1.2002, n. 1 (*Interventi per lo sviluppo del trasporto pubblico regionale e locale*).
- ¹⁰ La magistratura ha accertato la natura discriminatoria di delibere comunali che limitavano ai soli cittadini italiani la concessione di provvidenze economiche per far fronte a particolari condizioni di bisogno (perdita del lavoro, rimborso spese dentistiche od oculistiche dei figli minori, accesso ad alloggi comunali); suddette pronunce sono reperibili in Guariso, 2012.
- ¹¹ Dopo la condanna dell'amministrazione per aver ingiustificatamente differenziato il trattamento degli stranieri rispetto a quello dei cittadini, il comune decise di revocare il beneficio per tutti, in quanto l'estensione «a tutti gli stranieri in possesso dei requisiti risulterebbe in contrasto con la finalità prioritaria di sostegno alla natalità delle famiglie di cittadinanza italiana che si prefiggeva questa amministrazione». Contro questa seconda delibera, soppressiva della provvidenza per tutti, venne nuovamente presentato ricorso, e il tribunale rilevò il carattere ritorsivo della condotta comunale che, pur ristabilendo apparentemente una parità di trattamento tra italiani e stranieri, faceva un uso distorto della discrezionalità amministrativa (Trib. Brescia ord. 12.3.2009 confermata in sede di reclamo con ord. 27.5.2009).
- ¹² Sulla base della dir. 2004/83/CE e del d.lg di recepimento, l'INPS aveva comunque riconosciuto allo straniero titolare dello status di rifugiato o di protezione sussidiaria il diritto alla prestazione *de quo*, cfr. circ 22.1.2010, n. 9.
- ¹³ Cfr. anche art. 2, co. 1, T.U. n. 286/1998.
- ¹⁴ C. cost. sent. 2.12.2005, n. 432.
- ¹⁵ Vedi artt. 21 sgg. del T.U.
- ¹⁶ Cfr. dir. 2011/98/UE del 13.12.2011 «relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro».
- ¹⁷ Vedi art. 2, co. 3, T.U. n. 286/1998: «La Repubblica italiana, in attuazione della convenzione dell'OIL n. 143 del 24.6.1975, ratificata con legge 10.4.1981, n. 158, garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani».
- ¹⁸ Come noto l'applicabilità del principio di territorialità alle prestazioni previdenziali subisce due principali importanti eccezioni: in relazione a specifici accordi in materia di sicurezza sociale (che consentono ai lavoratori che prestano la loro attività lavorativa all'estero di continuare a versare i contributi all'istituto assicuratore del paese di origine) e alla disciplina

del distacco della manodopera (che si rinviene nelle ipotesi in cui la presenza del lavoratore straniero sul territorio estero sia di breve durata). Ulteriore specifica ipotesi è quella prevista dall'art. 3, co. 8 della l. 3.10.1987, n. 398 che prevede che il Ministro del lavoro possa con proprio decreto «esonere dall'obbligo del versamento dei contributi dovuti alle assicurazioni sociali obbligatorie per i dipendenti stranieri, le imprese appartenenti a paesi terzi che concedono analogo esonero alle imprese italiane operanti sul loro territorio per i lavoratori italiani alle loro dipendenze».

¹⁹ Il legislatore ha ritenuto scarse le probabilità che il lavoratore abbia una famiglia in Italia o che entri in Italia ogni anno per le successive stagioni; resta comunque una disparità di trattamento che si fonda sullo stereotipo del lavoratore che arriva da solo per il periodo del lavoro stagionale per poi rientrare nel paese di origine, senza più far ritorno in Italia. Si presume cioè che il lavoratore non maturi mai i requisiti di contribuzione e assicurazione necessari per accedere ai trattamenti di disoccupazione.

²⁰ Permesso di soggiorno rilasciato ai titolari dello *status* di rifugiato.

²¹ Vedi art. 29, dir. 2011/95/UE e art. 27, d.lg. 19.11.2007, n. 251 come modificato dal d.lg. 21.2.2014, n. 18.

²² Art. 11, dir. 2003/109/CE: «Il soggiornante di lungo periodo gode dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda: [...] *b*) l'istruzione e la formazione professionale, compresi gli assegni scolastici e le borse di studio secondo il diritto nazionale; [...] *d*) le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale ai sensi della legislazione nazionale; [...] *f*) l'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico e all'erogazione degli stessi, nonché alla procedura per l'ottenimento di un alloggio; [...]». Lo stesso art. 11 prevede anche che «gli Stati membri possono limitare la parità di trattamento in materia di assistenza sociale e protezione sociale alle prestazioni essenziali».

L'art. 9, co. 12, T.U. n. 286 stabilisce che il soggiornante di lungo periodo può «usufruire delle prestazioni di assistenza sociale, di previdenza sociale, di quelle relative ad erogazioni in materia sanitaria, scolastica e sociale, di quelle relative all'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico, compreso l'accesso alla procedura per l'ottenimento di alloggi di edilizia residenziale pubblica, salvo che sia diversamente disposto e sempre che sia dimostrata l'effettiva residenza dello straniero sul territorio nazionale». Il nostro legislatore non ha quindi limitato la parità di trattamento in materia di assistenza sociale e protezione sociale alle prestazioni essenziali.

²³ Specifiche garanzie sono riconosciute agli stranieri che hanno ottenuto la c.d. carta blu (si tratta di lavoratori stranieri altamente qualificati che fanno ingresso per periodi superiori a tre mesi ai quali è rilasciato un permesso di durata biennale nel caso di contratto a tempo indeterminato ovvero con durata pari a quella del rapporto di lavoro più tre mesi, negli altri casi, art. 27 *quater* T.U.) per i quali l'art. 14 della dir. 2009/50/CE garantisce la parità di trattamento nei settori della sicurezza sociale come definiti dal regolamento (CEE) n. 1408/71, oggi sostituito dal reg. (CE) n. 883/2004. Medesime garanzie valgono per i cittadini di Stati extraeuropei che hanno stipulato con l'Unione europea accordi euro-mediterranei (si tratta della Tunisia, Marocco ed Algeria, nonché della Turchia in virtù degli accordi di associazione e cooperazione stipulati dalla Comunità europea) contenenti una clausola di parità nell'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale. Infine la dir. 2011/98/UE relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico stabilisce che i lavoratori dei paesi terzi beneficiano dello stesso trattamento riservato ai cittadini dello Stato membro in cui soggiornano per quanto concerne, tra l'altro, i settori della sicurezza sociale definiti nel reg.(CE) n. 883/2004. Dibattuta è la questione dell'estensione della nozione europea di sicurezza sociale alle prestazioni di carattere assistenziale le quali, a norma del quinto comma dell'art. 3 del reg. n. 883/2004, ne vengono escluse, anche se nella giurisprudenza della corte di Lussemburgo è risalente la tendenza ad 'attrarre' prestazioni tradizionalmente configurabili come assistenziali nell'ambito della sicurezza sociale.

- ²⁴ Art. 80, co. 19 l. 23.12.2000, n. 388.
- ²⁵ Se dopo queste sentenze sarebbe stato logico e auspicabile tornare all'applicazione dell'art. 41 del T.U., l'INPS, nella pratica, ha preteso di verificare che il mancato possesso della carta di soggiorno fosse dovuto alla carenza del requisito del reddito e non alla carenza degli altri requisiti, tutto ciò con l'effetto di venire ad attivare una sorta di sub-procedimento volto ad accertare il motivo del mancato rilascio della carta di soggiorno.
- ²⁶ A seguito di queste sentenze, l'art. 80, co. 19 torna all'attenzione della Corte con riferimento di nuovo all'indennità di accompagnamento e alla pensione di inabilità, sotto il profilo, questa volta, della verifica del requisito del possesso da almeno cinque anni di un permesso di soggiorno in corso di validità. La Corte ribadisce che è priva di giustificazione la previsione di un regime restrittivo (*ratione temporis* così come *ratione census*) nei confronti di stranieri presenti non in modo episodico sul nostro territorio (sent. 40/2013). Conseguentemente l'INPS con messaggio 4.9.2013, n. 13983 ha finalmente precisato che l'indennità di accompagnamento, la pensione di inabilità, l'assegno mensile di invalidità e l'indennità mensile di frequenza sono concesse a tutti gli stranieri regolarmente soggiornanti alla sola condizione che siano titolari del requisito del permesso di soggiorno di almeno un anno di cui all'art. 41 del T.U. Cfr. da ultimo la sent. 27.2.2015, n. 22 che con riferimento alla pensione per le persone colpite da cecità ripercorre l'iter argomentativo della sent. 40/2013 e dichiara l'illegittimità dell'art. 80, co. 19 nella parte in cui subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione della pensione *de quo*. E cfr. la sent. 7.10.2015, n. 230 che con riferimento alla pensione di invalidità civile per sordi e alla indennità di comunicazione ribadisce l'illegittimità dell'art. 80, co. 19 nella parte in cui subordina al possesso della carta di soggiorno la concessione di dette provvidenze.
- ²⁷ La regione Calabria con l.r. 20.12.2011, n. 44 che detta norme per il sostegno di persone non autosufficienti e delle loro famiglie disponeva che i destinatari degli interventi ivi previsti fossero i cittadini europei o extracomunitari con regolare carta di soggiorno residenti nella regione. La l.p. di Trento 24.7.2012, n. 15 in materia di tutela delle persone non autosufficienti identificava quali beneficiari dell'«assegno di cura» i cittadini italiani, i cittadini comunitari, gli apolidi e gli stranieri in possesso della carta di soggiorno.
- ²⁸ C. cost. sentt. 18.1.2013, n. 4 e 4.7.2013, n. 172.
- ²⁹ Cfr. C. cost. sent. 25.2.2011, n. 61. In riferimento anche a svariati atti amministrativi che restringevano l'accesso a prestazioni assistenziali (si trattava di contributi economici alle famiglie o di sussidi integrativi al minimo vitale) agli stranieri con permesso di soggiorno di lungo periodo, ne è stato accertato il carattere discriminatorio, vedi ad esempio TAR Lombardia sez. IV, 16.7.2009, n. 4392; Trib. Pavia, sez. lav. 1.10.2009; Trib. Milano, sez. lav. 30.7.2010; suddette pronunce sono reperibili in Guariso, 2012.
- ³⁰ Art. 49, co. 8 e 12, l. 23.12.1999, n. 488. V. ora art. 74, 26.3.2001, n. 151.
- ³¹ Art. 13, l. 6.8.2013, n. 97.
- ³² Per i titolari dello status di rifugiato o di protezione sussidiaria, v. nota. 12.
- ³³ La carta acquisti fu introdotta dal d.l. 25.6.2008, n. 112 conv. in l. 6.8.2008, n. 133 (art. 81, co 32) e d.m. 16.10.2008.
- ³⁴ Cfr. Trib. Ivrea, sez. lav., ord. 25.7.2014 che accerta una discriminazione da parte dell'ente comunale che non ha riconosciuto il diritto ad uno straniero titolare di un permesso di soggiorno per motivi di lavoro (ma non di un permesso a tempo indeterminato) all'assegno per i nuclei familiari con almeno tre figli. Richiamando la giurisprudenza della Corte costituzionale, conclude che per l'erogazione dell'assegno è sufficiente che il richiedente dimostri il carattere non episodico e di non breve durata del suo soggiorno. Art. 49, commi 8 e 12, l. 23.12.1999, n. 488.
- ³⁵ La dir. 2011/98/UE all'art. 12 prevede che i lavoratori dei paesi terzi beneficiano dello stesso trattamento dei nazionali per quanto concerne i settori della sicurezza sociale come definiti nel reg. (CE) n. 883/2004, e tra i settori elencati dall'art. 3 del reg. 883 vi sono le

prestazioni di maternità e di paternità e le prestazioni familiari. Senz'altro si pongono problemi di rispetto della direttiva in relazione all'assegno per il nucleo familiare e al diritto alla carta acquisti per l' esercente la potestà sul minore di anni tre.

³⁶ Cfr. *Dhabbi v. Italia* n. 17120/09, § 52-53, ECHR 2014.

³⁷ Legge 23.12.2014, n. 190, art. 3, co. 125: «Al fine di incentivare la natalità e contribuire alle spese per il suo sostegno, per ogni figlio nato o adottato tra il 1° gennaio 2015 e il 31 dicembre 2017 è riconosciuto un assegno di importo pari a 960 euro annui erogato mensilmente a decorrere dal mese di nascita o adozione».

³⁸ Restano inoltre omessi anche i titolari dello status di rifugiato e di protezione sussidiaria.

³⁹ Per la fruizione dell'assegno sociale è richiesto il soggiorno legale e continuativo in Italia, indifferentemente per cittadini e stranieri, per almeno dieci anni; vedi art. 20, co. 10, d.l. 25.6.2008, n. 112 conv. con modifiche con l. 6.8.2008, n. 133. L'art. 11, l. 9.12.1998, n. 431, come modificato dal d.l. n. 112/98 conv. con modifiche con l. n. 133/2008, consente l'accesso al fondo sostegno affitti solo agli stranieri che abbiano il requisito di residenza di dieci anni nel territorio nazionale o cinque nella regione (requisiti che invece non sono richiesti per i cittadini italiani).

⁴⁰ Art. 3, co. 41*bis* della l.r. Lombardia 5.1.2000, n. 1, introdotto dall'art. 1, lett. a) della l.r. 8.2.2005, n. 7.

⁴¹ C. cost. ord. 21.2.2008, n. 32. La Corte ritenne manifestamente infondata la lamentata violazione dell'art. 3 Cost, in quanto il requisito della residenza continuativa ai fini dell'assegnazione risultava non irragionevole ponendosi in coerenza con le finalità che il legislatore intendeva perseguire realizzando un equilibrato bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco.

⁴² La sentenza ha ad oggetto l'art. 4, l.r. FVG 31.3.2006, n. 6 così come modificato dall'art. 9, co. 51 della l.r. 30.12.2009, n. 24 che rendeva accessibile il sistema integrato di interventi e servizi sociali soltanto ai «cittadini comunitari residenti in regione da almeno trentasei mesi».

⁴³ La sentenza ha ad oggetto la l.p. 28.10.2011, n. 12 *Integrazione delle cittadine e dei cittadini stranieri*. Gli artt. 10 e 14 della l.p. di Bolzano richiedevano solo ai cittadini stranieri di Stati non appartenenti all'Unione europea un periodo minimo di cinque anni di ininterrotta residenza nel territorio provinciale per l'accesso alle prestazioni di natura economica. L'art. 10 concerne in generale le prestazioni assistenziali di natura economica; l'art. 14 riguarda l'accesso alle agevolazioni per la frequenza di una scuola fuori provincia e l'accesso alle prestazioni di natura economica per il diritto allo studio universitario.

⁴⁴ La sentenza ha ad oggetto la l.r. TAA 14.12.2011, n. 8 *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale 2012 e pluriennale 2012-2014* che richiedeva il possesso della residenza in regione da almeno cinque anni solo per gli extracomunitari.

⁴⁵ L.p. 24.7.2012, n. 15 in materia di tutela delle persone non autosufficienti che identifica quali beneficiari dell'«assegno di cura» i cittadini italiani, i cittadini comunitari, gli apolidi e gli stranieri in possesso della carta di soggiorno ai sensi dell'art. 9, T.U. n. 286 «purché sussistano congiuntamente le seguenti condizioni: *a*) siano residenti nel territorio della Provincia di Trento da almeno tre anni continuativi; *b*) siano dichiarati non autosufficienti secondo quanto previsto dall'art. 2; *c*) siano in possesso dei requisiti economico-patrimoniali definiti ai sensi dell'art. 10, comma 6».

⁴⁶ Nonostante la sentenza n. 40/2011, la regione FVG, con l.r. 30.11.2011, n. 16 dettante disposizioni di modifica «in materia di accesso alle prestazioni sociali e di personale», è venuta nuovamente a subordinare l'accesso a molte prestazioni all'aver risieduto da almeno ventiquattro mesi nel territorio regionale e per cittadini stranieri all'ulteriore requisito della residenza da almeno cinque anni nel territorio nazionale.

⁴⁷ Così per la possibilità di usufruire di un fondo regionale per il «contrasto dei fenomeni di povertà e di disagio sociale» o di percepire degli assegni di studio.

- ⁴⁸ In una successiva sentenza (168/2014) avente ad oggetto la l.r. della Valle d'Aosta, che annoverava tra i requisiti di accesso all'e.r.p. la «residenza nella regione da almeno otto anni maturati anche non consecutivamente», se da un lato pare lasciare aperta la strada al legislatore di condizionare l'accesso all'e.r.p. alla residenza protratta nel territorio regionale, dall'altro ne dichiara l'illegittimità per violazione del diritto dell'Unione in riferimento ai cittadini UE, in quanto determina una compressione ingiustificata della loro libertà di circolazione e soggiorno, e in riferimento ai soggiornanti di lungo periodo (che godono a tal fine dello stesso trattamento dei nazionali) in quanto l'estensione di tale periodo di residenza fino ad otto anni risulta palesemente sproporzionata allo scopo ed incoerente con le finalità stesse dell'edilizia residenziale pubblica, perché può finire con l'impedire l'accesso a tale servizio proprio a coloro che si trovino in condizioni di maggiore difficoltà e disagio abitativo.
- ⁴⁹ Cfr. anche Corte cost., sent. 19.5.2014, n. 141 relativa alla l.r. campana 15.3.2011, n. 4 che riservava il bonus bebè ai nuclei familiari residenti da almeno due anni nella regione; la corte respinge la questione in quanto «non è irragionevole la previsione regionale che si limiti a favorire la natalità in correlazione alla presenza stabile del nucleo familiare sul territorio, senza che vengano in rilievo ulteriori criteri selettivi concernenti situazioni di bisogno o disagio, i quali non tollerano di per sé discriminazioni».
- ⁵⁰ La residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale; la persona che non ha fissa dimora si considera residente nel comune dove ha stabilito il proprio domicilio; in mancanza del domicilio, si considera residente nel comune di nascita.
- ⁵¹ Quanto al luogo, ricordo la circ. del ministero dell'interno n. 8 del 1995 per la quale non può essere di ostacolo alla iscrizione anagrafica la natura dell'alloggio, quale ad esempio un fabbricato privo di licenza di abitabilità ovvero non conforme a prescrizioni urbanistiche, grotte, alloggi in roulotte. Già negli anni '90 numerose amministrazioni tentarono di introdurre requisiti non previsti dalla legge, tanto che il ministro intervenne tramite la circolare n. 8 del 1995 per arginare questi tentativi.
- ⁵² Vedi ad esempio l'ordinanza del sindaco di Ospitaletto (BS) che richiedeva solo agli stranieri certificazione in ordine ad eventuali condanne o carichi pendenti, oppure le ordinanze dei sindaci di Montichiari (BS), di Palosco (BG) di Calcinato (BS) che richiedevano solo agli stranieri ulteriori documentazioni relative all'attività lavorativa, alla situazione reddituale familiare, all'idoneità dell'alloggio. Cfr. anche l'ordinanza del sindaco di Cittadella (PD) che richiedeva una soglia di reddito per alcune categorie di cittadini comunitari e per gli extracomunitari; richiedeva poi l'idoneità dell'alloggio e l'assenza di pericolosità sociale per tutti, cittadini e non.
- ⁵³ Cfr. Trib. Brescia, 25.7.2009, 9.4.2009, 31.3.2011 e Trib. Bergamo 15.3.2011, in Guariso, 2012.
- ⁵⁴ Cfr. Cons. St. sez. I, parere 13.6.2012, n. 4849.
- ⁵⁵ Sono, in particolare, garantiti: a) la tutela sociale della gravidanza e della maternità, a parità di trattamento con le cittadine italiane, ai sensi della l. 29.7.1975, n. 405, e della l. 22.5.1978, n. 194, e del decreto 6.3.1995 del Ministro della sanità, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 87 del 13.4.1995, a parità di trattamento con i cittadini italiani; b) la tutela della salute del minore in esecuzione della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva ai sensi della legge 27.5.1991, n. 176; c) le vaccinazioni secondo la normativa e nell'ambito di interventi di campagne di prevenzione collettiva autorizzati dalle regioni; d) gli interventi di profilassi internazionale; e) la profilassi, la diagnosi e la cura delle malattie infettive ed eventualmente bonifica dei relativi focolai. Per gli stranieri regolarmente soggiornanti è prevista l'iscrizione al SSN e parità di trattamento rispetto ai cittadini italiani (vedi art. 34 T.U.).
- ⁵⁶ Vedi anche art. 43, d.p.r. 31.8.1999, n. 394.
- ⁵⁷ Per *a*) gli stranieri regolarmente soggiornanti che abbiano in corso regolari attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo o siano iscritti nelle liste di collocamento, per *b*) gli

stranieri regolarmente soggiornanti o che abbiano chiesto il rinnovo del titolo di soggiorno, per lavoro subordinato, per lavoro autonomo, per motivi familiari, per asilo politico, per asilo umanitario, per richiesta di asilo, per attesa adozione, per affidamento, per acquisto della cittadinanza vi è l'obbligo di iscrizione al SSN ed in tal caso è assicurata parità di trattamento al cittadino. Tutte le altre categorie di stranieri sono tenute ad assicurarsi, stipulando apposita polizza, oppure iscrivendosi volontariamente al SSN dietro pagamento di un contributo.

⁵⁸ Cfr. anche art. 6 del T.U. che esclude dall'obbligo di esibizione dei documenti inerenti al soggiorno i provvedimenti attinenti alle prestazioni scolastiche obbligatorie.

⁵⁹ Ord. 11.2.2008, n. 2380, in *Dir. imm. e citt.*, 2008, 1: 150 sgg.

⁶⁰ C. Cost. sentt. n. 269 e 299 del 2010.

⁶¹ Basti pensare che la stessa libertà di circolazione e soggiorno del cittadino europeo conosce dei limiti se questi diventa un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante.

⁶² Cfr. ad esempio la difesa della provincia di Bolzano nel giudizio che ha dato luogo alla sentenza 2/2013 che sottolinea come la richiesta della residenza protratta di almeno cinque anni introduce un meccanismo progressivo, imposto dalle esigenze di risparmio connesse alle misure statali di contenimento della spesa pubblica.

⁶³ Cfr. C. cost. sent. 17.12.2013, n. 309 che dichiara l'illegittimità costituzionale della disposizione della l.p. di Bolzano che esclude i cittadini stranieri regolarmente soggiornanti dalla possibilità di prestare servizio sociale volontario.

Riferimenti bibliografici

- Bascherini G. 2007, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Jovene, Napoli.
- Bascherini G., Ciervo A. 2012, *I diritti sociali degli immigrati*, in C. Pinelli (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Passigli, Firenze: 17 sgg.
- Biondi Dal Monte F. 2013, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, Giappichelli, Torino.
- Bonardi O. 2008, *Diritto alla sicurezza sociale e divieti di discriminazione*, in *Riv. giur. del lavoro e della prev. soc.*: 565 ss.
- Chiaromonte W. 2008, *Le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini non comunitari ed il principio di non discriminazione. Una rassegna critica della giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Gior. dir. lav. e relaz. Ind.*: 101 sgg.
- 2013, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, Torino.
- Ciervo A. 2015, *La sentenza n. 22/2015 della Corte costituzionale in materia di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari. Cronaca di una dichiarazione di incostituzionalità annunciata*, in *Federalismi.it*, 2.
- Corsi C. 2008, *Il diritto all'abitazione è ancora un diritto costituzionalmente garantito?*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 3-4: 141 sgg.
- 2009a, *Prestazioni assistenziali e cittadinanza*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 2: 30 sgg.
- 2009b, *Servizi sociali agli immigrati*, in F. Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Rubbettino, Soveria Mannelli: 95 sgg.
- 2012, *Diritti sociali e immigrazione nel contraddittorio tra Stato, Regioni e Corte costituzionale*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 2: 43 sgg.
- Corvaja F. 2008, *Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica*, in *Le Regioni*: 611 sgg.
- 2011, *Cittadinanza e residenza qualificata nell'accesso al welfare regionale*, in *Le Regioni*: 1257 sgg.
- Cozzi A.C. 2010, *Un piccolo puzzle: stranieri e principio di eguaglianza nel godimento delle prestazioni socio-assistenziali*, in *Quad. cost.*: 551 sgg.
- Cuniberti M. 2006, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*: 510 sgg.
- Giubboni S. 2009, *La sicurezza sociale dei lavoratori che si spostano all'interno dell'Unione europea*, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea* (diretto da Ajani e Benacchio), Giappichelli, Torino: 585 sgg.
- Guariso A. (a cura di) 2012, *Senza distinzioni*, Associazione avvocati per niente, Milano.
- Pezzini B. 2010, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non cittadino*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009, Napoli: 163 sgg.

- Piergigli V. 2011, *La legge regionale campana sulla integrazione sociale degli stranieri supera il vaglio della Corte costituzionale*, in *Gli Stranieri*, 1: 77 sgg.
- Ronchetti L. 2010, *Ultimi atti del conflitto tra Stato e regioni tra immigrazione e integrazione degli stranieri*, in *Riv. dell'Ass. dei costituzionalisti*.
- (a cura di) 2012, *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni*, Giuffrè, Milano.
- Rossi E., Biondi Dal Monte F., Vrenna M. (a cura di) 2013, *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, il Mulino, Bologna.
- Scuto F. 2013, *Le Regioni e l'accesso ai servizi sociali degli stranieri regolarmente soggiornanti e dei cittadini dell'Unione*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 1: 56 sgg.
- Tallini V. 2011, *Errare humanum est, perseverare autem diabolicum: brevi considerazioni sulla (nuova) legge del Friuli-Venezia Giulia n. 16/2011 "in materia di accesso alle prestazioni sociali" da parte degli stranieri*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

PERSONA E DIRITTI ALL'ASSISTENZA

Nicoletta Vettori

SOMMARIO – 1. Introduzione. 2. L'assistenza sociale nei lavori del 100° delle leggi amministrative di unificazione e nella dottrina degli anni '60. 3. Il lungo percorso dai servizi sociali al diritto all'assistenza. 3.1 Definizione formale di servizi sociali e «diritti condizionati». 3.2 Diritto all'assistenza e servizi alla persona. 3.3 La prospettiva europea. 4. Oggi: i limiti pratici dell'universalità. 5. Gli 'anticorpi' costituzionali: il principio personalista e le sue implicazioni. 5.1 Il «nucleo essenziale» dei diritti all'assistenza fra Corte costituzionale e Corti europee. 5.2 Personalizzazione degli interventi e carattere (costituzionalmente) necessario del modello dell'integrazione delle prestazioni: la centralità dei servizi. 5.3 Universalismo e differenziazione: un'eguaglianza sostanziale equa e sostenibile. 5.4 Universalismo e gratuità: un'associazione fuorviante. Per una solidarietà del singolo individuo.

1. Introduzione

Lo studio analizza il rapporto fra persona e assistenza sociale, concentrando l'attenzione sul contenuto dei diritti all'assistenza previsti dall'ordinamento costituzionale ed europeo e sulle caratteristiche dell'attività amministrativa necessaria a soddisfarli.

A tal fine, una volta ricostruita la prospettiva da cui si guardava all'assistenza sociale negli anni '60 del secolo scorso, si sono ripercorsi brevemente i momenti più significativi dell'evoluzione legislativa, giurisprudenziale e dottrinale. In particolare, si è inteso mostrare come alla concezione originaria che anteponeva la funzione (prima) e il servizio (poi) al diritto e all'individuo che ne era titolare, si sia progressivamente sostituita un'impostazione in cui, al contrario, è l'attività amministrativa a conformarsi a partire dalle esigenze (e con il contributo) del destinatario.

Muovendo da questo quadro di riferimento, si sono esaminati gli aspetti che sembrano più rilevanti dell'attuale configurazione della materia.

In particolare, a fronte di una situazione economica e politica che, sia a livello nazionale sia a livello europeo, rischia di mettere seriamente in crisi l'attuazione del progetto costituzionale in punto di diritti all'assistenza, è sembrato necessario porre l'accento sugli 'elementi forti' che è possibile contrapporre a tale tendenza.

In tal senso, si è approfondito il rilievo attribuito alla persona nella definizione in concreto della prestazione esigibile e si è verificato come all'aumento di 'potere decisionale' del singolo si unisca un profilo di doverosità, non solo delle istituzioni pubbliche ma propriamente individuale.

Dopo aver riflettuto sul rapporto tra approccio personalista e principio universalista, si è infatti giunti alla conclusione per cui alcune tendenze della legislazione più recente possono essere considerate come ulteriori avanzamenti (piuttosto che 'passi indietro') nell'attuazione dei principi di solidarietà e di uguaglianza sostanziale.

D'altra parte, con riferimento al contributo proveniente dall'Europa, pur prendendo atto della 'debolezza' del modello sociale europeo, recentemente aggravata dagli interventi in materia di stabilità monetaria, si è posta l'attenzione su taluni orientamenti giurisprudenziali che concorrono al consolidamento dei diritti all'assistenza come elementi caratterizzanti una cittadinanza amministrativa che va oltre la dimensione nazionale.

2. L'assistenza sociale nei lavori del 100° delle leggi amministrative di unificazione e nella dottrina degli anni '60

Nell'opera che raccoglie gli atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione nazionale, i temi riconducibili alla protezione sociale sono 'frammentati' in tre contributi contenuti nei due volumi sull'ordinamento comunale e provinciale (Molteni, 1967: 21; Gianolo, 1968: 139; Berti, 1968: 165).

L'assistenza, dunque, è analizzata come complesso di funzioni pubbliche aventi il principale centro d'imputazione nelle amministrazioni locali (Comune e Provincia), in base ad una scelta compiuta dal legislatore del 1865 e, in linea di massima, confermata dalla legislazione successiva (in particolare di epoca fascista).

Da queste trattazioni e dalla letteratura giuridica coeva emerge che l'assistenza sociale si caratterizzava per i seguenti profili.

Innanzitutto era qualificata come una *funzione pubblica* contrassegnata da *doverosità*. L'insistenza su tale aspetto aveva lo scopo di sottolineare il superamento della concezione ottocentesca di tipo elemosiniero e caritativo che inglobava l'assistenza nella c.d. beneficenza legale, intesa come azione diretta a determinate categorie svantaggiate, rimessa alla discrezionalità delle istituzioni pubbliche e attuata con mezzi giuridici (inadeguati) aventi prevalentemente finalità di ordine pubblico¹.

Nell'individuazione delle attività oggetto della funzione si faceva riferimento alla legislazione pre-costituzionale² integrata da quella emanata subito dopo il 1948, le quali non individuavano un'unitaria attività di assistenza sociale, bensì «più specie di assistenza talune identificabili con l'oggetto, altre per i soggetti, altre per l'oggetto e il soggetto insieme» (Colombo, 1959: 753). Di conseguenza, sussisteva ancora una netta sovrapposizione fra ciò che oggi riconduciamo all'assistenza sociale e altre attività affini, di carattere sanitario e previdenziale.

Inoltre, le varie forme di sostegno si traducevano nella corresponsione di sussidi economici o nel pagamento di attività realizzate da soggetti privati (Mazziotti, 1959: 749; Colombo, 1959: 753) più che nell'organizzazione ed erogazione di servizi o prestazioni materiali.

La prevalente concezione 'monetaria' della funzione determinava inevitabilmente una predeterminazione astratta e standardizzata dell'intervento che non era 'costruito' sulla persona dell'assistibile.

Tale impostazione rispondeva alla visione generale delle attività di protezione sociale quali risposte ai bisogni di benessere, di progresso e di tutela del corpo sociale nel suo complesso, prima (e ancor più) che della singola persona destinataria.

In questo senso, ad esempio, il mantenimento degli inabili al lavoro era inteso come misura anche strumentale a prevenire l'accattonaggio, considerato fenomeno pericoloso per l'ordine sociale (Molteni, 1967: 238); l'assistenza agli infermi di mente era considerata una misura contro il pericolo rappresentato dalla pazzia (Gianolo, 1968: 241), la «protezione della Repubblica nei confronti della maternità, dell'infanzia e della gioventù [aveva] di mira la collettività, attraverso la valorizzazione della famiglia» (Berti, 1968: 168).

Era inoltre ancora molto radicata una concezione 'categoriale' dell'assistenza.

Al riguardo, richiamando le norme costituzionali (art. 31, 32, 38 Cost.), gli Autori citati rilevavano il progressivo ampliamento dei soggetti beneficiari e osservavano come tali disposizioni imponessero anche un adeguamento dei sussidi economici che non avrebbero potuto più essere determinati in maniera forfettaria e insufficiente, ma dovevano essere commisurati agli standard di vita ordinari.

Tuttavia, la constatazione dell'ampliamento (oggettivo e soggettivo) della funzione non si traduceva nell'affermazione del carattere generale/universale del dovere di intervento pubblico e neppure nel riferimento dell'attività all'individuo in quanto tale.

Non a caso, infatti, sebbene il ricorso al concetto di «diritto» nelle diverse disposizioni dell'art. 38 Cost. attirasse l'attenzione della dottrina, il dibattito sulla natura delle posizioni giuridiche configurate dalla norma vedeva prevalere la tesi secondo la quale le norme costituzionali non avevano riconosciuto diritti soggettivi, ma si erano limitate a porre un obiettivo al legislatore ordinario (Crisafulli, 1952: 115).

Pertanto, solo ove la legge aveva previsto un rapporto giuridico³, magistratura ordinaria e dottrina riconoscevano l'attribuzione di un vero e proprio diritto. Altrimenti, la posizione giuridica del cittadino che aspirava ad una prestazione assistenziale era qualificata come interesse legittimo (Migliori, 1964: 9; Santucci Martino, 1965: 1804) o, addirittura, come pretesa giuridica inattiva priva di tutela giurisdizionale, la cui garanzia rimaneva ristretta nell'ambito co-

stituzionale e affidata all'esercizio dei diritti politici (diritto di petizione, diritto di voto) (Sepe, 1959: 25).

Nonostante la consapevolezza del carattere limitativo dello *status quo* (Molteni, 1967: 245; Gianolo, 1968: 142 e 162), le norme costituzionali erano richiamate al solo fine di rilevare la necessità di un adeguamento della legislazione vigente e non come precetti giuridici in grado di promuovere interpretazioni estensive o suscettibili di immediata applicazione.

3. *Il lungo percorso dai servizi sociali al diritto all'assistenza*

Per individuare gli attuali contorni del diritto all'assistenza e dei relativi servizi, è utile ripercorre gli snodi più significativi dell'evoluzione normativa, giurisprudenziale e dottrinale.

3.1 *Definizione formale di servizi sociali e «diritti condizionati»*

Con la progressiva operatività della Costituzione, in particolare con la legislazione di trasferimento delle funzioni amministrative alle Regioni⁴, l'attività di assistenza si distingue sempre più nettamente dalla previdenza e dalla sanità e l'affermazione del principio personalista dà avvio al superamento della visione incentrata sugli interessi generali di sicurezza e di salute del corpo sociale.

Nella riflessione della dottrina emerge quindi un nuovo modo di considerare la materia: l'assistenza sociale è considerata come un complesso di azioni dirette alla persona in quanto tale, oggetto di un dovere di intervento generale dello Stato che attua il principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, co. 2, Cost.

Tuttavia, sebbene la dottrina affermi che le disposizioni costituzionali sull'assistenza «miri[no] a creare una condizione di sicurezza per tutti i membri della collettività, quale che sia la classe o la categoria professionale di appartenenza» (Mazziotti, 1959: 753), la normativa di quegli anni continua ad operare interventi settoriali⁵ e la legislazione di trasferimento delle funzioni, attraverso l'individuazione dei «settori organici», perpetra l'approccio categoriale lasciando incompiuto il progetto costituzionale.

I primi segni della progressiva affermazione del principio personalista nella legislazione post-costituzionale si colgono semmai sotto un altro profilo.

Nel d.p.r. 24.7.1977, n. 616 l'attività pubblica di assistenza non è considerata solo in termini di sussidi monetari, ma anche e soprattutto in termini di servizi, cioè di prestazioni materiali organizzate ed erogate dagli enti pubblici⁶.

Ciò determina una maggiore attenzione al destinatario dell'attività perché, mentre il contributo economico è inevitabilmente standardizzato e predetermi-

nato, la prestazione materiale prevede un contatto diretto tra fornitore del servizio e beneficiario, attraverso il quale possono emergere e rilevare le esigenze specifiche di quest'ultimo (De Siervo, 1987: 453-454)⁷.

Tale innovazione, peraltro, induce la dottrina – che fino ad allora si era concentrata sugli aspetti organizzativi relativi ai soggetti erogatori – a mostrare interesse per lo studio dei servizi sociali e del loro contenuto (Ferrari, 1986; Sorace, 1988: 205 sgg.; Pastori, 1993: 1081 sgg.; Sandulli, 1992: 753).

Nondimeno, le prestazioni assistenziali sono ancora considerate attività pubbliche costituzionalmente doverose nell'*an*, la cui definizione è affidata per intero alla mediazione politica discrezionale.

Pertanto, salvo leggi che definiscano un concreto rapporto giuridico, la posizione dell'utente nei confronti dell'amministrazione erogatrice del servizio è concepita in termini di interesse legittimo ovvero di diritto sociale «condizionato» alle scelte organizzative e distributive del legislatore e dell'amministrazione pubblica (Baldassarre, 1989: 1; Corso, 1981: 755; Merusi, 1990, Pace, 1993)⁸

In questo quadro, vi è poi un ulteriore elemento da considerare. Taluni interventi legislativi (in particolare in materia sanitaria e socio-sanitaria) declinano il principio universalista in termini di tendenziale gratuità dei servizi per tutti i cittadini.

In questo modo, il legislatore va oltre il precetto costituzionale (che impone la gratuità solo in relazione a situazioni di indigenza, da intendersi come relativa) contribuendo ad innescare un meccanismo di 'lievitazione' della spesa che avrà effetti devastanti sulle finanze pubbliche, tanto da giustificare posizioni dirette a mettere in discussione, anche in astratto, la cittadinanza dei diritti sociali tra gli elementi fondanti dello Stato costituzionale.

3.2 Diritto all'assistenza e servizi alla persona

Il paradigma personalista si afferma pienamente solo con la legislazione della fine degli anni Novanta⁹.

È con questo complesso normativo, infatti, che si sancisce la stretta inerenza dei diritti (e dei servizi) sociali all'individuo in quanto tale (anche se rimangono esclusi gli immigrati senza permesso di soggiorno!); con la conseguenza che l'assistenza sociale si configura come diritto «alla rimozione di situazioni di svantaggio o di bisogno, per la promozione del benessere fisico e psichico della persona»¹⁰.

Va peraltro ricordato che al consolidamento della concezione personalista si affianca, senza metterla in discussione, l'introduzione del principio del c.d. «universalismo selettivo» (Gualdani, 2007), secondo il quale al pari diritto di ogni individuo di accedere ai servizi di assistenza, corrispondono diverse modalità di compartecipazione al costo degli stessi o diversi criteri di priorità per l'accesso a prestazioni contingentate¹¹.

In questo quadro, si inserisce la riforma del Titolo V della Costituzione con la quale la nozione di diritto sociale trova finalmente un riconoscimento esplicito nell'art. 117, comma 2, lett. m) che attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato la determinazione dei *livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*.

L'inclusione nel quadro costituzionale della materia dei livelli essenziali, peraltro espressamente citata tra le ipotesi che consentano l'attivazione dei poteri sostitutivi ex art. 120 Cost., offre un importante «strumento per garantire il mantenimento di un'adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti»¹² e rimarca il carattere costituzionalmente obbligatorio dell'azione pubblica di predisposizione dei mezzi e degli apparati necessari a soddisfare (anche) i diritti all'assistenza.

La giurisprudenza costituzionale di questi anni, inoltre, tempera l'orientamento sul carattere finanziariamente condizionato dei diritti sociali attraverso la dottrina del c.d. «nucleo essenziale», espressione con la quale si intende sancire l'esistenza di una soglia minima di tutela, individuabile caso per caso, al di sotto della quale un diritto fondamentale non può considerarsi assicurato e quindi risulta violato¹³.

In questa prospettiva, il nucleo intangibile del diritto, ricavabile direttamente dalla Costituzione, si pone come limite alla discrezionalità del legislatore e dell'amministrazione, implicando un obbligo di intervento direttamente giustiziabile dalla giurisprudenza, rispettivamente costituzionale e ordinaria.

La dottrina, d'altra parte, dimostra l'equivalenza 'strutturale' fra libertà negative e diritti a prestazione (Luciani, 1995: 118; Pezzini, 2001; Bifulco, 2003), l'immediata azionabilità dei diritti all'assistenza puntualmente disciplinati in Costituzione (Violini, 2006: 791; Onida, 2001: 105; Frego Luppi, 2004) e il loro carattere 'fondante' ossia caratterizzante la forma di Stato (Carlassare, 1995: 33 sgg.; Azzariti, 2003: 327 sgg.; Albanese, 2007: 30-40).

A questa importante evoluzione normativa, giurisprudenziale e dottrinale in tema di diritti sociali si accompagna anche un sostanziale cambiamento nella configurazione della corrispondente attività amministrativa.

Le riflessioni di una parte della dottrina sviluppano la c.d. «concezione formale» dei servizi sociali, elaborata nella metà degli anni '80, – si potrebbe dire – 'rovesciando' la prospettiva.

Infatti, se nella concezione richiamata le coordinate costituzionali della 'forma' dei servizi sociali erano individuate in «obbligo della collettività in primo luogo e corrispondente pretesa della persona in secondo luogo, in ordine ai bisogni ritenuti essenziali dall'ordinamento [...]» (Ferrari, 1986), l'ulteriore sviluppo porta ad anteporre il diritto individuale al potere-dovere dello Stato.

In questa prospettiva, i servizi sociali si caratterizzano per il fatto di rispondere alla necessità di dare soddisfazione ai corrispondenti diritti delinea-

ti in Costituzione (Sorace, 2014: 176) e di concretizzarsi in attività di norma non standardizzabili, perché connotati da un particolare carattere «personale» (Albanese, 2007: 137-146; Pioggia, 2014: 3-5) e «relazionale» (Longo, 2014: 71 sgg.; Berlingò, 2012: 143 sgg.) che si riflette sul tipo di intervento e sul rapporto di prestazione.

Ne deriva che la regolazione dei servizi sociali deve assicurare che i relativi interventi quanto più possibile individualizzati, cioè mirati, ai bisogni delle persone che ne fruiscono, allo scopo di garantire la soddisfazione del diritto all'assistenza quale strumento di realizzazione della dignità e del pieno sviluppo della personalità individuale.

3.3 *La prospettiva europea*

Il regime di garanzia dei diritti sociali previsto a livello europeo si mostra complessivamente più debole di quello sancito dalla nostra Costituzione e comunque ancillare rispetto agli obiettivi di integrazione economica tradizionalmente propri dell'Unione.

In particolare, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea manca un'esplicita enunciazione del principio di uguaglianza sostanziale: i diritti dei minori, degli anziani e delle persone con disabilità sono ricondotti all'uguaglianza secondo una logica che ne evidenzia soprattutto la funzione anti-discriminatoria.

Inoltre, le disposizioni sulla sicurezza sociale e sull'assistenza (*in primis* l'art. 34) si limitano a «riconoscere e rispettare» i relativi diritti nei casi e nei modi in cui questi siano già previsti negli ordinamenti interni (Guiglia, 2006: 62 sgg.).

Infine, un altro indice del «ruolo minore» attribuito alla protezione sociale è rappresentato dall'ambigua distinzione tra «diritti» e «principi» prevista dall'art. 52, par. 5, della Carta, secondo cui le disposizioni che contengono meri principi sarebbero giustiziabili solo in via indiretta (Azzariti, 2003: 333; Guazzarotti, 2013: 9).

Anche le disposizioni contenute nel Titolo X del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, intitolato *Politica sociale* (artt. 151 sgg.), sembrano confermare la distanza fra le altisonanti proclamazioni di principio e la limitatezza delle misure di tutela. Le prescrizioni più «deboli» riguardano proprio l'assistenza sociale, vale a dire le forme di protezione dirette agli individui a prescindere dallo *status* di lavoratori¹⁴.

D'altra parte, nel sistema di tutela del Consiglio di Europa la divaricazione formale fra libertà negative e libertà positive è ancora più evidente: alle due categorie di diritti è assegnata garanzia all'interno di distinti trattati – la CEDU per i primi, la Carta sociale europea per i secondi – dotati di uno «statuto operativo» (Guazzarotti, 2013: 10) significativamente diverso in quanto la Corte di Strasburgo ha giurisdizione su uno solo di essi (la CEDU). In più, proprio

l'esistenza della Carta sociale europea, almeno in un primo momento, ha impedito alla Corte di operare un'interpretazione evolutiva delle norme CEDU che ne estendesse l'applicazione alla tutela dei diritti sociali (Guazzarotti, 2013: 10).

Nondimeno, la dimensione europea offre alcuni elementi 'costruttivi' che meritano di essere messi in evidenza.

In questo senso, va segnalato anzitutto che la Carta dei diritti fondamentali, adottando una catalogazione 'per valori', pur con tutti i limiti sottolineati dalla dottrina, evoca l'indivisibilità dei diritti fondamentali contribuendo a privare di fondamento la tesi della differenza 'strutturale' fra libertà negative e diritti a prestazione; profilo che assume rilievo ancora maggiore ora che la Carta ha acquisito la stessa giustiziabilità dei trattati (v. *infra* § 5.1).

Con il Trattato di Lisbona, inoltre, sono stati 'rafforzati' alcuni principi fondamentali in materia sociale. Nell'art. 2 del Trattato sull'Unione europea la solidarietà è indicata quale valore fondante; nell'art. 3, par. 3, si individua quale obiettivo generale lo «sviluppo sostenibile dell'Europa [...] basato su un'economia sociale di mercato che mira alla piena occupazione e al progresso sociale» e si prevede che l'«Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni [...] promuove la giustizia e la protezione sociale».

A livello di Consiglio di Europa, d'altra parte, la garanzia dei diritti sociali è progressivamente ampliata da una giurisprudenza della Corte EDU che, attraverso il sindacato di proporzionalità e di non discriminazione, va a colpire misure statali tese a restringere o negare provvidenze di natura sociale (v. *infra* § 5.1).

4. *L'oggi: i limiti pratici dell'universalità*

Nonostante l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale e le avanzate ricostruzioni dottrinali, il progetto costituzionale relativo al sistema di assistenza sociale è oggi (nuovamente) messo a dura prova da alcune congiunture interne e internazionali.

A distanza di 14 anni dall'entrata in vigore della revisione del Titolo V della Costituzione, manca ancora una disciplina legislativa dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti di assistenza sociale, i quali continuano a rivestire il ruolo di 'fratelli minori' sia rispetto al diritto alla salute e al diritto all'istruzione, per i quali sono stati espressamente previsti standard di tutela¹⁵, sia rispetto ai diritti previdenziali dei lavoratori da sempre oggetto di più analitica e diffusa regolamentazione (Colapietro, 2014: 25).

Pertanto, mentre i diritti alla salute, all'istruzione, alla formazione professionale e alla previdenza godono di forme di garanzia uniformi, sostenute da un finanziamento statale tendenzialmente stabile, i diritti all'assistenza sociale

sono ancora oggetto di una tutela disomogenea e spesso insufficiente (Innocenti, Vivaldi, 2014:1147).

Infatti, la mancata determinazione dei livelli essenziali legittima le Regioni a legiferare autonomamente – vanificando le esigenze di uniformità – e la mancata perequazione della spesa assistenziale lascia gli enti territoriali liberi di disciplinare in modo diverso le condizioni di accesso alle prestazioni e i relativi costi. Da ciò deriva il rischio di forti disuguaglianze legate alla configurazione demografica e alle diverse condizioni economiche delle realtà territoriali.

A ciò si aggiungono esempi di ‘irresponsabilità’ politica quali, ad esempio, quelli rappresentati da quelle legislazioni regionali – prontamente censurate dalla Corte costituzionale¹⁶ – che hanno previsto l’implementazione dei livelli delle prestazioni di assistenza, in specie sanitaria e socio-sanitaria, in contrasto con gli impegni di contenimento della spesa pubblica assunti in base ad un Piano di rientro.

Tali esperienze denotano una (colpevole) incomprendenza o sottovalutazione del fatto che l’obiettivo di sostenibilità del debito pubblico, introdotto dalla l. cost. n. 1 del 2012 in attuazione dei vincoli europei, implica una responsabilità – anzitutto istituzionale ma non solo (v. *infra* § 5.3) – che è attuazione dei principi «fondanti»¹⁷ di solidarietà e di eguaglianza¹⁸.

A quanto appena considerato si aggiunge la crisi economica internazionale che, sotto il profilo che direttamente ci interessa, ha imposto l’introduzione di misure di rigoroso controllo e contenimento della spesa pubblica¹⁹, che a loro volta determinano una minore disponibilità di risorse da destinare ai servizi e alle prestazioni da parte degli enti erogatori (Napolitano, 2012; Pinelli, 2012).

In questo quadro, uno degli aspetti di maggiore criticità è rappresentato dalla tendenza a un ritorno alla ‘monetizzazione’ dell’assistenza sociale (*social card*, carta acquisti, *bonus* bebè etc.) cui corrisponde un minore investimento in termini di personale e strutture (Innocenti E., Vivaldi E., 2014: 1193-1194), con inevitabile perdita della dovuta individualizzazione nella definizione delle prestazioni – quindi dell’attenzione alla specificità dei bisogni – e una pericolosa «torsione paternalistica» dell’intervento pubblico (Pinelli C., 2009: 1177) .

5. *Gli ‘anticorpi’ costituzionali: il principio personalista e le sue implicazioni*

A fronte di tali pericolose tendenze regressive in punto di diritti e servizi sociali, è possibile individuare alcuni ‘elementi di forza’ che il nostro ordinamento costituzionale – inteso in senso ampio, cioè comprendente anche il sistema giuridico europeo – è in grado di opporre.

5.1 Il «nucleo essenziale» dei diritti all'assistenza fra Corte costituzionale e Corti europee

Il primo elemento si coglie nella perdurante operatività della clausola del «nucleo essenziale» dei diritti, quale strumento di garanzia della dignità umana.

In particolare, è significativa la giurisprudenza della Corte costituzionale che, anche in tempi di crisi economica e di vincoli di bilancio, ha confermato come il (nucleo incompressibile del) diritto all'assistenza non ammette compressioni per effetto del bilanciamento con altre istanze di matrice economica o organizzativa.

In questa prospettiva, merita menzione anzitutto la sentenza n. 80 del 2010 in tema di diritto al sostegno scolastico dello studente disabile con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma che stabiliva un limite massimo al numero dei posti degli insegnanti di sostegno (secondo un rapporto 2 alunni/1 insegnante)²⁰, sul presupposto per cui la discrezionalità del legislatore nell'individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili «non ha carattere assoluto e trova un limite nel rispetto del nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati»²¹.

Ugualmente indicative sono le pronunce sul diritto al sostengo alimentare e sul diritto all'abitazione nelle quali la Corte ha ribadito il dovere dello Stato di «assicurare effettivamente la tutela di soggetti i quali, versando in condizioni di estremo bisogno, vantano un diritto fondamentale che, in quanto strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana, [...] deve poter essere garantito su tutto il territorio nazionale in modo uniforme, appropriato e tempestivo»²².

Si tratta di un orientamento di estrema importanza, ulteriormente rafforzato dalla giurisprudenza amministrativa (Boscolo, 2014: 165 sgg.; Lottini, 2011: 2403 sgg.), che esprime il senso di un chiaro ordine di priorità per l'azione delle istituzioni pubbliche: sono le politiche di contenimento della spesa e le relative scelte distributive e organizzative (Carlassare, 2013; Panzera, 2013: 1020) a incontrare un limite insuperabile nella necessità di assicurare la soddisfazione del contenuto essenziale dei diritti sociali riconosciuti dalla Costituzione e dall'ordinamento internazionale²³.

Ma vi è di più. La rilevanza di questa impostazione è accresciuta dal fatto che essa trova un esplicito 'aggancio' nella dimensione europea e internazionale della legalità amministrativa. Le norme delle Carte europee dei diritti e le fonti europee derivate, infatti, contribuiscono all'enucleazione di pretese a prestazioni sociali immediatamente azionabili nei confronti dell'amministrazione.

Di particolare interesse è una recente sentenza in cui la Corte di giustizia, nell'interpretare l'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che

riconosce il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa, ha espressamente affermato l'esistenza di una «misura irriducibile» di tutela (Costamagna, 2012: 675)²⁴. Questa lettura dell'art. 34 – che evoca la teoria delle *minimum core obligations* elaborata dai Comitati internazionali di controllo sulle Carte dei diritti sociali (Russo, 2013: 10) – sembra confermare l'esistenza di una «garanzia di irreversibilità (del contenuto minimo essenziale) dei processi redistributivi che gli Stati membri hanno posto in essere» (Giorgis, 2001: 242) la quale opera come un limite all'adozione di misure o prassi peggiorative per le istituzioni europee e, quantomeno nell'ambito di attuazione del diritto UE, anche per le autorità nazionali.

5.2 Personalizzazione degli interventi e carattere (costituzionalmente) necessario del modello dell'integrazione delle prestazioni: la centralità dei servizi

Un altro elemento che può operare come 'anticorpo' rispetto alle tendenze in atto è il principio di personalizzazione degli interventi che caratterizza il sistema amministrativo di assistenza sociale.

In questo settore, infatti, l'appropriatezza della prestazione è strettamente legata a esigenze specifiche e inevitabilmente differenziate sia sul piano personale, variando da persona a persona, sia sul piano sociale perché le situazioni che generano marginalità o disagio sono fortemente condizionate, se non addirittura determinate, dalle peculiarità del contesto territoriale.

A ciò si aggiunge che gli interventi dei servizi talvolta consistono nel garantire la realizzazione e il mantenimento di relazioni personali, la cui durata ed intensità non sono facilmente predeterminabili (es. assistenza psicologica ai minori, ai soggetti in caso di dipendenze o di disagio psicologico, alle famiglie adottive) (Bonetti, 2014: 485; Longo, 2014: 71).

Ciò rappresenta un aspetto di estrema rilevanza perché la 'personalizzazione' degli interventi di sostegno assicura la piena realizzazione del paradigma personalista nei diritti all'assistenza e nei servizi che li soddisfano, assegnando al singolo individuo un ruolo attivo nella definizione della prestazione che può ricevere.

L'ordinamento positivo ha confermato anche di recente la perdurante vigenza di questo modello: si pensi ai progetti individuali per le persone disabili²⁵, al piano educativo individuale (PEI) per lo studente con handicap²⁶. Si considerino altresì i più recenti interventi normativi sui disturbi specifici dell'apprendimento (DSA)²⁷ e sui bisogni educativi speciali (BES)²⁸ i quali sanciscono la doverosità di interventi socio-educativi individualizzati, da predisporre in base alle particolari esigenze del singolo studente da parte di operatori specializzati (delle istituzioni scolastiche e socio-sanitarie) in collaborazione con le famiglie.

È bene sottolineare che tali tendenze legislative non possono essere considerate reversibili in tempi di crisi economica. Al contrario, la giurisprudenza co-

stituzionale e alcuni recenti orientamenti dei giudici comuni ‘difendono’ con forza il valore costituzionalmente necessitato del principio di personalizzazione degli interventi sociali e del diretto coinvolgimento dei destinatari nella definizione dei contenuti delle prestazioni²⁹.

Non solo. A questo profilo di ‘irretrattabilità’ – seppur non ancora pienamente compiuto – del sistema di assistenza sociale se ne aggiunge un altro, strettamente connesso, che sembra offrire una possibile ‘strategia di uscita’ dalle ristrettezze che i vincoli di bilancio pongono all’azione degli enti erogatori dei servizi.

Si tratta della c.d. «cultura dell’integrazione» delle prestazioni sociali (Albanese, 2012: 129 sgg.; Pioggia, 2014: 209 sgg.).

È facilmente dimostrabile, infatti, che alla maggiore personalizzazione del contenuto dei diritti si accompagna, sul fronte dell’attività, l’aumento di rilevanza dei sistemi integrati (di tipo socio-sanitario e socio-educativo).

Soddisfatta l’esigenza di delimitazione dell’ambito dell’assistenza sociale rispetto alle altre forme di assistenza con cui (ancora 50 anni fa) era confusa, si è fatta strada la consapevolezza che la coesistenza e l’interazione di misure diverse sono (almeno per una parte) inevitabili perché necessitate dalla natura dei bisogni a cui l’attività amministrativa nel suo complesso risponde.

Anche questo carattere non è un fattore contingente: la sinergia tra diverse professionalità, che ispira la cultura dell’integrazione, non è una scelta interamente discrezionale del legislatore perché in realtà è la traduzione di un principio costituzionale. Il carattere pluri-professionale degli interventi assistenziali è costituzionalmente imposto dal contenuto ‘composito’ dei diritti che devono soddisfare, in altre parole dalla complessità della persona. Di conseguenza, sotto tale profilo, non sono possibili ‘passi indietro’ in grado di mettere in crisi il modello.

Dal quadro appena delineato si ricava dunque che ai fini della effettiva soddisfazione dei diritti in esame assumono un’importanza centrale più che i contributi economici, diretti a ‘tamponare’ situazioni di estremo disagio in modo inevitabilmente episodico ed emergenziale, l’insieme delle attività che concorrono a formare i servizi sociali, concretamente organizzate dagli enti locali.

Tale considerazione assume peraltro un significato particolare se analizzata alla luce delle riflessioni delle scienze economiche in tema di *welfare state*.

Secondo alcuni autori, «la configurazione prevalentemente monetaria e risarcitoria della spesa per l’assistenza non valorizza la responsabilità individuale. [...] Il ruolo assicurativo, che la protezione sociale svolge nei confronti dei rischi sociali, genera disincentivi di azzardo morale all’attività lavorativa e al *risk-taking*. [...] Inoltre i meccanismi assicurativi pubblici previdenziali e assistenziali riducono la propensione al risparmio nel lungo periodo, quindi l’accumu-

lazione di capitale privato e il tasso di crescita potenziale dell'economia che dipende da questi» (Petretto, 2014: 199; Brancasi, 2014: 202).

In base a tali argomenti, per rendere il modello sociale compatibile con il bisogno di crescita economica del sistema nazionale ed europeo, si suggerisce di «concentrare la spesa pubblica più in servizi diretti che in benefici monetari» al fine di incrementare «l'accumulazione di capitale umano che aumenta gradualmente la produttività del lavoro e il tempo disponibile per le attività di produzione» (Petretto, 2014: 200).

Se questo è vero, la centralità dei servizi – e quindi dell'amministrazione responsabile – può operare (anche) come reale risposta alle conseguenze della crisi economica.

5.3 Universalismo e differenziazione: un'eguaglianza sostanziale equa e sostenibile

Proseguendo nell'individuazione degli elementi strutturali che l'ordinamento è in grado di opporre alle tendenze involutive in atto, meritano considerazione le misure legislative ed amministrative che stanno progressivamente aumentando la selettività dei servizi sociali.

Il fenomeno si coglie (almeno) sotto due profili: la graduale estensione dell'obbligo di compartecipazione alla spesa per l'erogazione delle prestazioni, commisurato (attraverso l'indicatore ISEE) alla posizione reddituale e patrimoniale di ciascuno³⁰, e il maggior ricorso a criteri preferenziali per l'accesso alle stesse.

Si tratta di previsioni che trovano il loro fondamento nel dovere di solidarietà economica e sociale e nel principio di uguaglianza sostanziale e che hanno ricevuto l'avallo della Corte costituzionale.

Come noto, con la sentenza 19.12.2012, n. 296 sono state ritenute costituzionalmente legittime talune discipline regionali che – in mancanza di LIVEAS definiti a livello centrale – nel prevedere la compartecipazione al costo di alcune prestazioni assistenziali per gli anziani ultrasessantacinquenni non autosufficienti, hanno stabilito che la quota di compartecipazione dovuta dalla persona assistita debba essere calcolata tenendo conto non solo della situazione reddituale e patrimoniale della stessa, ma anche di quella del coniuge e dei parenti entro il primo grado.

Il giudice remittente aveva dubitato della legittimità delle norme regionali (in particolare dell'art. 14 della l. r. Toscana 18.12.2008, n. 66) in quanto sembravano porsi in contrasto con il principio contenuto nell'art. 2, c. 2 *ter*, del d.lgs. 31.3.1998, n. 109 che – pur rinviando ad un d.p.c.m. di attuazione – imponeva di valutare la situazione economica del solo assistito, fissando così, secondo l'interpretazione del *giudice a quo*, un livello essenziale delle prestazioni cui le Regioni non avrebbero potuto derogare.

A prescindere dal merito della decisione in punto di riparto di competenze tra lo Stato e le Regioni³¹, sotto il profilo che interessa la decisione della Corte è rilevante nella parte in cui afferma che il principio della evidenziazione della situazione economica del solo assistito ai fini del calcolo dell'ISEE (art. 3, c. 2 *ter*, d.lgs. n. 109/1998) non può considerarsi un criterio generale da applicare indistintamente «per tutte le prestazioni e per tutte le categorie di soggetti» indicati dalla normativa³².

Se ne ricava un evidente *favor* nei confronti del principio della compartecipazione al costo del servizio e, soprattutto, nei confronti della sua applicazione con modalità differenziate in relazione alle diverse prestazioni e alle categorie di utenti.

Un'altra 'spinta' a incentivare un'equa sostenibilità attraverso la differenziazione proviene da quella giurisprudenza costituzionale che ha vagliato la legittimità di alcune leggi regionali che hanno introdotto criteri di selezione per l'accesso alle prestazioni assistenziali.

In particolare, il giudice delle leggi ha confermato l'ammissibilità in astratto di tali scelte e nel contempo ne ha individuato le condizioni di compatibilità costituzionale.

In primo luogo, con un orientamento che conferma quanto sostenuto in ordine alla clausola del «nucleo essenziale» (cfr. *supra* § 5.1) la Corte ha stabilito che non sono ammissibili selezioni in base a criteri di tipo reddituale/patrimoniale o territoriale (es. residenza o radicamento sul territorio) quando la prestazione tende a soddisfare un «bisogno primario dell'individuo» ovvero va ad incidere «sul nucleo intangibile dei diritti fondamentali della persona umana»³³.

In secondo luogo, ha precisato che i canoni selettivi adottati devono comunque «rispondere al principio di ragionevolezza, in quanto l'introduzione di regimi differenziati è consentita solo in presenza di una causa normativa non palesemente irrazionale o arbitraria, che sia cioè giustificata da una ragionevole correlazione tra la condizione cui è subordinata l'attribuzione del beneficio e gli altri peculiari requisiti che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio*»³⁴.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, va considerato che l'apporto della dimensione europea risulta determinante. Infatti, per sanzionare le previsioni (normative e amministrative) che introducono forme di differenziazione irragionevoli o sproporzionate, la giurisprudenza, costituzionale e ordinaria³⁵, fa ampio ricorso al principio di non discriminazione sancito dalla normativa europea e ampiamente sviluppato dalla giurisprudenza delle Corti.

In proposito, sono particolarmente interessanti, per il loro carattere innovativo, le pronunce della Corte EDU che, attraverso il sindacato di proporziona-

lità³⁶ e di non discriminazione³⁷ in applicazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 (relativo al diritto di proprietà), censurano arbitrarie restrizioni, dinieghi o revoche di provvidenze di natura sociale (Guazzarotti, 2013: 18).

Quel che si ricava è che il principio di non discriminazione, nato come espressione di eguaglianza formale, nell'interpretazione che ne dà la giurisprudenza opera come volano di inclusione sociale: la tutela anti-discriminatoria si traduce in azione positiva a favore dei soggetti esclusi, assicurando equità nella differenziazione.

5.4 Universalismo e gratuità: un'associazione fuorviante. Per una solidarietà del singolo individuo

Le misure normative appena analizzate sono state molto criticate e considerate indici del progressivo «smantellamento» dello stato sociale (Candido, 2012: 4615).

Al contrario si ritiene che, se correttamente attuate (e accompagnate da una progressiva diminuzione della pressione fiscale), non solo contribuiscano all'affermazione dei principi di solidarietà e uguaglianza, ma possano rilevare anche come ulteriori sviluppi del principio personalista.

Si pone, infatti, la necessità di riconsiderare i rapporti fra uguaglianza e solidarietà e occorre verificare se non sia possibile attingere in modo autonomo al titolo della solidarietà.

Al riguardo, la convinzione è che l'universalismo inteso come gratuità generalizzata delle prestazioni non sia l'unica estrinsecazione possibile (e forse neppure la migliore) dei principi costituzionali in punto di diritti sociali.

L'universalismo implica il riconoscimento del diritto di accedere alle provvidenze sociali non solo a determinate categorie svantaggiate individuate *ex ante* (ciechi, sordi, invalidi, disabili, anziani, minori ecc.), ma a chiunque si trovi – anche solo transitoriamente – in una situazione di bisogno e a chiunque necessiti di sostegno per veder assicurato il pieno sviluppo della sua personalità.

Tale principio è realizzato nella misura in cui esista un sistema pubblico che garantisca (direttamente e indirettamente) i servizi e le prestazioni necessarie a tali scopi.

La regola della compartecipazione al costo del servizio, se attuata in modo equo (ovvero in modo tale che le quote siano quanto più possibile calcolate in via individualizzata), non si traduce in un limite al godimento del servizio, ma realizza i principi di solidarietà e di uguaglianza sostanziale.

In altre parole pare potersi sostenere che 'universalismo' e 'partecipazione ai costi' abbiano due diversi fondamenti giuridici tra loro complementari per la realizzazione del progetto costituzionale.

Il riconoscimento della titolarità del diritto ai servizi di assistenza a chiunque ne abbia bisogno realizza il principio del pieno sviluppo della persona umana (artt. 2 e 3 Cost.).

Le misure di organizzazione e di finanziamento del servizio che prevedono un contributo diretto del singolo destinatario attuano i principi di solidarietà e uguaglianza sostanziale (art. 3, c. 2, Cost.), la cui piena realizzazione (non solo non esclude ma) richiede ragionevoli e proporzionate differenziazioni.

Del resto, che l'universalismo non è messo in discussione dall'aumento di selettività del sistema di sicurezza sociale è confermato da una giurisprudenza costituzionale in materia di prestazioni assistenziali nei confronti degli stranieri extracomunitari.

È significativo, infatti, e conforme ai principi ora considerati, che la Corte proprio mentre utilizza *in peius* la clausola dei LEP³⁸ o il titolo del coordinamento della finanza pubblica³⁹ – per escludere un'implementazione 'irresponsabile' dei livelli delle prestazioni – e avalla i canoni selettivi per l'accesso ai servizi, allo stesso tempo promuove l'ampliamento della platea dei potenziali destinatari oltre la cerchia della cittadinanza politica⁴⁰.

Ma vi è un altro profilo che merita di essere rilevato.

Grazie agli sviluppi legislativi e giurisprudenziali sopra esaminati, nella qualificazione dei servizi sociali diventa determinante una dimensione di solidarietà, non più soltanto delle istituzioni – c.d. solidarietà paterna (Fracchia, 2004: 41; Molaschi, 2008) o dei gruppi – c.d. solidarietà fraterna (Galeotti, 1996: 10; Giuffrè, 2002), ma propriamente 'individuale'⁴¹ (per un ordine di idee diverso ma che sembra riconducibile alla medesima *ratio*, v. Rossi, 2014: 1 sgg.; Iannuzzi, 2014: 47 sgg.).

Ciò rappresenta un ulteriore svolgimento del principio personalista in questo settore. Se è vero, infatti, che si è accresciuta l'incidenza della volontà del singolo nella determinazione del contenuto del diritto alla prestazione, è del tutto coerente – in virtù della complementarità fra diritti e doveri sancita all'art. 2 Cost. –, che aumentino anche i suoi obblighi e le sue responsabilità.

Note

- ¹ Essa affiancava la c.d. beneficenza istituzionale rimessa alla liberalità dei privati, rispetto alla quale i soggetti pubblici svolgevano una funzione di mero controllo.
- ² V. l. 17.7.1890, n. 6972 (*Norme sulle Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza*), r.d. 30.12.201, n. 2841 e l. 3.6.1937, n. 847 (*Istituzione in ogni Comune del Regno dell'Ente comunale di assistenza*).
- ³ V. l. 9.8.1954, n. 632 (*Istituzione e compiti dell'Opera nazionale per i ciechi civili e concessione ai medesimi di un assegno a vita*).
- ⁴ L. 22.7.1975, n. 382 e d.p.r. 24.7.1977, n. 616.
- ⁵ V. l. 27.5.1979, n. 382 (*Disposizioni in materia di assistenza ai ciechi civili*), l. 30.3.1971, n. 118 (*Nuove norme in favore dei mutilati ed invalidi civili*).
- ⁶ Art. 22 d.p.r. 24.7.1977, n. 616.
- ⁷ C. cost. 30.7.1981, n. 174.
- ⁸ C. cost. 16.10.1990, n. 455.
- ⁹ D.lgs. 31.3.1998, n. 112 e l. 8.11.2000, n. 328.
- ¹⁰ C. cost. 28.7.2004, n. 287.
- ¹¹ D.lgs. 31.3.1998, n. 109 che introduce l'Indicatore della situazione economica (Ise) oggi ISEE riformato dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214 e attuato con d.p.c.m. 5.12.2013, n. 159.
- ¹² C. cost. 31.3.2006, n. 134.
- ¹³ Tra le molte, C. cost. 26.2.1998, n. 27, 26.5.1998, n. 185, 16.7.1999, n. 309, 17.7.2001, n. 252, 2.12.2005, n. 432, 15.1.2010, n. 10, 5.4.2013, n. 62.
- ¹⁴ Cfr. art. 153, par. 4 T.F.U.E. «j) lotta all'esclusione sociale; k) modernizzazione dei regimi di protezione sociale, esclusi quelli riguardanti i lavoratori».
- ¹⁵ Cfr. d.p.c.m. 14.2.2001 concernente i c.d. LEA sanitari e d.lgs. 16 gennaio 2013, n. 13 (*Definizione delle norme generali e dei livelli essenziali delle prestazioni per l'individuazione e validazione degli apprendimenti non formali e informali e degli standard minimi di servizio del sistema nazionale di certificazione delle competenze*).
- ¹⁶ Cfr. C. cost. 29.5.2013, n. 104; 23.2.2012, n. 32; 2.12.2011, n. 325.
- ¹⁷ C. cost., 28.11.2012, n. 264.
- ¹⁸ C. cost., 10.4.2014, n. 88.
- ¹⁹ Il riferimento è al c.d. *Fiscal compact* e alle politiche di *austerity* promosse a livello europeo cui ha fatto seguito la costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio (l. cost. n.1 del 2012).
- ²⁰ L'art. 2, c. 414, l. 24.12.2007, n. 244.
- ²¹ C. cost. 26.2.2010, n. 80 punto 4 del *Considerando in diritto*. Cfr. anche C. cost. 4.7.2008, n. 251, 22.6.2000, n. 226.
- ²² Cfr. C. cost. 5.4.2013, n. 62 del 2013, 15.1.2010, n. 10, relative alle disposizioni disciplinanti la c.d. carta acquisti; C. cost., 23.5.2008, n. 166 e 21.3.2007, n. 94 del 2007 sugli interventi per la riduzione del disagio abitativo.
- ²³ Indicativo è il richiamo alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità utilizzato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 80 del 2010. Nello stesso senso si può leggere l'esplicito riferimento alle disposizioni della CEDU e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo contenuto nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni assistenziali agli stranieri extracomunitari (cfr. C. cost. 28.5.2010, n. 187; 16.12.2011, n. 329 e da ultimo 27.2.2015, n. 22).
- ²⁴ C. giust., 24.4.2012, C-571/10, *Servet Kamberaj c. IPES e al.* La Corte ha utilizzato il concetto di 'nucleo minimo' del diritto per definire le «prestazioni essenziali» che gli Stati membri devono garantire, ai sensi dell'art. 11, n. 4, della direttiva 2003/109/CE, ai cittadini terzi soggiornanti di lungo periodo, in condizione di parità rispetto ai cittadini europei.
- ²⁵ Art. 14 l. n. 328 /2000.

- ²⁶ All'art. 12, c. 5. l. n. 104/1992 e d.p.c.m. n. 185/2006.
- ²⁷ V. l. 8 ottobre 2010, n. 170.
- ²⁸ Direttiva MIUR, *Strumenti di intervento per alunni con Bisogni Educativi Speciali e organizzazione territoriale per l'inclusione*, del 27 dicembre 2012.
- ²⁹ V. C. cost. 26.2.2010, n. 80 e la giurisprudenza amministrativa analizzata da Boscolo, 2014: 165 sgg. e Lottini, 2011: 2043 sgg.
- ³⁰ Vedi la l. 22 dicembre 2011, n. 214 che ha modificato i criteri per la determinazione dell'ISEE e il d.p.c.m. 5.12.2013, n. 159 su cui v. le sentenze del TAR Lazio, Roma, sez. I, 11.2.2015, n. 2454, n. 2458, n. 2459.
- ³¹ Rispetto al quale la Corte esclude che il criterio fissato dall'art. 3, c. 2 *ter*, d.lgs. 31.3.1998, n. 109 possa essere qualificato come livello essenziale della prestazione mancando la necessaria precisione nella determinazione delle prestazioni assistenziali da erogare e da sottoporre a tale criterio.
- ³² Cfr. C. cost. 19.12.2012, n. 296 punto 2 del *Considerando in diritto*. Va rilevato che la giurisprudenza amministrativa, anche successiva alla decisione citata, ha continuato a interpretare l'art. 3, c. 2 *ter*, d.lgs. 109/1998 come direttamente applicabile e conseguentemente ad annullare i regolamenti comunali che prevedono di tener conto anche del reddito dei familiari per la determinazione della quota di compartecipazione al costo delle prestazioni assistenziali dei soggetti ultrasessantacinquenni non autosufficienti e dei disabili permanenti gravi. Cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. III, 17.06.2013, nn. 1570 e 1571 .
- ³³ C. cost., 19.7.2013, n. 222.
- ³⁴ C. cost., 4.7.2013, n. 172.
- ³⁵ V. Trib. Brescia, ord. 22.2.2012, Trib. Brescia, ord. 9.4.2010; Trib. Vicenza, ord. 31.5.2011, n. 1684; Trib. Bergamo, ord. 7.3.2011 concernenti azioni anti-discriminatorie in tema di iscrizione anagrafica dei cittadini extracomunitari. V. anche TAR Lombardia, Milano, ord. del 21.5.2010.
- ³⁶ C. eur. dir. uomo, 15.9.2009, *Moskal c. Polonia*.
- ³⁷ C. eur. dir. uomo [GC], 22.3.2012, *Kostantin Markin c. Russia*; C. eur. dir. uomo, 18.2.2009, *Andrejeva c. Lettonia*; 20.10.2010, *Fausie c. Grecia*; 9.7.2009, *Zeibek c. Grecia*; 30.9.2003, *Koua Poirrez c. Francia*.
- ³⁸ V. Corte costituzionale, sent. n. 104 del 2013.
- ³⁹ V. Corte costituzionale sent. n. 187 del 2012, n. 325 del 2011.
- ⁴⁰ V. Corte costituzionale, sentt. n. 432 del 2005, n. 306 del 2008, n. 11 del 2009, n. 187 del 2010, nn. 40, 61, 329 del 2011, nn. 2, 4, 40, 133, 172, 222 del 2013 e, da ultimo, n. 22 del 2015.
- ⁴¹ C. cost., 10.4.2014, n. 88 «I nuovi principi introdotti dalla legge costituzionale n. 1 del 2012, e in particolare quello della sostenibilità del debito pubblico, implicano una responsabilità che, in attuazione di quelli «fondanti» (sentenza n. 264 del 2012) di solidarietà e di eguaglianza, non è solo delle istituzioni ma anche di ciascun cittadino nei confronti degli altri, *ivi* compresi quelli delle generazioni future».

Riferimenti bibliografici

- Albanese A. 2007, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Giuffrè, Milano.
- 2012, *L'integrazione socio-sanitaria*, in R. Morzenti Pellegrini, V. Molaschi (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Giappichelli, Torino: 129-154.
- Azzariti G. 2003, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Pol. Dir.*: 327 sgg.
- Baldassarre A. 1989, *Diritti sociali*, in *Enc. giu.*, XI, Roma: 1 sgg.
- Belletti M. 2013, *Le Regioni «figlie di un Dio minore». L'impossibilità per le Regioni sottoposte a Piano di rientro di implementare i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 5-6: 1078-1098.
- Berlingò V. 2012, *La rilevanza dei fatti di sentimento nel diritto amministrativo: i fattori relazionali nella tutela dei diritti sociali*, in *Dir. Amm.*: 143 sgg.
- Berti G. 1968, *L'assistenza agli illegittimi e l'affidamento dei minori*, in A. Amorth (a cura di), *Le Province*, Giuffrè, Milano: 165 sgg.
- Bifulco D. 2003, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Cedam, Padova.
- Bonetti P. 2014, *La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti l'assistenza sociale*, in Id. et. al. (a cura di), *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Aracne, Roma: 485 sgg.
- Boscolo E. 2014, *Istruzione ed inclusione: un percorso giurisprudenziale attorno all'effettività dei diritti prestazionali*, in *Munus*, 2: 165 sgg.
- Brancasi A. 2014, *Debito pubblico, vincoli europei e welfare state: spunti sparsi di riflessione*, in *Persona e mercato*, 4: 202 sgg., <<http://www.personaemercato.it/wp-content/upload/2015/03/Brancasi.pdf>> (10/2016).
- Candido A. 2012, *Liveas o non Liveas. Il diritto all'assistenza e la riforma dell'ISEE in due pronunce discordanti*, in *Giur. cost.*, 6: 4615 sgg.
- Caretti P. 2005, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino.
- Carlassare L. 1995, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*: 33 sgg.
- 2013, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, <<http://www.costituzionalismo.it>>(10/2016).
- Colapietro C. 2014, *Alla ricerca di un Welfare sostenibile: il Welfare generativo*, in *Dir. soc.*: 19 sgg.
- Colombo U. 1959, *Assistenza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, III, Giuffrè, Milano: 753 sgg.
- Corso G. 1981, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir., pubbl.*: 775 sgg.
- Costamagna F. 2012, *Diritti fondamentali e prestazioni sociali essenziali tra diritto dell'Unione europea e ordinamenti interni: il caso Kamberaj*, in *Diritti umani e diritto internazionale*: 675 sgg.
- 2014, *Riduzione delle risorse disponibili e abbassamento dei livelli di tutela dei diritti sociali: il rispetto del nucleo minimo quale limite all'adozione di misure regressive*, in *Diritti umani e diritto internazionale*: 371-388.

- Crisafulli V. 1952, *Costituzione e protezione sociale*, in Id., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano: 115 sgg.
- De Siervo U. 1897, *Assistenza e beneficenza pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Utet, Torino: 445 sgg.
- Ferrari E. 1986, *I servizi sociali. Introduzione, materiali e coordinate*, Giuffrè, Milano.
- Fracchia F. 2004, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, in *Diritto dell'economia*, 1: 41 sgg.
- Frego Luppi S. 2004, *Servizi sociali e diritti della persona*, Giuffrè, Milano.
- Galeotti S. 1996, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*: 10 sgg.
- Gianolo R. 1968, *L'assistenza psichiatrica e agli infermi di mente*, in A. Amorth (a cura di), *Le Province*, Giuffrè, Milano: 139 sgg.
- Giorgis A. 2001, *Art. 34*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, il Mulino, Bologna: 240 sgg.
- Giubboni S. 2012, *Solidarietà*, in *Pol. dir.*: 525 sgg.
- Giuffrè F. 2002, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- Gualdani A. 2007, *I servizi sociali tra universalismo e selettività*, Giuffrè, Milano.
- Guazzarotti A. 2013, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 9 sgg.
- Guiglia G. 2006, *Il diritto all'assistenza sociale nella prospettiva multilivello*, Cedam, Padova.
- Iannuzzi A. 2014, *La garanzia dei diritti sociali fra ipotesi di «nuovi doveri» e richieste di assunzione di maggiori responsabilità individuali. Riflessioni sul Welfare generativo e sulla comunicazione del costo delle prestazioni sanitarie*, in *Dir. soc.*: 47 sgg.
- Innocenti E., Vivaldi E. 2014, *Assistenza, volontariato, contrasto alla povertà nella legislazione regionale in tempo di crisi*, in *Le Regioni*, 5-6: 1147 sgg.
- Longo E. 2014, *Le relazioni come fattore costitutivo dei diritti sociali*, in *Dir. soc.*: 71 sgg.
- Lottini M. 2011, *Scuola e disabilità. I riflessi della sentenza 80 del 2010 della Corte costituzionale sulla giurisprudenza del giudice amministrativo*, in *Foro amm. T.A.R.*: 2403 sgg.
- Luciani M. 1995, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Cedam, Padova: 118 sgg.
- Mazziotti M. 1959, *Assistenza (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, III, Giuffrè, Milano: 749 sgg.
- Merusi F. 1990, *Servizi pubblici instabili*, il Mulino, Bologna.
- Migliori G. 1964, *Osservazioni sul «diritto» all'assistenza*, in *L'INADEL*: 5 sgg.
- Molaschi V. 2008, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Giappichelli, Torino.
- Molteni F. 1967, *Le funzioni sociali dei comuni*, in M.S. Giannini (a cura di), *I Comuni*, Giuffrè, Milano: 21 sgg.
- Napolitano G. (a cura di) 2012, *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, il Mulino, Bologna.

- Onida V. 2001, *Eguaglianza e diritti sociali*, in L. Carlassare (a cura di), *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Cedam, Padova: 105 sgg.
- Pace A. 1993, *Problematica delle libertà costituzionali* (II ed.), Cedam, Padova.
- Panzerà C. 2013, *Mediazione politica e immediatezza giuridica dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 5-6: 1001 sgg.
- Pastori G. 1993, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Giuffrè, Milano: 1081 sgg.
- Petretto A. 2014, *Diritti sociali e disciplina fiscale: un'incompatibilità insanabile?*, in *Persona e Mercato*, 2: 193, <<http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2015/03/Petretto.pdf>> (10/2016).
- Pezzini B. 2001, *Le decisioni sui diritti sociali: indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, Milano.
- Pinelli C. 2009, «*Social card*» o del ritorno della carità di Stato, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere, III, Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli: 1177 sgg.
- (a cura di) 2012, *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Firenze University Press, Firenze.
- Pioggia A. 2014, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Giappichelli, Torino.
- Rossi E. 2014, *La sostenibilità del welfare al tempo della crisi. Una proposta*, in *Dir. soc.*: 1 sgg.
- Russo D. 2013, *I vincoli internazionali in materia di tutela dei diritti sociali: alcuni spunti dalla giurisprudenza recente sulle "misure di austerità"*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, <<http://www.osservatoriosullefonti.it>> (10/2016).
- Salazar C. 2013, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista A.I.C.*, 4, <<http://www.rivistaaic.it>> (10/2016).
- Sandulli A. 1992, *La letteratura in materia di assistenza e beneficenza: percorsi e tendenze*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 753 sgg.
- Santucci Martino F. 1965, *La natura giuridica del diritto all'assistenza*, in *Previdenza sociale*, 6: 1799 sgg.
- Sepe O. 1959, *Il «diritto» all'assistenza nella Costituzione*, in *Amministrazione civile*, 25: 16 sgg.
- Sorace D. 1988, *Gli «interessi» di servizio pubblico tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, V (12): 205 sgg.
- 2014, *Il diritto delle amministrazioni pubbliche. Un'introduzione*, il Mulino, Bologna.
- Violini L. 2006, *Art. 38*, in M. Celotto, R. Bifulco, A. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Giappichelli, Torino, I: 775 sgg.

L'EVOLUZIONE DEL VOLONTARIATO E TERZO SETTORE NELLA FUNZIONE DI *ADVOCACY*

Sandra Gallerini

SOMMARIO – 1. L'evoluzione del volontariato e Terzo settore nella funzione di *advocacy*: una premessa. 2. Alcune caratteristiche evolutive del volontariato e Terzo settore. 2.1 Premessa. 2.2 La funzione di *advocacy* del volontariato. 2.3 La 'questione di genere' nel volontariato. 2.4 Networking e opportunità di finanziamento del volontariato e Terzo settore. 2.5 Le trasformazioni della 'domanda' e dell'offerta' dei servizi. 2.6 Le risorse umane: i volontari. 3. Le sfide future e conclusioni.

1. L'evoluzione del volontariato e Terzo settore nella funzione di advocacy: una premessa

È importante studiare il fenomeno del volontariato¹ perché non rimane insensibile ai cambiamenti sociali: il volontariato, per propria *mission*, risponde a certe esigenze, ai fabbisogni della collettività e pertanto sta sempre più diventando importante conoscere, osservare la società, per poi meglio progettare gli interventi da mettere in atto sul territorio (Salvini, 2012).

Non è così facile ricavare dati certi su questo settore di intervento sia per la volatilità sia per il carattere frammentario tipico del volontariato che se, da un lato, evidenzia la 'ricchezza' di un tessuto sociale, il dinamismo e la maturità di una società civile con un forte spirito di cittadinanza attiva, dall'altra, può rappresentare un punto di debolezza in termini di efficacia ed efficienza dell'intervento di 'aiuto'. Basti pensare che in Toscana nel 2014 sono più di 3.000 le associazioni di volontariato (+31,15% negli ultimi 10 anni), di cui il 6,53% impegnate nel settore 'ambientale'; il 10,14% nel 'culturale'; il 5,40% nella 'protezione civile'; il 28,30% nel settore 'sanitario'; il 33,49% nel 'sociale'; l'11,81% nel 'socio-sanitario'; l'1,31% nella 'tutela e promozione dei diritti'; il 3,02% nel 'volontariato internazionale'². Una tendenza evolutiva che è confermata dalle rilevazioni dell'Istat (Istat, 2003), secondo la quale la Toscana – oltre che Lombardia, Emilia Romagna e Veneto – è la regione con il maggior numero di organizzazioni.

2. Alcune caratteristiche evolutive del volontariato e Terzo settore

2.1 Premessa

Il panorama nazionale trova conferma in un'indagine promossa nel 2012 da Cesvot (Salvini, Corchia, 2012), in cui si osservano tendenze relativamente nuo-

ve nel volontariato e in discontinuità con il passato. In generale, sembra emergere un modello organizzativo c.d. 'inedito', in grado di essere innovativo, propenso alla cooperazione, con ampio bacino di risorse umane, con metodi fondati sul *problem solving*, con alta specializzazione in termini di competenze e conoscenze, con l'idea di gratuità che si combina con quella di reciprocità. Il modello 'inedito' sembra essere destinato a consolidare la propria posizione e a diventare il modello prevalente.

Il *nuovo volontariato* (Salvini, Corchia, 2012) – come l'abbiamo definito – è orientato ad un' incisiva azione in ambito 'sociale' rivolto ai soggetti più deboli e vulnerabili, quale conseguenza dell'impatto della crisi economica e della riduzione delle risorse disponibili a favore degli interventi di welfare.

Il presente *paper* farà cenno a cinque aspetti tematici che sembrano mostrare segnali interessanti di sviluppo per tutto il Settore: la funzione di *advocacy* del volontariato, la 'questione di genere' nel volontariato, *networking* e opportunità di finanziamento del volontariato e Terzo settore, le trasformazioni della 'domanda' e 'offerta' dei servizi, le risorse umane.

2.2 La funzione di *advocacy* del volontariato

La funzione di *advocacy* (*dare voce a chi non la ha*) rappresenta un elemento su cui costruire reti e sinergie, in quanto trasversale alle associazioni, indipendentemente dalle specifiche attività di intervento.

L'idea di fondo è che l'attività di 'promozione e tutela dei diritti' costituisca una caratteristica qualificante dell'associazionismo, che si percepisce come soggetto attivo nella costruzione di un modello di società ispirato alla piena realizzazione dell'individuo, al superamento delle discriminazioni, alla pari condivisione di diritti e doveri. Tende ad affermarsi un sistema territoriale di *advocacy* che valorizza e promuove un nuovo ruolo del volontariato, che non si concentrerebbe solo sulla risoluzione delle emergenze, ma svolgerebbe un più ambizioso ruolo di trasformazione della società. In tal senso l'azione di *advocacy* non è considerata una funzione specialistica di un segmento definito del mondo del volontariato, ma costituisce un – potenziale – agire trasversale delle associazioni soprattutto in un contesto caratterizzato da crescenti forme di marginalità e di esclusione sociali e politiche.

L'*Anno europeo del cittadino* è stata per Cevot l'occasione propizia per esaminare il tema dell'*advocacy* e l'impatto del progetto di rete, *Per la tutela dei diritti*, che il Centro ha sviluppato in partenariato con il Difensore civico regionale. Questo studio ci ha consentito di sviluppare una più ampia riflessione sulla declinazione locale del principio di cittadinanza e in particolare sulla dimensione della tutela e promozione dei diritti, concentrandosi sul rapporto triangolare

cittadino-Difensore civico-associazione. Il nostro studio (Raffini, Pirni, Colloca, 2014) ha rilevato una forte condivisione nel ricostruire il significato dell'*advocacy*, nonostante le diverse modalità di azione sperimentate dall'associazionismo, individuando negli immigrati, nei minori, nei detenuti, nei disabili, i principali soggetti in grado di non auto-tutelarsi e quindi posti in condizione di debolezza e di vulnerabilità economica e sociale. La diversità e la ricchezza di competenze e di approcci rappresenta un potenziale valore aggiunto che può esaltare il ruolo delle associazioni di volontariato, favorendo non solo uno scambio 'verticale' tra Difensore civico e associazioni, ma tra le stesse associazioni, nonché indirizzare il cittadino verso quei soggetti che possono offrire loro sostegno e supporto rispetto alla problematica sollevata. Emergono inoltre segnali di una rinnovata vitalità e di partecipazione sia civica sia nel mondo del volontariato e del Terzo settore, come testimoniano anche i risultati della recente indagine Istat.

Abbiamo definito il *nuovo volontariato* quello capace di esprimere le istanze della società civile e della cittadinanza attiva anche in chiave europea che spesso i partiti non sanno più esprimere. Sembrano delinearsi alleanze inedite con le istituzioni attraverso 'patti di sussidiarietà' con l'obiettivo comune di collaborare per lo sviluppo di cittadinanza attiva, partecipazione ed impegno civico; si sperimentano forme di secondo welfare e nuovi stili di vita, come forme di gestione e cura dei beni comuni. È questo il *nuovo volontariato* in grado di attrarre anche i giovani, di innovare e sperimentare, di creare nuove opportunità di sviluppo della democrazia stessa, ma anche di creare le basi per una diversa economia. Nel panorama nazionale, a livello locale abbiamo rilevato interessanti sperimentazioni di progettazione sociale in cui volontariato e Terzo settore generano nuove forme di democrazia e modelli di partecipazione diretta dal basso, una sorta di laboratori territoriali aperti in cui si individuano e si sperimentano soluzioni a vari problemi sociali, aggregando diversi attori sociali e cittadini, spesso non abituati a collaborare tra di loro. Cercare assieme la soluzione ai problemi (ambientali, di beni comuni, di gestione dei bisogni sociali ecc.) può tradursi poi in deliberazioni, decisioni condivise, che portano a ri-pensare e rinnovare. Il volontariato in tal senso può aiutare a riscoprire l'importanza della vita di comunità, valorizzando anche l'apporto e la partecipazione attiva di tutti i soggetti presenti sul territorio (istituzioni, imprese, parrocchie, fondazioni ecc.).

2.3 La 'questione di genere' nel volontariato

La partecipazione femminile nel volontariato toscano è un'altra caratteristica innovativa del *nuovo volontariato*: da un punto di vista quantitativo (in valore assoluto) prevalgono ancora i volontari maschi, soprattutto nei ruoli di responsabilità, ma a partire dalla metà degli anni '90 si osserva un incremento del-

le organizzazioni di volontariato in cui la componente femminile costituisce oltre il 50% dei volontari. Questo è il segno di un protagonismo effettivo, segnalato dal fatto che le organizzazioni femminili mostrano importanti peculiarità: un maggior dinamismo organizzativo, una maggiore disponibilità a fare rete e a stringere rapporti di collaborazione, una più spiccata tensione etico-politica (Salvini, Corchia, 2012).

Nel corso del 2011, in occasione dell'*Anno europeo del volontariato*, la Commissione europea promuove un'indagine comparativa sulle caratteristiche dell'associazionismo volontario negli Stati membri e l'Italia compare tra i paesi in cui prevale il numero di volontari maschi, assieme all'Austria, Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Ungheria, Lussemburgo, Portogallo, Slovenia e Svezia (Commissione Europea, 2011) (Trifiletti, Milani, 2014). Anche la *leadership* femminile mostra dati relativamente in crescita nel tempo (dal 29,5% nel 2001 al 33,6% nel 2006), ma si attesta ancora su valori largamente inferiori rispetto alla composizione di genere del volontariato in Italia.

2.4 *Networking e opportunità di finanziamento del volontariato e Terzo settore*

Una seconda caratteristica del modello organizzativo 'inedito' del volontariato è la maggiore disponibilità ad entrare nelle dinamiche del *welfare* territoriale mediante strategie collaborative con le istituzioni regionali. Anche le ricerche Istat confermano tale tendenza evolutiva a livello nazionale – in particolare nel Centro Italia (59,4%) rispetto alle regioni del Nord-est (40,4%) – sulla presenza di reti di cooperazione tra organizzazioni di volontariato e altre istituzioni, pubbliche o private, che operano sul medesimo territorio. Nel complesso, il 49,2% delle organizzazioni dichiara di cooperare in modo formale (intese, patti, convenzioni o altre forme di accordo scritto) con altre istituzioni.

A fronte di minori risorse pubbliche, la progettazione europea costituisce uno spazio di partecipazione molto importante per il Terzo settore, in quanto rappresenta un'opportunità sia per sperimentare nuove progettualità sia per costruire *networking* (Cervia, 2014). Questo dato diventa rilevante per individuare le dinamiche che ostacolano o favoriscono tale partecipazione al fine di promuovere nuove linee di *empowerment*.

2.5 *Le trasformazioni della 'domanda' e 'offerta' dei servizi*

La 'domanda' e l'offerta degli interventi, nonché la tipologia dei beneficiari/utenza, hanno subito una trasformazione evolutiva, che sembrano imporre alle stesse associazioni un ri-orientamento nei servizi e nella formazione dei propri volontari.

Le 'domande' si sono trasformate soprattutto dal punto di vista 'quantitativo' e 'qualitativo', ovvero non solo in senso monetario e in termini di beni e servizi di prima necessità, ma si sono intensificati i disagi legati alla questione dell'abitare, del lavoro. A ciò si aggiunge anche un certo disagio psichico, a forte valenza relazionale, quali l'isolamento sociale, la disgregazione o la fragilità delle relazioni familiari, la depressione e l'instabilità psicologica. Ciò impone alle associazioni di impegnarsi nella prevenzione, che si traduce nel «fare diversamente piuttosto che a fare di più» (Carboni, 2013).

Sul lato dell'«offerta», invece, la necessità di soddisfare i «nuovi bisogni» espressi in conseguenza del fenomeno della crisi, chiama in causa anche le competenze dei volontari e degli operatori: si pensi ad es. alle attività orientate all'ascolto, all'accoglienza, alle attività orientate a sviluppare e a tessere relazioni. Quindi offerte «personalizzate» o azioni che «accompagnano» la persona in difficoltà a fare «sistema» con le diverse risorse del territorio e con gli enti istituzionali.

2.6 Le risorse umane: i volontari

Sul lato delle risorse umane, circa un italiano su otto svolge attività gratuite a beneficio di altri o della comunità³; in Italia il numero di volontari è stimato in 6,63 milioni di persone (pari al 12,6%).

Le attività svolte dai volontari nell'ambito delle organizzazioni sono più diversificate e qualificate di quelle svolte in modo individuale. Quasi un volontario su sei si impegna in più organizzazioni (16,2%). Il 62,1% dei volontari che operano in una organizzazione svolge la propria attività perché crede «nella causa sostenuta dal gruppo»; il 49,6% di chi presta opera di volontariato dichiara di sentirsi meglio con se stesso.

Il *nuovo volontariato* sembra caratterizzarsi non solo per la crescente professionalità e per la tendenza alla specializzazione, ma anche per un graduale superamento del principio di «gratuità» a favore di un principio di «reciprocità». La prospettiva della reciprocità non si riduce ad un mero calcolo costi/benefici: sembra implicare che il volontario si sente appagato non tanto (o solo) dall'idea di «fare del bene agli altri», ma dal momento che il suo intervento ha contribuito a trasformare l'altro, il beneficiario, coinvolgendolo attivamente in uno scambio virtuoso che conduce a superare la stessa distinzione tra le due parti. Sempre di più il lavoro volontario è interpretato come parte costitutiva del proprio percorso personale e professionale. Il fatto che le nuove forme di volontariato si strutturano in relazione alle esigenze e alle istanze dei singoli soggetti, finisce in maniera evidente per ripercuotersi anche sull'essere stesso delle organizzazioni, intrecciando così la dimensione macro (la società), quella micro (i singoli volontari) e la meso (l'organizzazione di appartenenza), ed influenzandole reciprocamente (Salvini, Corchia, 2012).

Nonostante che la rilevazione Istat evidenzi un aumento dei volontari, molte delle nostre associazioni vivono la problematica del ricambio generazionale e, allo stesso tempo, soffrono di un invecchiamento costante degli stessi volontari; correlati a questi due elementi, c'è l'effetto del prolungarsi della vita lavorativa che si ripercuote sulla sostenibilità organizzativa di quei servizi che necessitano un maggiore impegno (Guidi, 2014). Le tensioni espresse dai volontari sono, quindi, il risultato di un *mix* tra dinamiche economiche (flessibilizzazione del lavoro, inasprimento delle condizioni di accesso ai servizi di cura istituzionali, contrazione della capacità di spesa), misure politiche adottate (o non adottate) per fronteggiarle, ma anche di un insieme di elementi soggettivi quali ansia e preoccupazione.

I mutamenti della 'domanda' fanno emergere un'altra questione interna alle organizzazioni, ovvero la formazione adeguata delle proprie risorse umane, tale da essere in grado di gestire lo *stress* del contatto con la persona sofferente, a fronte talvolta dell'impossibilità di risolvere molte situazioni, ma anche con le nuove rigidità e le nuove richieste dei cittadini. Per essere efficace, l'operato del volontario necessita non solo di maggiori competenze ma anche di un loro coinvolgimento dal punto di vista materiale, cognitivo e valoriale.

D'altro canto, per innescare percorsi innovativi, come dimostrano anche le molteplici analisi svolte su queste tematiche, occorre che il capitale umano rappresenti uno dei punti di forza strategici della organizzazione stessa.

3. *Le sfide future e conclusioni*

Le trasformazioni che il volontariato ha conosciuto in questi anni ruotano principalmente su due aspetti in cui si interseca il dibattito generale alla luce della Riforma del Terzo settore: (a) la dimensione relazionale con il cittadino/utente; (b) l'evoluzione del significato di solidarietà, da correlarsi alla gestione di una nuova professionalità e spirito manageriale: il volontariato come impresa (Salvini, Corchia, 2012).

Alcune associazioni di volontariato sembrano prestare particolare interesse all'imprenditoria sociale, anche in relazione all'importanza attribuita dall'UE a questa tipologia di fare impresa, pur evidenziando la necessità che a livello europeo si percepisca e recepisca la distinzione originaria fra impresa sociale e responsabilità sociale d'impresa (Solito, Materassi, 2012). Nonostante che non ci sia un costante dialogo con le imprese per una progettualità comune di lungo periodo, il volontariato sembra molto attento ai c.d. *incubatori di start up*, finalizzati a valorizzare e accompagnare le piccole associazioni che hanno idee innovative (Iris – Idee e reti per l'impresa sociale, 2014).

L'annuncio delle *Linee guida di riforma del Terzo settore*⁴ presentate in maggio dal Governo ha contribuito ulteriormente ad avviare un periodo di confronto

e ampio dibattito a livello nazionale e toscano all'interno del Terzo settore con il mondo della politica.

Tre sembrano essere le tendenze (Caselli, 2014) a cui il volontariato guarda come sfida per una sua evoluzione. Innanzitutto, *un nuovo rapporto con le istituzioni* per rinnovare il proprio ruolo nella fase programmatoria e decisionale, con l'intento di dar vita ad un *welfare* di partecipazione civica, che valorizzi la sussidiarietà verticale ed orizzontale (ad esempio, 'amministrazione condivisa', patti di sussidiarietà, regolazione per la 'rigenerazione dei beni comuni urbani', forme di welfare rigenerativo, di investimento sociale). In questo contesto il volontariato ed il Terzo settore si assumono la responsabilità di farsi portatori/costruttori di beni/interessi 'generali' in un processo partecipativo. Seconda tendenza è quella di *sviluppare cittadinanza, fare rete e comunità, nei territori e all'interno dello stesso Terzo settore*. Un'esigenza più volte espressa dalle associazioni è quella di 'fare rete' con le diverse realtà del territorio e con gli enti istituzionali: una strategia che coinvolge non solo soggetti appartenenti al volontariato e al Terzo settore, ma anche la collaborazione con le imprese e con gli enti pubblici.

Infine, *sviluppare la funzione educativa e formativa, culturale ed etica del volontariato* quale proposta per uscire dalla crisi economica: una crisi – che per molti – è, soprattutto, sociale e culturale, poi economico-finanziaria.

Note

- ¹ Il presente paper si avvale delle ricerche promosse da Cesvot – Centro Servizi di Volontariato Toscana. Il Cesvot promuove studi sul trend evolutivo inerente il Terzo settore, con particolare riferimento al volontariato e in generale a quella parte della società civile organizzata che opera in un contesto economico, sociale e politico. Cesvot fa parte del Coordinamento Nazionale dei Centri di Servizio e la sua *mission* è quella di ‘sostenere e qualificare’ l’attività delle organizzazioni di volontariato. Per ulteriori informazioni consultare il sito <<http://www.cesvot.it>> (10/2016).
- ² Banca dati Cesvot.
- ³ Report Istat 2013.
- ⁴ Per maggiori informazioni, consultare *Non profit paper n. 3/2014* dedicato alla riforma del Terzo settore.

Riferimenti bibliografici

- Caselli R. (a cura di) 2014, *Volontariato e politica: verso una nuova alleanza?*, Cesvot, “I Quaderni”, 70, Firenze.
- Cervia S. 2014, *Il volontariato toscano e i finanziamenti comunitari. Mappatura dei progetti e percorsi di empowerment*, ebook Cesvot, Firenze, <<http://www.cesvot.it>> (10/2016).
- Cesvot 2014, *Social Business Iniziative. Idee, iniziative, proposte di percorso*, a cura di Iris – Idee e reti per l’impresa sociale, <<http://www.cesvot.it/>> (10/2016).
- Guidi R. (a cura di) 2014, *Giovani al potere*, Cesvot, “I Quaderni”, 67, Firenze.
- Istat 2003, *Le organizzazioni di volontariato in Italia*.
- Raffini L., Pirni A, Colloca C. 2014, *Volontariato e advocacy in Toscana*, Cesvot, “I Quaderni”, 68, Firenze.
- Salvini A. 2012, *Volontariato come interazione. Come cambia la solidarietà organizzata in Italia*, Pisa University Press, Pisa.
- Salvini A., Corchia L. (a cura di) 2012, *Il volontariato inatteso*, Cesvot, “I Quaderni”, 60, Firenze.
- Salvini A., Gambini E. 2015, *Fare rete. 15 linee guida per sperimentare la rete tra organizzazioni di volontariato*, ebook Cesvot, Firenze, in <<http://www.cesvot.it>> (10/2016).
- Salvini A., Psaroudakis I. 2015, *Oltre la crisi. Identità e bisogni del volontariato in Toscana*, Cesvot, “I Quaderni”, 73, Firenze.
- Solito L., Materassi L. (a cura di) 2012, *Una relazione responsabile. Associazioni e imprese per la comunicazione sociale*, in <<http://www.cesvot.it>> (10/2016).
- Trifiletti R., Milani S. 2014, *Siamo arrivate da strade diverse. I percorsi della partecipazione femminile nel volontariato toscano*, ebook Cesvot, Firenze, in <<http://www.cesvot.it>> (10/2016).

PARTE SECONDA
NUOVI DIRITTI VERSO L'AMMINISTRAZIONE

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ COME COMPONENTE DELLA CITTADINANZA AMMINISTRATIVA

Alessandra Albanese

SOMMARIO – 1. Il principio di proporzionalità: il contesto in cui nasce e si sviluppa e i suoi elementi costitutivi. 2. Proporzionalità e ragionevolezza. 3. Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza amministrativa. 4. Il ruolo delle norme costituzionali e l'incidenza della legge 241/90 nella (sia pur tardiva) emersione del principio di proporzionalità. 5. Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte EDU. 6. Considerazioni conclusive.

1. Il principio di proporzionalità: il contesto in cui nasce e si sviluppa e i suoi elementi costitutivi

Il principio di proporzionalità è stato oggetto negli ultimi quindici anni di molteplici, specifiche monografie, oltre che di trattazione nell'ambito degli studi relativi alla discrezionalità, all'eccesso di potere, ai principi generali dell'azione amministrativa e in particolare al principio di ragionevolezza, al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, al rapporto fra legittimità e merito.

Molti degli scritti presi in considerazione hanno contribuito non soltanto all'analisi e alla ridefinizione dell'essenza e della consistenza del principio di proporzionalità, ma anche alla ricostruzione della sua origine e del suo processo di emersione ed affermazione nel nostro ordinamento.

In relazione all'ultimo profilo richiamato, si può osservare come non vi sia un orientamento univoco fra gli studiosi che hanno analizzato l'origine del principio di proporzionalità e la sua presenza nel nostro diritto amministrativo.

Fra gli Autori che hanno affrontato il tema, si può schematicamente distinguere:

- a) chi ritiene (Fantigrossi, 2008; Fanti, 2012) che il principio nella sua essenza sia stato enunciato in modo consapevole già dalla nostra dottrina amministrativistica fra la metà dell'Ottocento e l'inizio del Novecento (in particolare da Romagnosi, 1814 e poi da Vitta, 1937) e sia rimasto a lungo quiescente nella seconda metà del Novecento, per riemergere in modo esplicito soltanto a partire dagli anni '70, dopo il suo accoglimento nel diritto comunitario;
- b) chi pensa invece (Sandulli, 1998) che esso sia stato solo implicitamente (quindi non troppo consapevolmente) presente nel nostro ordinamento fin dagli inizi del Novecento e se ne possano rinvenire più evidentemente i prodromi a partire dagli anni '70, sebbene essi continuino a restare ancora espressi in

- modo ‘mascherato’, in quanto immanenti nelle riflessioni teoriche sul potere discrezionale (in particolare sulla necessità della sua ragionevolezza) e in alcune figure sintomatiche dell’eccesso di potere (in specie l’ingiustizia manifesta) elaborate dalla giurisprudenza;
- c) chi ritiene, per contro, (Galetta, 1998) che le tracce del principio di proporzionalità che si possono rinvenire nella dottrina e nella giurisprudenza italiane antecedenti agli anni ’90 del Novecento siano molto larvate e, soprattutto, ancora molto lontane quanto alla loro formulazione da ciò che oggi si deve intendere con riferimento al principio stesso, alla luce del diritto comunitario: fino agli anni ’90 del Novecento, infatti, non vi è stato alcun accenno alla struttura ‘trifasica’ (e conseguentemente alla procedimentalizzazione della sua applicazione) che, come si vedrà in seguito, il principio aveva assunto già a quel tempo nel diritto tedesco e che tuttora lo caratterizza anche nell’ordinamento UE, che dal primo lo ha mutuato.

Tutte le ricostruzioni prospettate evidenziano tuttavia, pur se con accenti diversi, la difficoltà e la lentezza del diritto amministrativo italiano nell’appropriarsi compiutamente del principio di proporzionalità e nell’applicarlo secondo la struttura logica che esso aveva già acquisito in altri ordinamenti. Vi è inoltre accordo anche sulla innegabile rilevanza del diritto comunitario ai fini del suo inserimento fra i principi propri dell’azione amministrativa.

Ancorché la riflessione che si svolge in questa sede tragga occasione dalla celebrazione del centocinquantesimo delle leggi di unificazione amministrativa, non sembra di particolare interesse ai fini della nostra ricerca approfondire ulteriormente e in modo puntuale l’analisi storica relativa all’origine del concetto.

Cionondimeno, se si prende come punto di riferimento per un confronto con la situazione attuale il 1865, non si può non rilevare come al momento della emanazione delle leggi di unificazione amministrativa il principio di proporzionalità nel nostro ordinamento certamente non fosse presente in quanto tale (vale a dire come principio espresso e dotato di una propria autonoma valenza teorica). Il noto accenno all’essenza più profonda del principio stesso (ancorché non alla sua denominazione) contenuto nei *Principi* di Romagnosi del 1814 – secondo il quale il potere pubblico quando agisce deve sacrificare il minimo indispensabile i diritti privati su cui va ad incidere – costituisce solo uno dei prodromi che probabilmente, insieme ad altri sporadici e successivi apporti teorici che a tale principio hanno fatto riferimento (Spagnuolo Vigorita, 1958 e 1961, in modo specifico sulla proporzionalità dei limiti che possono essere apposti al diritto di proprietà), hanno creato un *humus* favorevole alla sua successiva recezione e diffusione nel nostro ordinamento.

Neppure al momento del centenario delle leggi di unificazione, nel 1965, si può dire che vi fosse una chiara affermazione (né tanto meno una netta consapevolezza)

della rilevanza di tale principio, anche se da un punto di vista sostanziale alcuni dei suoi elementi (in particolare la necessità di valutare l'entità dell'incidenza dell'esercizio del potere sulla sfera giuridica dei suoi destinatari) erano già presenti in alcune delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere elaborate dal giudice amministrativo.

È importante tuttavia evidenziare che, anche dopo l'inserimento più esplicito del criterio della proporzionalità fra i principi che reggono l'azione amministrativa, esso è stato per molto tempo presente nella giurisprudenza amministrativa soltanto quale mera enunciazione. Fino a tempi molto più recenti, infatti, il giudice amministrativo ha prestato scarsa attenzione alla dimensione procedimentale dell'applicazione del principio di proporzionalità nei giudizi sulla conformità ai canoni della legalità dell'agire delle p.a. Soltanto dagli inizi del secolo in corso (e molto incostantemente, come vedremo tra breve) i giudici amministrativi italiani hanno fatto propria l'articolazione 'trifasica' del principio di proporzionalità, elaborata dalla dottrina tedesca fin dall'inizio del novecento ed applicata dalla giurisprudenza in quel paese già dalla metà dello stesso secolo.

Dall'ordinamento tedesco il principio, come è noto, è penetrato nel diritto europeo (innanzitutto nel Trattato di Maastricht e successivamente nel Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità¹) ed ha svolto un ruolo significativo nelle pronunce della Corte di Giustizia UE.

Anche il giudice europeo (come già le corti tedesche) ha applicato il principio stesso secondo una sequenza procedimentalizzata, articolata in tre passaggi successivi, valutando innanzitutto l'effettiva congruità dell'intervento pubblico rispetto al fine che deve perseguire, verificando inoltre l'inesistenza di soluzioni meno gravose di quella adottata nell'esercizio del potere pubblico, nonché infine misurando l'"accettabilità" delle limitazioni che esso comporta alla sfera giuridica dei destinatari.

I tre 'gradini' del percorso, elaborato dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco ed applicati successivamente dalla CGUE², che portano a stabilire se una decisione è proporzionata al fine che deve raggiungere, impongono pertanto al giudice di esaminare:

- a) la sua idoneità a raggiungere lo scopo, intesa come rapporto fra mezzo utilizzato e fine da raggiungere;
- b) la sua necessità, intesa come inesistenza di alternative più miti per raggiungere il medesimo risultato;
- c) la sua adeguatezza o proporzionalità in senso stretto, intesa come tollerabilità da parte del destinatario dell'intervento posto in essere dalla p.a.

L'articolazione descritta del principio di proporzionalità è ormai presente anche negli schemi concettuali utilizzati dalla nostra giurisprudenza amministrativa, che, tuttavia, vi ricorre in modo non del tutto univoco, né costante.

Quanto all'ambito di applicazione del principio su cui si sta riflettendo, occorre precisare che esso ha sempre riguardato tanto la proporzionalità degli interventi normativi, quanto quella dei provvedimenti amministrativi, con tutte le conseguenze – teoriche e pratiche – connesse alla diversa consistenza della valutazione relativa all'esercizio della funzione normativa e di quella che ha ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo.

La giurisprudenza europea si è concentrata prevalentemente sulla proporzionalità degli interventi normativi degli organi europei e solo successivamente anche sulla compatibilità con tale principio delle norme degli Stati membri che prevedono deroghe all'applicazione diritto europeo³; solo più marginalmente il giudice europeo si è trovato ad esaminare interventi di tipo amministrativo. Inoltre, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia l'applicazione del principio di proporzionalità sembra essere stata meno penetrante nei casi in cui essa ha giudicato su atti normativi (o atti amministrativi) emanati dalle Istituzioni europee, rispetto ai casi in cui oggetto di giudizio erano norme o atti amministrativi degli Stati membri (Villamena, 2008: 24).

Così come avviene nell'ordinamento dell'Unione europea (e in quello tedesco), anche nel nostro ordinamento il principio di proporzionalità è applicato in entrambi gli ambiti indicati. La proporzionalità costituisce inoltre frequentemente anche uno dei parametri utilizzati dalla nostra Corte costituzionale nel giudizio di legittimità delle leggi (Cartabia, 2013).

Tuttavia l'analisi che si intende svolgere in questa sede è finalizzata specificamente a verificare se, ed eventualmente come, l'applicazione del principio di proporzionalità – quale criterio dell'esercizio del potere amministrativo e quale parametro di giudizio sull'attività delle pubbliche amministrazioni – consenta di offrire maggiore tutela ai destinatari dell'azione amministrativa. Il nostro obiettivo – nell'ambito del più ampio contesto della ricerca sullo 'stato dell'amministrazione pubblica' a centocinquanta anni dall'emanazione delle leggi di unificazione amministrativa – è, in definitiva, comprendere se e come tale principio concorra a delineare l'ambito della cittadinanza amministrativa e ad arricchirlo di nuovi, significativi contenuti. A tale fine, l'applicazione del principio stesso in sede di valutazione della legittimità degli atti normativi non sembra assumere una rilevanza diretta e pertanto non costituirà oggetto di uno specifico approfondimento.

2. Proporzionalità e ragionevolezza

È acquisizione condivisa negli studi sul tema che nel nostro ordinamento la proporzionalità, ove applicata come parametro di giudizio della legittimità dell'azione amministrativa, sia stata spesso assimilata alla ragionevolezza, se

non inglobata in essa, in quanto collegata strettamente all'eccesso di potere e alle sue manifestazioni.

La violazione del criterio di proporzionalità dell'agire amministrativo è stata pertanto ricondotta prevalentemente a manifestazioni quali l'illogicità, la contraddittorietà della motivazione del provvedimento, la sua insufficienza o ricollegata ad altre figure sintomatiche dell'eccesso di potere particolarmente connesse alla verifica della logicità e ragionevolezza dell'esercizio del potere discrezionale.

Se è innegabile che vi sia una forte contiguità fra i due principi, tuttavia, come è stato ampiamente evidenziato da molti degli Autori precedentemente ricordati (Sandulli, 1998: 315; Galetta, 1998: 171-172; Fanti, 2012: 118; Parisio, 2006: 3), il parametro della ragionevolezza si presenta, ai fini della valutazione della legittimità dell'azione amministrativa, come un criterio dai tratti più generici rispetto alla proporzionalità. Quest'ultima, infatti, contiene una specifica valenza 'quantitativa', la cui applicazione porta necessariamente a spostare l'accento anche sulla verifica dell'intensità dell'esercizio del potere amministrativo e consente di andare oltre l'aspetto della sua congruenza al fine.

La frequente assimilazione dei due principi, anche da parte della Corte Costituzionale (Cartabia, 2013), e il mancato riconoscimento da parte della giurisprudenza amministrativa dell'autonomia concettuale della valutazione della proporzionalità rispetto a quella della ragionevolezza hanno favorito la scarsa attenzione da parte del giudice amministrativo alla dimensione procedurale che caratterizza la verifica di congruenza dell'azione amministrativa condotta in chiave di proporzionalità, secondo la sua strutturazione trifasica. Conseguentemente è risultata a lungo quasi del tutto assente proprio la dimensione quantitativa del sindacato sull'impatto dell'esercizio del potere sui suoi destinatari, valutazione resa possibile in particolar modo dall'applicazione dei criteri della necessità e della adeguatezza del contenuto del provvedimento impugnato.

È agevole comprendere infatti come, nella struttura a tre gradini del giudizio sulla proporzionalità, il primo di essi – la valutazione sull'idoneità dell'esercizio del potere a raggiungere il fine cui esso è preordinato – costituisca il parametro più contiguo al criterio della ragionevolezza, poiché serve a verificare la congruenza dell'intervento posto in essere dall'amministrazione rispetto all'interesse pubblico indicato dalla norma attributiva del potere. Non è un caso, quindi, che la valutazione sull'idoneità della decisione assunta dalla p.a. si ponga come punto di partenza nella sequenza di cui si compone la procedura trifasica del giudizio di proporzionalità.

In definitiva, si può concludere che l'assimilazione della proporzionalità alla ragionevolezza riduce l'applicazione del principio alla sola fase iniziale del processo trifasico che lo contraddistingue, ridimensionandone la portata e lasciando quindi inesplorate le sue più ampie potenzialità di tutela: basti pensare alla

differente portata che può assumere l'effetto conformativo di una decisione giurisdizionale basata sul mero criterio della logicità di un atto, rispetto a quella – assai più stringente – che può derivare da una statuizione sulla sua necessità (vale a dire sull'esistenza di alternative meno incisive sulla sfera giuridica del destinatario: Parisio, 2006: 3).

Inoltre, il mancato riconoscimento dell'autonomia concettuale del principio e la mancata applicazione del percorso trifasico della valutazione sulla proporzionalità mettono in ombra anche un'altra peculiare valenza che in esso è sempre presente (che non lo è invece necessariamente nel principio di ragionevolezza), vale a dire la sua relazionalità (Fanti 2012: 145; Cognetti, 2011: 12). È interessante notare, peraltro, come in tedesco il termine utilizzato per indicare la proporzionalità, *Verhältnismäßigkeit*, contenga la radice della parola rapporto, relazione (*Verhältnis*). Il giudizio sulla proporzionalità è infatti il frutto della valutazione del rapporto fra termini diversi, non è il mero svolgimento del processo logico che porta ad assumere una decisione.

L'analisi della necessità e della adeguatezza dell'esercizio del potere consentono/impongono all'amministrazione di prendere in considerazione in modo specifico (spesso attraverso un confronto dialettico) gli interessi secondari coinvolti nella decisione da assumere. È proprio una siffatta valutazione ad aprire la strada alla possibilità che tali interessi ottengano una tutela più incisiva, sia nel procedimento amministrativo sia, successivamente, da parte del giudice.

Sebbene, come si è già accennato, da più di un decennio la proporzionalità sia entrata a far parte dei principi generali del nostro ordinamento, richiamati dalla giurisprudenza⁴, è possibile affermare con certezza che ancora oggi in molte pronunce del giudice amministrativo ragionevolezza e proporzionalità siano utilizzati come concetti indistinti o in gran parte sovrapponibili.

L'analisi della giurisprudenza più recente, tuttavia, mostra come l'applicazione del principio da parte del giudice amministrativo sia in evoluzione. Accanto alle molte pronunce che ancora si limitano ad evocare genericamente il principio, elencandolo insieme agli altri parametri cui deve essere improntata l'azione amministrativa, si sono fatte più frequenti e meno sporadiche le sentenze che applicano puntualmente la 'tecnica dei tre gradini', esaminando la fattispecie oggetto di giudizio sia dal punto di vista della sua idoneità, che della sua necessità ed adeguatezza⁵.

Inoltre spesso il principio di proporzionalità viene considerato nelle decisioni dei Tar e del Consiglio di Stato quale principio autonomo rispetto a quello di ragionevolezza⁶: in alcuni casi il giudice lo considera principio cogente in ragione della diretta rilevanza del diritto dell'UE nel nostro ordinamento⁷; in altri egli assume che la sua operatività nel nostro ordinamento sia una necessaria conseguenza del rinvio esplicito ai principi del diritto comunitario, quali cri-

teri da cui deve essere retta l'azione amministrativa, contenuto nell'art. 1 della legge 241/1990⁸.

Occorre infine evidenziare come la giurisprudenza amministrativa faccia riferimento frequentemente ai principi 'di proporzionalità e di adeguatezza' richiamandoli in modo congiunto, ma distinto. In tal modo i giudici attribuiscono al secondo principio una propria specifica identità e sembrano non considerarlo una componente del primo, cioè una fase del percorso che porta ad un giudizio compiuto della proporzionalità dell'esercizio del potere⁹.

Il tratto specifico della valutazione relativa alla proporzionalità, che emerge dall'applicazione prevalente di tale principio da parte della giurisprudenza amministrativa, risulta essere quindi soprattutto quello della necessità della decisione assunta: non di rado infatti i giudici si soffermano puntualmente a verificare se, nella fattispecie oggetto del giudizio, vi fosse la possibilità di adottare misure (altrettanto idonee rispetto a quella prescelta, ma) meno invasive¹⁰. L'applicazione di tale parametro porta sovente il giudice anche a prospettare una possibile soluzione più mite, che avrebbe potuto/dovuto essere adottata. La valutazione circa l'adeguatezza, invece, porta il giudice a mettere direttamente a confronto l'interesse pubblico e quello del singolo; pertanto si presenta come attività specificamente volta a verificare in modo più immediato se sia stato oltrepassato il punto di equilibrio fra l'incisività del potere esercitato e gli interessi dei destinatari dell'intervento¹¹.

È dunque chiaro che le ultime due fasi del procedimento di applicazione del principio di proporzionalità fanno sì che esso possa dispiegare pienamente le proprie potenzialità, ai fini della verifica della congruenza dell'esercizio del potere amministrativo, e possa in tal modo fornire una tutela significativa agli interessi secondari su cui questo incide.

Appare però altrettanto evidente dall'esame della giurisprudenza analizzata come le verifiche relative alla necessità e all'adeguatezza dell'intervento, proprio perché attingono in modo più diretto al processo di ponderazione e di contemperamento degli interessi in gioco, portino il giudice su un terreno che lo avvicina molto ai confini della sfera delle valutazioni discrezionali, riservate alle amministrazioni pubbliche.

Per tale ragione, le valutazioni sulla necessità e adeguatezza dell'esercizio del potere amministrativo sono state spesso ricollegate, in dottrina, alla garanzia di esigenze di giustizia sostanziale (Sandulli, 1998: 319-320, che tuttavia saldamente ancora l'operatività del principio alla legittimità e non al merito, sul presupposto che esso consente di giudicare sulla 'misura' dell'esercizio del potere amministrativo e non è volto a valutare i costi ed i vantaggi che quest'ultimo produce); oppure alla necessità che sia assicurata l'equità dell'azione dei soggetti pubblici, ritenuta intrinsecamente connessa al principio di proporzionalità

(Fanti, 2012: 241 e 249, che considera l'equità come il concetto che consente di individuare l'assetto più giusto degli interessi rilevanti in una specifica fattispecie e ritiene inoltre che la proporzionalità sia un parametro cardine dell'equità).

Le potenzialità offerte dalle modalità di applicazione del principio di proporzionalità secondo la sua struttura trifasica mettono dunque in evidenza come esso si collochi su un crinale estremamente delicato, al confine fra discrezionalità e merito (Fanti, 2012: 241, dedica infatti un paragrafo all'equità amministrativa fra legittimità e merito, e sembra non escludere che l'applicazione del principio di proporzionalità in determinati contesti possa dare luogo ad un vero e proprio giudizio nel merito, e 298). Esse chiamano in causa in definitiva la concezione di legittimità dell'esercizio del potere amministrativo che si ritiene debba essere sottesa anche all'operare del principio in esame, che ne condiziona l'ampiezza e il contenuto.

Gli orientamenti assunti su tale ultima questione, conseguentemente, risultano determinanti anche ai fini della definizione del ruolo svolto dal giudice amministrativo nella applicazione del principio di proporzionalità e quindi dell'ampiezza del suo sindacato (Marzuoli, 1999: 309).

Proprio la difficoltà di tracciare in modo sicuro la linea di demarcazione fra sindacato di legittimità e valutazioni di merito nell'applicazione trifasica del principio di proporzionalità suggerisce una possibile spiegazione della cautela con cui nel nostro ordinamento è stato recepito il principio stesso; presumibilmente essa è anche alla base della sua frequente, più 'comoda', riconduzione da parte della giurisprudenza amministrativa entro i confini del giudizio (estrinseco) sulla ragionevolezza dell'esercizio del potere.

La prospettiva in cui si svolge la riflessione che si sta qui conducendo porta ad interrogarsi anche su quale impatto potrebbe avere sul sistema di garanzie delle posizioni soggettive di cui si compone la 'cittadinanza amministrativa' un eventuale sconfinamento dell'applicazione del principio di proporzionalità nell'ambito del merito.

Anche a prescindere dalle implicazioni di tipo sistematico che una siffatta ipotesi comporterebbe (ad esempio in relazione al principio di separazione dei poteri: Galetta, 1998: 248), essa impone in ogni caso di domandarsi se il riconoscimento di un ampio spazio valutativo nell'applicazione del principio in sede giurisdizionale non possa condurre a mettere in dubbio l'ancoraggio a parametri certi e obiettivi del giudizio stesso, rendendo così più incerta proprio la valenza di tutela degli interessi secondari, che contraddistingue in modo peculiare il principio di proporzionalità e ne costituisce la dimensione più utile.

Tali aspetti tuttavia, per la loro complessità e per le loro implicazioni, comporterebbero la trattazione di temi di teoria generale che richiederebbero ampiezza ed obiettivi diversi da quelli propri dello studio che si sta conducendo, per cui non è possibile per ora dedicare ad essi più di qualche accenno.

3. *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza amministrativa*

Come si è già anticipato, anche l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa mostra chiaramente quanto sia stato importante il ruolo svolto dal diritto comunitario (poi europeo) per l'affermazione e lo sviluppo del principio di proporzionalità nel nostro ordinamento. L'influenza esercitata dalla positivizzazione del principio nel Trattato di Maastricht e la sua sempre più convinta applicazione da parte della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE sono state certamente rafforzate anche dal c.d. effetto di *spill over*, vale a dire dall'osmosi fra i principi di ordinamenti diversi, veicolati attraverso quello europeo.

L'applicazione del principio da parte della giurisprudenza amministrativa italiana, tuttavia, non risulta confinata alle sole materie in cui in cui è più forte l'egemonia del diritto europeo (quali ad esempio le gare di appalto, l'ambiente), ma riguarda anche in modo significativo settori che sono del tutto estranei alla sua sfera di competenza. Ciò è evidentemente coerente con la valenza di principio generale dell'ordinamento riconosciuta alla proporzionalità, che la porta a permeare di sé potenzialmente ogni ambito dell'agire amministrativo.

Il ruolo fondamentale di tale principio, in particolare, è stato riconosciuto dalla giurisprudenza in relazione all'attività amministrativa che incide sfavorevolmente nei confronti dei suoi destinatari. La proporzionalità assume, in altri termini, il ruolo di principio che «investe lo stesso fondamento dei provvedimenti limitativi delle sfere giuridiche dei cittadini»¹². Non si deve peraltro ignorare che il principio può dispiegare effetti anche in relazione alla tutela di interessi pretensivi e quindi a fronte di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei destinatari (Cognetti, 2011: 231).

Gli ambiti in cui trova applicazione giurisprudenziale il principio di proporzionalità sono oggi pertanto molto vari: accanto a decisioni che riguardano i settori di più immediato rilievo per la disciplina europea, vi sono anche molte pronunce che declinano il principio in relazione alle limitazioni alla proprietà, ai vincoli posti ai beni culturali, alle sanzioni amministrative, alle misure di ordine pubblico (e ai provvedimenti di necessità e urgenza in tale ambito), all'ammissione ai concorsi pubblici, ai contributi economici richiesti per interventi di assistenza sociale. Come è stato rilevato (Cudia, 2008: 306), alle diverse materie in cui viene fatta applicazione del principio di proporzionalità corrispondono anche differenze quanto al grado di penetrazione del controllo giurisdizionale svolto attraverso l'impiego del principio stesso, per cui i suoi canoni di attuazione sono difficilmente riconducibili ad un modello unitario.

Si può peraltro osservare come nella materia delle limitazioni al diritto di proprietà la nostra dottrina e giurisprudenza già dalla metà del Novecento face-

vano uso di criteri di tipo sostanzialmente proporzionale nella valutazione della legittimità dei poteri autoritativi dell'amministrazione pubblica.

Inoltre, fra le materie in cui il principio di proporzionalità trovava applicazione già prima del suo più esteso accoglimento quale principio generale dell'agire amministrativo vi sono quelle relative alle sanzioni amministrative e alle sanzioni disciplinari nei confronti dei pubblici dipendenti. Nei giudizi sull'esercizio del potere sanzionatorio la giurisprudenza amministrativa ha infatti da sempre mostrato di tener conto in modo specifico del rapporto fra gravità dell'infrazione commessa e misura della sanzione comminata, applicando il criterio della proporzionalità quale parametro della legittimità della sanzione, in quanto criterio già consolidato nel diritto penale, da cui la disciplina della potestà sanzionatoria mutua i principi fondamentali. È tuttavia interessante osservare come anche in materia di sanzioni amministrative la terminologia e lo schema logico dell'applicazione del principio in esame siano mutati e si siano arricchiti, grazie alle nuove valenze che esso ha assunto nella configurazione che le è propria nel diritto europeo: emblematica una pronuncia in cui il giudice amministrativo afferma che, proprio nell'esercizio del potere sanzionatorio, il rispetto del principio di proporzionalità impone all'amministrazione di svolgere un giudizio guidato dai tre criteri della idoneità, necessità ed adeguatezza, dichiarando che «è legittimo l'esercizio del potere, pur idoneo e necessario, solo se rispecchia una ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi»¹³.

4. Il ruolo delle norme costituzionali e l'incidenza della legge 241/90 nella (sia pur tardiva) emersione del principio di proporzionalità

Come si è già evidenziato, il principio di proporzionalità ha origine prevalentemente giurisprudenziale ed è solo limitatamente e da tempi molto più recenti presente nei nostri testi normativi nazionali (lo è soprattutto in materia ambientale: sul rapporto fra principio di precauzione e principio di proporzionalità in tale ambito, Cognetti, 2011: 73).

L'analisi della giurisprudenza che ha fatto specifico riferimento al principio di proporzionalità, riconoscendogli una funzione autonoma e una portata più articolata rispetto a quello di ragionevolezza/logicità, può essere utile anche per provare a fornire qualche risposta in merito all'incidenza dell'emanazione e dell'attuazione della Costituzione sulla emersione del principio stesso, quale canone di valutazione della correttezza dell'esercizio del potere discrezionale.

L'ampiezza dell'arco di tempo che è stato necessario per portare alla luce e per consolidare l'applicazione del principio di proporzionalità nel nostro ordinamento, nonché la lunga assenza di riferimenti nei testi normativi nazionali

portano di primo acchito a far ritenere che la Carta costituzionale abbia influito molto poco in via diretta sulla sua definizione. Tuttavia il rapporto, cui si è già fatto cenno, che lega la proporzionalità all'eccesso di potere porta ad inserire la riflessione su tale principio nel quadro del processo di complessivo e profondo cambiamento che, dopo la Costituzione, ha investito la nozione di legalità dell'azione amministrativa (Sandulli, 1998: 190).

Per comprendere quale sia stata l'effettiva incidenza delle norme costituzionali occorrerebbe chiedersi quanto il progressivo superamento di una nozione meramente formale di legalità, fondato sulla sua rilettura alla luce degli artt. 97, 3 e 113 Cost., abbia favorito l'affermazione del principio di proporzionalità (o ne abbia comunque facilitato la recezione, pur se per il tramite dell'influenza del diritto comunitario), nonché quanto esso sia stato determinante per la definizione del suo contenuto e dell'ampiezza della sua applicazione.

Il tema dell'evoluzione e della trasformazione del principio di legalità è evidentemente centrale per il diritto amministrativo, nonché di estrema complessità per la molteplicità delle sue implicazioni, per cui, come si è già avuto modo di anticipare, non è possibile affrontarlo compiutamente, in questa sede.

In relazione alla domanda che ci si è posti può essere, per contro, agevole affermare che la riforma del titolo V parte II Cost. ha inciso in modo diretto sulla recezione del principio di proporzionalità, almeno nelle forme in cui esso è stato sistematizzato dalla Corte di Giustizia UE, poiché l'art. 117 riformato ha costituzionalizzato il vincolo del rispetto dei principi del diritto comunitario da parte del nostro ordinamento.

In questa stessa prospettiva, un ruolo significativo deve essere certamente riconosciuto anche all'art. 1 della 241/1990, come modificato dalla legge 15/2005, che pure non menziona espressamente tale principio, ma richiama «i principi dell'ordinamento comunitario» fra quelli che reggono l'azione amministrativa.

Si è già evidenziato precedentemente come, in alcune sentenze del giudice amministrativo, proprio tale norma sia stata posta concretamente a fondamento della recezione del principio di proporzionalità nel nostro ordinamento.

L'introduzione dei principi del diritto comunitario – e fra questi implicitamente anche del principio di proporzionalità – nella norma di apertura della legge 241 sembra suggerire inoltre un collegamento fra tale disposizione e i diritti procedurali che la stessa legge sancisce e disciplina.

Tale legame porta innanzitutto a sottolineare l'importanza del parametro della proporzionalità nel corso dell'esercizio del potere, riequilibrando l'idea di una sua rilevanza quasi esclusivamente giurisdizionale, e consente di delineare in modo più stringente la relazione che lega tale principio e il procedimento amministrativo. Il criterio della proporzionalità, infatti, è volto a far emergere il peso degli interessi secondari e a calibrare l'esercizio del potere ammi-

nistrativo in modo che essi siano tenuti nella debita considerazione e ‘adeguamente’ rispettati; il procedimento amministrativo è proprio il luogo in cui avviene (in cui deve avvenire) l’emersione e la ponderazione di tali interessi (Villamena, 2012: 106 sgg).

Il rispetto (sostanziale oltre che formale) delle regole che disciplinano i modi di assunzione delle decisioni da parte delle amministrazioni pubbliche non acquisisce in tal modo valore solo in quanto esse definiscono le ‘forme’ che l’esercizio del potere deve assumere, prevedendo e regolando i diritti procedurali dei destinatari del potere stesso: esso diviene rilevante soprattutto in quanto tali regole si riempiono anche di contenuto sostanziale, poiché individuano le fasi e le modalità attraverso le quali si costruisce e prende corpo l’esercizio di un potere ‘proporzionato’ al fine che la legge indica all’amministrazione che agisce.

Tale prospettiva, inoltre, non si presenta priva di conseguenze sul piano dell’applicazione del principio di proporzionalità anche in ambito giurisdizionale, poiché può fornire al giudice un ancoraggio normativo più saldo a parametri di legittimità stringenti, soprattutto nello svolgimento del giudizio sulla necessità della misura adottata dall’amministrazione pubblica nell’esercizio del potere.

La decisione del giudice può trovare infatti fondamento nella verifica circa l’avvenuta valutazione da parte della p.a. di alternative alla soluzione prescelta, alternative emerse (o non emerse per negligenza) in fase di istruttoria; così come può basarsi sull’esame della motivazione del provvedimento, condotto non solo alla stregua della sua logicità, ma anche della sua idoneità a dar conto (in termini quantitativi, oltre che qualitativi) di un’adeguata valutazione delle osservazioni presentate dal privato. Anche la violazione del principio di aggravamento del procedimento o del dovere di collaborazione fra amministrazioni pubbliche possono in questo quadro costituire indici della violazione del principio di proporzionalità (Mazzamuto, 1993: 1739).

Ancorando l’applicazione in sede giurisdizionale del principio di proporzionalità alle regole del procedimento e ai diritti che esse intestano agli amministratori, il processo si configurerà in modo più sicuro quale luogo in cui la valutazione della necessità e dell’adeguatezza dell’intervento amministrativo conducono a giudicare se e come l’amministrazione abbia acquisito e valutato gli interessi secondari. Si riduce pertanto drasticamente il rischio che il processo diventi la sede in cui tali interessi emergono effettivamente per la prima volta e vengono bilanciati dal giudice e non dall’amministrazione, evitando di lasciare all’organo giudiziario il compito di effettuare una valutazione che rischia di non essere «l’ultima perché la più adeguata, ma solo la più adeguata perché l’ultima» (Carlioni, 2011: 243).

Tale prospettiva, in definitiva, consentirebbe di stemperare i problemi (cui si è accennato in precedenza) connessi alla contiguità fra legittimità e merito, in-

trinseca al procedimento di applicazione del principio di proporzionalità, senza ridurre tuttavia la rilevanza di quest'ultimo e senza rinunciare alle potenzialità contenute nella sua struttura 'trifasica'.

La giurisprudenza amministrativa fornisce suggestioni che suffragano la prospettiva delineata. Vi sono infatti pronunce che riconducono la violazione del principio di proporzionalità all'assenza di un'istruttoria procedimentale adeguata, che non ha consentito di tener conto compiutamente degli interessi secondari e di far emergere soluzioni alternative a quella prescelta¹⁴; vi sono inoltre decisioni che valutano la legittimità della deroga all'obbligo di inviare la comunicazione di avvio del procedimento al destinatario del provvedimento finale, alla stregua della sua proporzionalità all'obiettivo da raggiungere¹⁵.

Ci si può domandare se l'ancoraggio del principio di proporzionalità ai modi di emersione degli interessi secondari nel procedimento possa risultare egualmente utile in tutti gli ambiti dell'azione amministrativa o se la sua efficacia non sia in qualche misura correlata al tipo di attività in cui esso trova applicazione: tale interrogativo richiederebbe un'indagine più puntuale, condotta settore per settore, che per la sua ampiezza, nonché per il contesto e per le finalità in cui si inserisce lo studio svolto, non può trovare spazio in questa sede (per una ricerca specifica sull'applicazione del principio di proporzionalità al governo del territorio e in particolare alla pianificazione urbanistica, Sau, 2013).

Inoltre, alla luce delle riflessioni precedentemente svolte, potrebbe essere utile anche indagare ulteriormente sulle ipotesi in cui la valutazione dell'adeguatezza dell'esercizio del potere venga assunta come parametro esclusivo del giudizio sulla sua proporzionalità: in tali circostanze, infatti, l'incisività dell'intervento posto in essere e l'intensità del sacrificio richiesto al suo destinatario si fronteggiano e si misurano in modo diretto, per cui potrebbe risultare meno agevole (o addirittura apparire meno proficua) l'individuazione di una stretta correlazione fra attività procedimentale e proporzionalità.

Tale eventualità si può verificare, ad esempio, nel caso del sindacato sulla proporzionalità delle sanzioni (amministrative e disciplinari) irrogate. Tuttavia – anche a voler tacere della peculiarità dell'applicazione del principio di proporzionalità al settore citato (su cui Travi, 2007: 551) a causa della stretta derivazione del diritto relativo alle sanzioni amministrative da quello penale – per suffragare la tesi della rilevanza anche in tale ambito delle regole procedimentali che individuano le sedi di confronto e di ponderazione fra i diversi interessi in gioco, può essere utile richiamare la risalente, ma sempre attuale, pronuncia in cui la Corte costituzionale sottolinea la necessità del contraddittorio, ai fini dell'irrogazione di una sanzione, dichiarando illegittimo l'automatismo della sua comminazione al solo verificarsi di presupposti predefiniti¹⁶.

5. *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte EDU*

Il principio di proporzionalità ha giocato (e gioca) un ruolo significativo anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Ancorché infatti il principio non sia espressamente indicato nella Convenzione del 1950, tuttavia il giudice di Strasburgo lo ha utilizzato quale criterio per definire il 'margine di apprezzamento' lasciato agli Stati nella attuazione dei diritti tutelati dalla Convenzione e, in specie, nella previsione di limitazioni al loro godimento.

Il fine della Corte nella valutazione del 'margine di apprezzamento' è in definitiva quello di assicurare una tendenziale omogeneità nell'applicazione delle norme della Convenzione da parte degli Stati che l'hanno ratificata, pur in presenza di tradizioni giuridiche e sistemi di protezione fra loro disomogenei (Donati, Milazzo, 2002).

In tale contesto, il principio di proporzionalità è stato applicato a salvaguardia di diritti individuali di libertà, fra i quali il rispetto della vita privata, della libertà di espressione, della libertà di associazione, nonché, in modo sempre più incisivo e frequente, a difesa del diritto di proprietà, sancito dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione.

Tuttavia, come è stato notato (Sandulli, 1998: 106), le modalità di applicazione del principio da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo sono state per lungo tempo ben più generiche e meno articolate rispetto a quelle elaborate dalla giurisprudenza tedesca ed accolte dalla Corte di Giustizia UE. Inoltre, soprattutto fino alla fine degli anni '80, il criterio cui era usualmente ricondotto il giudizio sulla coerenza con il dettato della Convenzione degli interventi limitativi dei diritti riguardava la loro proporzionalità esclusivamente rispetto allo scopo perseguito, valutando quindi la loro ragionevolezza, nonché la loro «necessarietà in una società democratica», parametro evidentemente del tutto calibrato sulla tipologia di diritti da tutelare.

Il principio in esame, pertanto, ha fornito le basi essenzialmente per un confronto diretto fra risultato dell'esercizio del potere e sfera giuridica limitata, volto a verificare se vi fosse un 'giusto equilibrio' fra gli interessi generali e il diritto limitato, senza che da parte della Corte EDU venisse dedicata alcuna attenzione alla dimensione della necessità (ossia all'esistenza e alla considerazione di alternative possibili) degli interventi limitativi dei diritti.

A partire dagli anni '90 tuttavia, le modalità di applicazione del principio anche da parte della Corte EDU si sono andate avvicinando maggiormente a quelle elaborate del giudice UE, pur senza mai essere altrettanto puntuali ed articolate (Galetta, 1999: 765).

Quanto all'incidenza della giurisprudenza della Corte EDU nel nostro ordinamento, si può osservare come in specie la giurisprudenza amministrativa ita-

liana (a differenza ad esempio da quella inglese: Villamena, 2012: 142) fino a tempi piuttosto recenti sia stata poco sensibile agli stimoli provenienti dai giudici di Strasburgo, anche perché incerta e divisa circa il valore da attribuire alle norme della Convenzione e circa la loro cogenza.

Tale situazione è certamente mutata in seguito alle ben note sentenze (in materia di indennizzo espropriativo) con cui nel 2007¹⁷ la Corte Costituzionale ha attribuito alle norme della Convenzione il valore di norme interposte e, pur non ritenendo possibile la loro applicazione diretta e negando il loro rango costituzionale, ha tuttavia riconosciuto in modo esplicito la «funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea»¹⁸.

Vale la pena di notare, infine, come si sia significativamente sviluppata, ed abbia invece un crescente impatto sul diritto interno, proprio la giurisprudenza della Corte EDU relativa alla tutela del diritto di proprietà (disciplinato dal Protocollo 1 della Carta), nella quale il principio di proporzionalità ha assunto un peso rilevante ai fini della valutazione della conformità degli interventi limitativi del diritto stesso posti in essere dagli Stati.

Oltre alle già ricordate pronunce che hanno riguardato il nostro paese, relative alla misura dell'indennizzo a fronte di espropriazioni di pubblica utilità, e a quelle, altrettanto note, relative alla quantificazione del risarcimento dei danni da occupazione illegittima (su cui Conti, 2012: 49 sgg.), la giurisprudenza della Corte EDU fondata sull'applicazione dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Carta ha inciso su molti altri ambiti, in base ad una nozione di proprietà particolarmente estesa, che ricomprende qualunque bene economicamente valutabile (Mandò, 2014).

Si possono richiamare al riguardo importanti pronunce in materia di diritto tributario (sulla riscossione dei tributi, su cui Persiani, 2014) e di diritto del lavoro (fra le quali particolarmente rilevanti quelle relative al trattamento retributivo del personale ATA degli enti locali)¹⁹.

Nella giurisprudenza appena ricordata, la Corte EDU ha sistematicamente applicato il principio di proporzionalità; tuttavia il Giudice ha aderito raramente in modo puntuale al 'modello rigoroso' adottato dalla Corte di Giustizia UE (e dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco), per cui non si è soffermata specificamente a verificare «la possibilità che un determinato fine pubblico possa essere ottenuto con mezzi meno costosi (per il privato colpito) di quelli effettivamente prescelti dal potere politico» (Guazzarotti, 2008: 8), ma ha piuttosto valutato l'esistenza di «un giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale della comunità e le esigenze individuali di tutela dei diritti fondamentali», nonché l'esistenza di «un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito dalle misure restrittive della proprietà»²⁰.

Come si può notare, anche nella giurisprudenza richiamata ragionevolezza e proporzionalità appaiono principi dai confini sfumati. Inoltre, nel confronto diretto fra valori che devono trovare il giusto bilanciamento, la tutela del diritto di proprietà, inteso in senso ampio, viene rapportato all'«interesse generale della comunità» (o talvolta della collettività), che è concetto evidentemente diverso dalla «funzione sociale» evocata dall'art. 42 della nostra Costituzione.

In definitiva l'applicazione, pur frequente, del principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte EDU appare fortemente connotata dal compito attribuito alla Corte stessa dalla Convenzione che l'ha istituita, nonché dal punto di vista che essa deve assumere. L'approccio del giudice di Strasburgo, infatti, risulta ancora decisamente caratterizzato da una visione 'antagonistica' fra intervento pubblico e tutela dei diritti, dato che l'obiettivo della Corte è quello di garantire la tutela dei diritti rispetto ad eventuali limitazioni indebite da parte del potere statale (pubblico). In tale contesto, l'interesse della collettività sembra assumere la funzione di confine della pienezza del diritto, di delimitazione della sua ampiezza; per contro, nell'applicazione del principio di proporzionalità alla verifica della correttezza dell'esercizio del potere attribuito all'amministrazione pubblica, la necessità che la p.a. sacrifichi la posizione del privato nella misura minore possibile ed acquisisca e valuti adeguatamente i suoi interessi non serve soltanto a tracciare il limite all'esercizio del potere stesso, ma concorre anche alla definizione della sua adeguatezza e della sua legittimità e, in ultima analisi, alla determinazione del suo contenuto.

6. Considerazioni conclusive

Si possono svolgere, in via di prima approssimazione, alcune riflessioni conclusive sul tema più specifico che lo studio svolto si propone di indagare: se il principio di proporzionalità contribuisca a definire la cittadinanza amministrativa, se la sua introduzione abbia dato (o stia dando) vita ad un nuovo diritto degli amministrati nei confronti della p.a. e quanto, infine, tale principio condizioni l'agire delle amministrazioni pubbliche.

A tale proposito si può certamente evidenziare un netto ampliamento dell'ambito di influenza dell'idea di proporzionalità nella sua configurazione attuale, rispetto alla nozione/concezione da cui il principio ha tratto origine. La nascita del principio si fondava totalmente sulla dialettica novecentesca autorità/libertà. La proporzione del sacrificio richiesto rispetto all'interesse pubblico era strettamente finalizzata alla salvaguardia di sfere di libertà, alla tutela di diritti fondamentali rispetto ad ingerenze arbitrarie o quanto meno ingiustificate o inutili. Dal diritto di polizia, alla proprietà, alle sanzioni disciplinari, la sfera esclusiva di applicazione del principio era conseguentemente quella giurisdizionale.

Tale impostazione sembra permeare tuttora la giurisprudenza della Corte EDU e la sua azione di salvaguardia dei diritti di libertà sanciti dalla Convenzione.

Nell'ordinamento italiano, invece (in analogia a quanto è avvenuto in altri paesi europei, pur diversi fra loro quali la Germania e la Gran Bretagna) la proporzionalità va assumendo sempre più il ruolo di un principio che impone alla p.a. regole di comportamento procedurali: la valutazione delle alternative possibili; l'ascolto delle osservazioni dei destinatari dell'atto; l'acquisizione degli elementi che consentono di individuare modalità di riduzione dei danni o di evitare l'aggravamento degli oneri collaborativi richiesti.

In altri termini la proporzionalità tende a configurarsi molto spesso come un principio posto a baluardo della effettività di altri principi e di specifici diritti di cui i cittadini godono (in primo luogo in forza delle norme contenute nella legge sul procedimento amministrativo) nei confronti della pubblica amministrazione, dei quali consente di garantire la consistenza, assicurandone un'applicazione sostanziale e non meramente formalistica.

Per tale ultimo aspetto la funzione del principio di proporzionalità nel diritto interno si differenzia anche da quella svolta nel diritto europeo, da cui pure ha progressivamente mutuato i criteri e le modalità di applicazione proceduralizzate. Nell'ordinamento europeo, infatti, il principio di proporzionalità è utilizzato soprattutto a tutela di valori oggettivi (le quattro libertà fondamentali del Trattato), piuttosto che a garanzia della sfera giuridica degli amministrati e della loro possibilità di rappresentare i propri interessi nel corso dell'esercizio del potere pubblico.

Proprio tale ultima dimensione invece è in grado di produrre i risultati più rilevanti sul piano dell'ampliamento della cittadinanza amministrativa, vale a dire di una cittadinanza fatta di diritti che non si contrappongono in modo 'frontale' all'interesse pubblico perseguito dalle amministrazioni, ma concorrono a determinarne la consistenza e la complessità.

Note

- ¹ Allegato n. 2 al Trattato di Lisbona del 2009.
- ² Per ciò che riguarda l'ordinamento tedesco i precedenti giurisprudenziali possono essere riferiti al *Kreuzberg Urteil* della Corte Superiore Prussiana (*Preussisches Oberverwaltungsgericht*, 14,6, 1882, in PrOVGE 9: 353), nonché alle prime pronunce del BVerfG, a partire dalla sentenza del 5.3.1968, BVerfGE, 23: 127. Quanto alla giurisprudenza della Corte UE si può ricordare la decisione Corte giust. 17.12.1970, C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel.
- ³ Quanto meno a partire dalla sentenza Corte giust. 18.5.1993, C-126/91, Schutzverband c. Unwesen i.d. Wirtschaft/Rocher.
- ⁴ La giurisprudenza amministrativa dall'inizio degli anni 2000, dopo la sentenza della Corte Giust. 22. 2. 2002, C-390/99, Canal Satelite Digital SL c. Administracion General del Estrado, fa sempre più spesso ricorso al principio di proporzionalità quale principio derivante dal diritto comunitario. La prima pronuncia del nostro giudice amministrativo davvero rilevante a tal fine è stata Cons. Stato Sez. VI, sent. 1. 4. 2000, n. 1885 (con nota di Galetta, 2000: 396); significativa è inoltre Cons. Stato, sez. V, sent. 14. 4. 2006 n. 2087. Fra le pronunce più recenti che qualificano la proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento si vedano TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 9. 1. 2013 n. 1102 e Cons. Stato, sez. III, sent. 10. 9. 2014 n. 4618; quest'ultima sentenza appare particolarmente interessante, poiché elenca (e sembra ordinare) le diverse tipologie di regole proprie dell'azione amministrativa «desumibili sia dai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, sia dalle norme di legge ordinaria in materia di celerità, efficienza, efficacia e trasparenza, sia dai principi generali dell'ordinamento, quanto a ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza».
- ⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. 20. 6. 2002 n. 3368; Cons. Stato, sez. V, sent. 14. 4. 2006 n. 2087; Cons. Stato, sez. VI, sent. 17. 4. 2007 n. 1736; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 10. 7. 2014 n. 1715; TAR Lombardia, Milano, 8. 4. 2014 n. 928.
- ⁶ TAR Puglia, Lecce I, 24. 7. 2014 n. 1955 ma già Cons. Stato, sez. I, parere 6. 3. 2002 n. 486. Talvolta tuttavia il principio di proporzionalità, ancorché distinto da quello di ragionevolezza, è considerato corollario di quest'ultimo: così TAR Lazio, Roma, sez. II, 5. 3. 2014 n. 2544.
- ⁷ TAR Lombardia, Brescia 1102/2013.
- ⁸ TAR Sicilia, Palermo sez. II, 11. 6. 2014 n. 1483.
- ⁹ TAR Friuli, Trieste 4. 12. 2014 n. 628; TAR Lazio, Roma, 4. 12. 2014 n. 12237; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 1. 12. 2014 n. 2983; Cons. Stato, sez. III, 10. 9. 2014 n. 4618; TAR Puglia, Lecce sez. I, 20. 6. 2014 n. 1528, Cons. Stato, sez. VI, 6. 5. 2014 n. 2302.
- ¹⁰ TAR Sicilia Palermo 2014/1483; TAR Lazio, Roma, 2014/2544; TAR Basilicata, Potenza, 17. 10. 2013 n. 611, che dichiara sproporzionato il divieto di introdurre cani in un giardino pubblico motivato da ragioni di tutela dell'igiene pubblica, essendo tale obiettivo raggiungibile anche con l'obbligo per i padroni degli animali di raccoglierne le deiezioni; TAR Piemonte, Torino, Sez. I, 23. 1. 2014 n. 135, in cui il giudice dichiara illegittima un'ordinanza prefettizia d'urgenza emanata a tutela della sicurezza urbana, affermando che i fenomeni oggetto del provvedimento avrebbero potuto essere affrontati con gli ordinari mezzi giuridici, risultando in tal modo sproporzionato e non necessario lo strumento adottato.
- ¹¹ La verifica e la 'misura' dell'adeguatezza dell'esercizio del potere, la sua proporzionalità in senso stretto, o per meglio dire la sua sproporzione evidente, si riscontra soprattutto nei giudizi che hanno ad oggetto il potere sanzionatorio e quello disciplinare, ma anche nella decisione di controversie che hanno ad oggetto prestazioni economiche di cui si giudica l'eccessiva onerosità rispetto all'interesse pubblico assicurato (in quest'ultima direzione estremamente interessante TAR Lombardia, Brescia sez. I, 7. 5. 2013 n. 432, che reputa eccessivamente gravosi i contributi richiesti dal Comune ai congiunti di un disabile a fronte delle cure a quest'ultimo assicurate).

- ¹² Così TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 2014/1483; in TAR Campania, Napoli, sez. IV, 5. 3.2013 n. 1235 il giudice afferma inoltre che il principio assume particolare rilevanza nei casi in cui i provvedimenti restrittivi fanno seguito a precedenti provvedimenti ampliativi.
- ¹³ TAR , Puglia, Lecce, sez. II, 2014/1715.
- ¹⁴ TAR Campania, Napoli, 2013/1235: la controversia riguardava l'emanazione di un provvedimento di annullamento di un certificato di agibilità e il conseguente ordine di chiusura di una attività commerciale.
- ¹⁵ TAR Umbria, Perugia, sez. I, 6.3.2013 n. 153.
- ¹⁶ Corte Cost. 1.6.1995 n. 220, (con nota di Cerri, 1995: 1642).
- ¹⁷ Si fa ovviamente riferimento alle notissime sentenze Corte Cost. 24.10.2007 nn. 348 e 349.
- ¹⁸ Corte cost. 348/2007.
- ¹⁹ Fra queste è rilevante, in particolare, per il discorso che si sta conducendo: Corte Eur. Dir. Uomo, Seconda Sezione, 7 giugno 2011, Agrati e altri c. Italia, secondo la quale «la nozione di “proprietà” può concernere sia i “beni esistenti” che i valori patrimoniali, ivi compresi, in determinati casi ben definiti, i crediti».
- ²⁰ Corte Eur. Dir. Uomo 2011/Agrati, § 82.

Riferimenti bibliografici

- Carloni E. 2011, *Le verità amministrative (L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo)*, Giuffrè, Milano.
- Cartabia M. 2013, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre, Conferenza trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, portoghese e spagnola, in <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf> (10/2016).
- Cerri F. 1995, *Dalla garanzia del giusto procedimento in sede disciplinare al criterio della proporzionalità: spunti problematici e riflessioni a partire da una interessante sentenza della Corte Costituzionale* (nota Corte Cost. 1995/220), in *Giur Cost.*: 1642.
- Cognetti S. 2011, *Principio di proporzionalità, Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino.
- Conti R. 2012, *Diritto di proprietà e CEDU (Itinerari giurisprudenziali europei. Viaggio fra Carte e Corti alla ricerca di un nuovo statuto proprietario)*, Aracne, Roma.
- Cudia C. 2008, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Giuffrè, Milano.
- Donati F., Milazzo P. 2002, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Copanello, 31 maggio-1 giugno, in <<http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/copanello020531/donatimilazzo.html>> (10/2016).
- Fanti V. 2012, *Proporzionalità profili sistematici*, Giappichelli, Torino.
- Fantigrossi U. 2008, *Sviluppi recenti del principio di proporzionalità*, in *Liuc Papers n. 220, Serie Impresa e Istituzioni*, 26, settembre, in <<http://www.biblio.liuc.it/liucpapersita.asp?codice=235>> (10/2016).
- Galetta D.U. 1998, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa*, Milano.
- 1999, *Il principio di proporzionalità nella convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessari età e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*: 743.
- 2000, *Una sentenza storica sul principio di proporzionalità con talune ombre in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*: 396.
- 2010, *Principio di proporzionalità (Diritto Amministrativo)*, in *Enciclopedia Treccani*, in <[http://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-proporzionalita-dir-amm_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-proporzionalita-dir-amm_(Diritto-on-line)/)> (10/2016).
- Guazzarotti A. 2008, *Interpretazione conforme alla Cedu e proporzionalità e adeguatezza: il diritto di proprietà*, in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0085_guazzarotti.pdf> (10/2016).

- Mandò G. 2014, *La tutela della proprietà nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Diritti Umani in Italia*, in <<http://www.duitbase.it/articoli/la-tutela-della-proprietà-nella-giurisprudenza-della-corte-europea-dei-diritti-dell-uomo>> (10/2016).
- Marzuoli C. 1999, *Recensione* ad A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, Padova 1998, in *Diritto Pubblico*: 309.
- Mazzamuto M. 1993, *Legalità e proporzionalità temporale dell'azione amministrativa: prime osservazioni*, in *Foro Amm.*: 1739.
- Parisio V. 2006, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, Intervento all'incontro di Norimberga dedicato al principio di proporzionalità, 27 ottobre, in <http://www.agatif.org/download/relazione_norimberga_parisio_it.doc> (10/2016).
- Persiani A. 2014, *Riscossione tributaria e principio di proporzionalità*, in <<http://ratioiuris.demol1.it/news.interna.php?notizia=1855>> (10/2016).
- Romagnosi G. 1814, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato.
- Sandulli A. 1998, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, Padova.
- Sau A. 2013, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, FrancoAngeli, Milano.
- Spagnuolo Vigorita V. 1958, *Eccesso di potere e sproporzionata gravità dei vincoli*, in *Riv. Giur. Edil.*: 626.
- 1961., *Sulla necessaria proporzione tra area espropriata e pubblica utilità*, in *Riv. Giur. Edil.*: 825.
- Travi A. 2007, *Nota a Cons. Stato sez. VI, 17.4.2007 n. 1736*, in *Foro It.*, III: 550.
- Villamena S. 2008, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Giuffrè, Milano.
- Vitta C. 1937, *Diritto Amministrativo*, Torino.

LA TRASPARENZA AMMINISTRATIVA COME FATTORE ABILITANTE DELLA CITTADINANZA AMMINISTRATIVA

Benedetto Ponti

SOMMARIO – 1. La recente affermazione della trasparenza amministrativa come dimensione della cittadinanza: perché così recente, oggi, a cinquant'anni dalle celebrazioni del centenario? 2. La trasparenza tra legittimazione e controllo diffuso del potere (pubblico). 2.1 Trasparenza, relazione informativa e diritto a conoscere. 2.2 Trasparenza, *accountability* e delegittimazione. 3. Attori e processi di mediazione della trasparenza. 4. La trasparenza amministrativa tra diritto ad una prestazione e diritto all'uso delle informazioni pubbliche. 5. Le peculiarità del modello italiano nel contesto europeo: divergenze e convergenze.

1. La recente affermazione della trasparenza amministrativa come dimensione della cittadinanza: perché così recente, oggi, a cinquant'anni dalle celebrazioni del centenario?

La tematica della trasparenza, e della trasparenza amministrativa in particolare, è sostanzialmente assente al momento della elaborazione degli studi sul 100° anniversario. Una assenza destinata a perdurare, dal momento che il primo studio approfondito sul punto è molto successivo a quella data (Arena, 1984a e 1984b), mentre dal punto di vista del diritto positivo il tema si pone in termini sistematici solo a partire dalla discussione che porterà all'adozione della legge sul procedimento amministrativo. Per altro, in ragione degli esiti e del seguito giurisprudenziale di quella discussione (che condurrà rapidamente a declinare il diritto di accesso, in quanto soggettivamente condizionato, quale strumento di tutela giuridica piuttosto che istituto atto a promuovere la trasparenza), il tema acquisterà effettiva centralità solo in seguito; e non in continuità, ma su binari alternativi rispetto a quelli percorsi dalla generalità degli ordinamenti europei (vedi *infra*, § 5).

Le ragioni di questo ritardo (in parte non dissimili da quelle di altre esperienze europee, con la notevole eccezione dei paesi scandinavi, e della Francia) sono molteplici, e tra loro variamente interrelate. Se ne richiamano qui tre, in particolare, che appaiono come le più rilevanti, anche perché rimandano ai fattori di cambiamento che caratterizzano lo scenario attuale.

Ha pesato, intanto, il segreto quale principio conformativo dell'ordinamento amministrativo (Arena, 1984b). Una *default setting* che la stessa legge 241/1990 ha limitato nella portata, ma non nella direzione. Più ancora, tuttavia, ha pesa-

to il ruolo pervasivo giocato dai partiti (come pure, per certi aspetti, dai sindacati) quali mediatori esclusivi, e tendenzialmente totalizzanti, del rapporto del cittadino con le istituzioni, anche (soprattutto?) con quelle amministrative. Ciò che ha fatto venire meno, per un lungo periodo, una effettiva domanda di trasparenza da parte dell'opinione pubblica. Ciò che, per altro, spiega bene anche perché l'offerta di trasparenza si sia inizialmente consolidata in uno strumento esclusivamente funzionale alla tutela giuridica soggettiva dell'interessato (*uti singulo*). Infine, occorre citare la debolezza testuale della Costituzione repubblicana sul fronte della libertà di informazione, nella sua specifica declinazione di libertà passiva (diritto di ricevere le informazioni) e di libertà riflessiva (diritto di ricercare le informazioni), ovvero da intendersi quale pretesa giuridicamente assistita a conoscere le informazioni detenute dalle istituzioni pubbliche (diritto a conoscere). Se è pur vero che il rilievo costituzionale di tali pretese si ricava (in modo convincente) da una lettura sistematica del disposto costituzionale (Donati, 2008), tuttavia la loro concreta esigibilità risultava ampiamente rimessa alla volontà del legislatore, senza che il testo costituzionale abbia potuto operare in termini propulsivi.

2. *La trasparenza tra legittimazione e controllo diffuso del potere (pubblico)*

Venendo ai tempi attuali – e, dunque, *a valle* del processo di maturazione della nozione e dei suoi istituti nell'ordinamento positivo – si può muovere da una nozione di trasparenza (amministrativa) sufficientemente consolidata (Merloni, 2008: 11): per trasparenza intendiamo una condizione che consente (a chi ne fruisce) di *comprendere*: comprendere le *scelte compiute*, i *risultati ottenuti*, e prima ancora le possibilità ed i margini di scelta effettivamente a disposizione dei soggetti e dei processi che sono fatti oggetto di trasparenza, su cui – cioè – 'si fa luce', secondo la ben nota metafora della luce del sole quale «migliore disinfettante» (Brandeis, 1913), ovvero della «casa di vetro» (Turati, 1908). La trasparenza, in altri termini, costituisce il fattore che abilita la comprensione da parte del cittadino.

In questi termini, la trasparenza costituisce un fattore abilitante della cittadinanza amministrativa perché pone (quantomeno, è in condizione di porre) il cittadino (il contribuente, il residente, l'utente, il finanziatore, l'associato, il consumatore, e così via enumerando le diverse declinazioni in cui si articola la cittadinanza amministrativa) a confronto con l'esercizio della funzione amministrativa e, più ancora, con gli esiti di tale esercizio. La trasparenza contribuisce a costruire una spiegazione e ad attribuire un senso alle scelte compiute dal potere pubblico, non (più solo) in via preventiva/preliminare (delega, opzione ideologico/valoriale, mediazione politica), ed in termini sintetici/compressivi –

ma (anche, e sempre di più) nel farsi dell'azione amministrativa e (soprattutto) rispetto agli esiti di questa azione, ai risultati. Ed è (sempre di più) a partire da questa acquisizione di senso che le diverse sfaccettature della cittadinanza amministrativa si manifestano come comportamenti, scelte, opzioni degli amministrati (cittadini, contribuenti, residenti, utenti, finanziatori, associati ecc.).

La chiave di lettura della trasparenza come processo di costruzione di senso (nelle relazioni della cittadinanza amministrativa) è utile in quanto illumina efficacemente le dinamiche attivate da tale processo. Infatti, nella misura in cui fornisce una spiegazione (e quindi, se del caso, una giustificazione) delle scelte compiute, la trasparenza opera (ed è anche ricercata) come fattore di legittimazione (*ex parte regis*). Allo stesso tempo, nella misura in cui essa consente di gettare uno sguardo consapevole e critico sul(l'esercizio in concreto del)la funzione pubblica, essa abilita un controllo diffuso sull'uso di tale potere (*ex parte civis*). Del tutto conseguentemente, in letteratura la trasparenza amministrativa è stata proposta quale fattore principale di costruzione della *accountability* delle pubbliche amministrazioni (al punto che i due concetti formano quasi una endiadi). Più in generale, essa viene configurata come una *default setting rule* di un ordinamento democratico (Stiglitz, 2003), e come tale essa è stata promossa anche nell'ambito delle politiche di sviluppo, nell'epoca della globalizzazione (Word Bank, 2003).

Allo stesso modo, l'idoneità ad attivare meccanismi di controllo diffuso connette alla trasparenza ulteriori compiti/potenzialità: prevenzione/contrasto della corruzione e della *maladministration*; razionalizzazione della spesa pubblica; promozione dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione pubblica; presupposto della partecipazione ecc. Tali riconosciute attitudini della trasparenza amministrativa hanno, in effetti, decretato il successo 'globale' degli istituti che le danno corpo: il diritto di accesso (*sub specie* di FOIA) prima (Ackerman, Sandoval-Ballesteros, 2006); gli istituti dell'*Open Government*, più di recente (con specifico riferimento all'*Open Data Initiative*: cfr. *infra* § 4).

Rispetto all'evidente successo fatto registrare da questa nozione di trasparenza, che rischia di tramutarla in un passpartout – an «apparently simple solution to complex problems, such as how to fight corruption, promote trust in government, support corporate social responsibility, and foster state accountability» (Birchall, 2014: 77) – quasi una *buzzword* ricca di enfasi, apparentemente non-controversa – paiono opportune, di seguito, alcune precisazioni.

2.1 *Trasparenza, relazione informativa e diritto a conoscere*

Poiché la comprensione/attribuzione di senso implica (anzi, presuppone) una conoscenza (di informazioni, di dati, di elementi conoscitivi più in generale), i

meccanismi di costruzione del senso hanno a che fare con le informazioni (in quanto materia prima per la costruzione della conoscenza), nonché con le transazioni che consentono a tali informazioni di circolare, ed abilitare così la costruzione, il trasferimento e la diffusione della conoscenza. Pertanto, i meccanismi di costruzione di senso presuppongono l'esistenza di relazioni informative.

Ora, se guardiamo agli strumenti che danno corpo a queste relazioni informative, con specifico riferimento agli istituti della trasparenza amministrativa (il diritto di accesso, la pubblicazione, la diffusione, i servizi informativi, le rendicontazioni, i rapporti, le inchieste ecc.), questi possono essere articolati secondo la rispettiva, maggiore o minore, attitudine ad attivare dinamiche di legittimazione, ovvero di controllo diffuso.

In questo senso, il criterio discriminatore è sufficientemente chiaro:

- a) se il cittadino (il contribuente, il residente ecc.) può vantare una pretesa giuridicamente (ed efficacemente) protetta all'attivazione della relazione informativa (che poi, lungo una serie di passaggi, può condurre a realizzare una condizione di trasparenza), siamo nel campo del *controllo diffuso*. Infatti, in questo caso è il cittadino (o, comunque, il soggetto interessato ad attivare il controllo) a scegliere su cosa fare trasparenza e (di conseguenza) quali informazioni ottenere a tale fine;
- b) se, invece, il cittadino non ha questo diritto, se cioè l'attivazione della relazione informativa è sostanzialmente rimessa alla (buona?) volontà dei pubblici poteri, o comunque dipende prevalentemente o esclusivamente dalla loro iniziativa, siamo piuttosto nel campo della *legittimazione*, dal momento che – in questo secondo caso – è la stessa istituzione a scegliere l'oggetto su cui fare (o consentire che sia fatta) trasparenza.

Si tratta, evidentemente, della rappresentazione schematica di due estremi: le dinamiche reali si collocano, fisiologicamente, da qualche parte, nel mezzo. Tuttavia, essa consente di cogliere la relazione che intercorre tra il diritto a conoscere (il c.d. *Right to Know*) e la trasparenza amministrativa. Quanto più viene riconosciuto e protetto il primo, tanto più la trasparenza potrà declinarsi come strumento di effettivo controllo diffuso sull'uso del potere, sulla gestione della cosa pubblica. Di converso, se il diritto a conoscere è debolmente (o niente affatto) riconosciuto e tutelato, allora la trasparenza verrà a declinarsi prevalentemente, ovvero esclusivamente, come (mero) strumento di legittimazione.

La necessità di disciplinare la relazione informativa come pretesa conoscitiva esigibile nei confronti dei poteri pubblici costituisce – in effetti – un dato acquisito, certamente nel contesto europeo (ma anche altrove: Bishop, 2011): il *Right to Know* costituisce un «common european legal standard» (Savino, 2010; Hins, Voorhoof, 2007); è oggetto di una specifica convenzione del Consiglio d'Euro-

pa¹; è riconosciuto tra i diritti fondamentali dell'UE² e la Corte di Strasburgo lo ha ricondotto, di recente, entro il novero dei diritti tutelati dall'art. 10 della Carta EDU³. Tuttavia, le più recenti politiche di apertura dei dati pubblici (*Open Data*) testimoniano dell'attualità di questa lettura. Fintantoché esse sono immaginate e realizzate come iniziative (più o meno strutturate) promosse dalle istituzioni, in esse finisce per prevalere il tratto (e la ricerca) di legittimazione; in questo senso, va sottolineata l'evoluzione (pur tra notevoli resistenze) del quadro giuridico dell'Unione Europea verso il riconoscimento (per quanto imperfetto) di una pretesa giuridicamente tutelata all'apertura dei dati (Janssen, Hugelier, 2013)⁴.

2.2 *Trasparenza, accountability e delegittimazione*

Per altro, la visione a 'senso unico' circa le virtù ed i benefici inevitabilmente connessi alla trasparenza amministrativa (*transparency is a moral high ground and therefore it is hard to be against the pro-transparency argument*) [Grimmelikhuijsen, 2012: 294]; «in public discourse, transparency is widely considered a "good" [...] a self-evident good in Western society» [Etzioni, 2010: 1]) è stata di recente sottoposta ad una critica vigorosa, in letteratura. Vi si trovano argomenti più tradizionali, come quelli che – muovendo dalla stretta relazione che intercorre tra informazione e potere – mettono in guardia dai rischi di erosione del potere pubblico, per effetto di una non ponderata cessione del controllo esclusivo sulle informazioni (a vantaggio di altri poteri/interessi) (Birkinshaw, 2010: 31); o quelli che evidenziano le controindicazioni della trasparenza applicata ai processi decisionali, sia nel momento del loro svolgimento, sia in seguito (Grimmelikhuijsen, 2010: 5). Tuttavia, le critiche più interessanti, ai nostri fini, sono proprio quelle che vengono mosse al rapporto trasparenza-*accountability*, anche in considerazione del fatto che sono formulate mettendo a tema il ruolo del web come fattore di diffusione, circolazione, e fruizione delle informazioni. Due dinamiche, in particolare, sono ricondotte al ruolo della stampa. Per un verso, questa tenderebbe a selezionare e dare risalto solo alle informazioni «notiziabili», che tendenzialmente sono quelle negative; per altro verso, la stessa ricerca dell'*accountability* verrebbe declinata in una sistematica «caccia all'errore» – e correlativa disattenzione per le buone pratiche – (c.d. *gotcha media culture*) con potenziali rischi di deriva scandalistica o inquisitoria. In entrambi i casi, ne risultano alimentati reazioni di sfiducia, disaffezione e cinismo da parte del pubblico (Worthy, 2010; Fung, Weil, 2010), ovvero di una «cultura del sospetto» (Bombardelli, 2013), con effetti contrari a quelli predicati e attesi. A simili esiti porterebbe anche l'effetto di demistificazione che conseguirebbe (pur nella migliore delle ipotesi) dalla possibilità di verificare lo scarso

tasso di razionalità delle dinamiche che si sviluppano «dietro le quinte», destinato a scontrarsi con le aspettative (elevate) dei cittadini più consapevoli ed *engaged*. Più in generale, si sottolinea il fatto che capacità di calcolo, elaborazione e *mash-up* sempre più potenti, applicate ad una massa sempre più ingente di informazioni, ne rende imprevedibili gli effetti (Ponti, 2011: 316), ciò che comporta la possibilità anche di esiti indesiderati, e tali da incidere negativamente sulla fiducia dei cittadini nei confronti dei poteri pubblici (per alcune esperienze concrete: Gurstein, 2011; Tauberer, 2012).

3. Attori e processi di mediazione della trasparenza

La potenziale ambivalenza della relazione tra trasparenza e *accountability*, quale emerge da questi studi, raccomanda di non dare per scontate le dinamiche ad essa sottese, e di conseguenza induce a valutare in termini meno meccanici e più complessi le ricadute in termini di sviluppo delle potenzialità della cittadinanza amministrativa, tenendo conto di una serie di fattori destinati ad incidere su tale relazione.

In particolare, la nozione di trasparenza come esito di un processo di attribuzione di senso si rivela una chiave di lettura particolarmente utile, tenuto conto delle caratteristiche dell'ecosistema nel quale tali relazioni si costruiscono e si dispiegano nell'epoca attuale, conformata dal paradigma della rete. Infatti, l'attribuzione di senso implica concettualmente l'esistenza di uno *iato* tra informazioni disponibili e comprensione effettivamente realizzata (e fruita), e tale spazio – in cui si verifica il processo di elaborazione in cui si produce l'attribuzione di senso – costituisce un momento eminente di mediazione (Hansen, Christensen, Flyverbom, 2015: 121), di cui il cittadino è solo in minima parte (anche) protagonista, ma tendenzialmente è (solo) fruitore (e, insieme, veicolo: vedi subito *infra*). Nell'ecosistema digitale, tale processo di mediazione acquista carattere strutturale, perché la rete costituisce di per sé una forma di mediazione (Bannister, 2011), ma soprattutto muta profondamente nei suoi caratteri: la struttura della rete comporta – infatti – una dislocazione, distribuzione e decentramento senza precedenti della capacità di accedere alle informazioni e di ri-elaborarle, ciò che comporta la moltiplicazione dei processi e dei soggetti che producono trasparenza, intenzionalmente o meno (Ponti, 2011: 317). In questi termini, il cittadino si trova di fronte una offerta variegata, molteplice, di «trasparenze», che coesistono e si pongono in concorrenza tra loro per la conquista della sua attenzione (l'unico bene scarso, nell'ecosistema digitale).

Proviamo ad evidenziare, seppure per cenni, alcune ricadute.

- a. La mappa degli intermediatori-produttori di trasparenza muta radicalmente, non solo in termini quantitativi, ma anche perché il meccanismo di ac-

creditemento e riconoscimento di questi soggetti tende a modellarsi su quelli propri della rete. La trasparenza amministrativa tende così ad essere assorbita entro le logiche della rete, ed a mutare con esse. Si pensi alla iniziale centralità assunta dai motori di ricerca (e relativi algoritmi), ed a come questa sia attualmente sfidata dagli algoritmi di selezione, aggregazione e *ranking* applicati da *social network* e *social media*; si pensi, ancora, a come le tecniche e le logiche di profilazione incidano sulla modalità degli utenti della rete di accedere ai contenuti (Pariser, 2011; Sunstein; 2001), ivi compresi quelli che fanno trasparenza sui poteri pubblici.

- b. All'interno di questo scenario, i pubblici poteri si muovono come uno dei mediatori della trasparenza, e sempre di più tendono ad agire (e, più spesso, a reagire) in funzione di (ri-)legittimazione, anche come risposta alle dinamiche di delegittimazione che la trasparenza può attivare. Si pensi, in questo senso, alle modalità con le quali le amministrazioni pubbliche (le più consapevoli, in particolare) organizzano e gestiscono la loro presenza nei *social media network* (Bonsón *et al.*, 2012), ciò che appare confermato dalle analisi compiute relativamente al contesto italiano (Arata, 2014; Lovari, 2013).
- c. Lo *iato* tra conoscenza potenziale (abilitata dal diritto a conoscere) e comprensione realizzata può essere riempito a fini di trasparenza (e così reso disponibile e fruito dalla generalità dei cittadini, utenti ecc.), ma questo esito non è automatico, né l'unico possibile. La capacità di comprensione, infatti, può essere «capitalizzata» anche ad altri fini (produzione di beni, offerta di servizi, attività di *lobbying* ecc.). Di questa opportunità, per altro, sono pronti a fare uso principalmente quelle organizzazioni già attrezzate in termini di capacità operative (e di capitale conoscitivo): il rischio di *empowering the already empowered* è tutt'altro che teorico (Gurstein, 2011); gli effetti della trasparenza (meglio, dei relativi strumenti: l'esercizio del diritto a conoscere, la disponibilità di informazioni) risulterebbero così molto distanti da quelli attesi, contribuendo ad un aumento delle diseguaglianze (Zuiderwijk, Janssen, 2014).
- d. Si afferma, di conseguenza, anche in questo settore la necessità (ma anche una domanda) di mediatori privi di interessi occulti, ovvero di mediatori civici. A differenza del tradizionale requisito all'imparzialità (da intendersi come neutralità dell'osservatore), nel diverso ecosistema dell'informazione digitale si dà per assunta l'esistenza di specifici punti di vista (che condizionano l'attribuzione di senso): l'importante è che il mediatore faccia propria un'istanza di «trasparenza», da intendersi in questo caso come franca dichiarazione delle finalità perseguite (Weinberger, 2009; Hellmueller, Vos, Poepel, 2013), unita ai tradizionali requisiti del giornalismo («checking facts, attributing accurately, uncovering new information, exposing falsehoods») (Riordan, 2014), ciò che però esige un elevato tasso di consapevolezza nel cittadino che ne fruisce.

- e. La riflessione sulla centralità della rete come fattore di accesso, distribuzione e riproduzione dell'informazione e della c.d. *computer-mediated transparency*, ha posto in evidenza l'insufficienza di questo approccio, che corre il rischio di realizzare una lettura decontestualizzata della realtà su cui si intende fare luce, con rischio di creare (o fare riferimento a) una realtà differente, o una «iperrealtà». Un processo in cui è più importante la rappresentazione che viene elaborata e presentata (la comprensione, l'attribuzione di senso, secondo la nostra prospettiva), rispetto alla realtà che si intende rappresentare (ed interpretare) (Meijer, 2009). Secondo questa lettura, solo l'uso combinato con forme pre-moderne di *accountability* (contatto diretto, interazione, partecipazione) sarebbe in grado di restituire una trasparenza effettivamente capace di attivare processi di controllo diffuso.
- f. Infine, sono gli stessi confini del diritto a conoscere ad essere posti in questione dall'ecosistema digitale e dalle sue potenzialità. La trasparenza amministrativa, costruita sull'esercizio degli istituti propri del diritto a conoscere (e quindi soggetta ai relativi limiti: riservatezza pubblica e privata), è «doppiata» da una diversa istanza, che muove dalla rottura esplicitamente ricercata di quei limiti (*wikileaks*, *datagate* ecc.); qui il rapporto tra trasparenza e *accountability* è programmaticamente ribaltato, e la stessa nozione di cittadinanza amministrativa è posta in crisi (Hood, 2011) poiché ne sono negati alla radice fondamento e razionalità. In questo senso, essa rappresenta una ulteriore manifestazione della crisi della sovranità statale (in cui la tradizionale nozione di trasparenza è maturata), e della rottura del patto politico che la caratterizzava, nei termini di un reciproco rispetto di ambiti di riservatezza tra Stato e cittadini (anche rispetto a questi ultimi).

4. *La trasparenza amministrativa tra diritto ad una prestazione e diritto all'uso delle informazioni pubbliche*

In quanto fondata sull'esercizio del diritto a conoscere, e prima ancora, sull'ampiezza con cui tale diritto è riconosciuto e garantito, la trasparenza amministrativa si costruisce certo non esclusivamente, ma massimamente a partire da informazioni detenute dal settore pubblico. Tuttavia, nell'ecosistema digitale e delle comunicazioni in rete, il carattere tradizionale del bene informazione (in quanto bene immateriale, con ciò che ne consegue: in quanto bene non rivale e – *by default* – non escludibile) è doppiato dal relativo supporto (anch'esso immateriale). L'informazione, infatti, viene codificata, conservata e gestita sotto forma di una sequenza di bit, che rappresenta un supporto logico (e non fisico), di immediata, facile e (potenzialmente) illimitata riproducibilità, ciò che ne abbatte i costi di gestione e di circolazione. Tale circostanza (tecnologica) pone

in termini del tutto inediti la questione di quale regime applicare alla fruizione delle informazioni pubbliche.

Da una parte, infatti, l'informazione può essere considerata (e così lo è stata, tradizionalmente: Meloncelli, 1983; Merloni, 2002) l'oggetto di una prestazione da parte dei pubblici poteri. Il diritto a conoscere si configura alla stregua di un diritto sociale/civico che fronteggia una prestazione doverosa (obbligatoria, più precisamente, con riferimento alla disciplina nazionale in materia di trasparenza amministrativa⁵) da parte delle amministrazioni, e dei pubblici poteri più in generale. Il servizio pubblico si estrinseca nell'erogazione di una prestazione tendenzialmente finale, ossia capace di essere soddisfatta della domanda di trasparenza. In questo caso lo *iato* tra informazione resa disponibile e comprensione abilitata è molto ristretto. In certi casi, infatti, tale *iato* viene colmato da una rielaborazione-rappresentazione delle informazioni posta in essere dagli stessi pubblici poteri, proprio a fini di trasparenza/compressione: si pensi al caso, più risalente, del cd. bilancio sociale; ovvero a quello, più di recente, dell'obbligo di pubblicare «i documenti e gli allegati del bilancio preventivo e del conto consuntivo [...] in forma sintetica, aggregata e semplificata, anche con il ricorso a rappresentazioni grafiche, al fine di assicurare la piena accessibilità e comprensibilità»⁶. Altre volte, invece, la conoscenza dell'informazione detenuta dall'amministrazione è essa stessa sufficiente, di per sé, ai fini della comprensione: si pensi al caso del diritto di accesso procedimentale, o a quello a scopo difensivo. Ancora, perché la trasparenza ha uno scopo di servizio, che si realizza nella messa a disposizione dell'informazione stessa. In tutti questi casi, il profilo della *prestazione* (e della fruizione) del servizio risulta assorbente.

Diversamente, quando la comprensione, l'attribuzione di senso, si realizza solo a seguito di una significativa rielaborazione delle informazioni rese disponibili (quando, cioè, lo *iato* è più ampio), ecco che acquista rilievo giuridico il regime delle informazioni non in termini di (mera) fruizione, quanto piuttosto in relazione al loro (ri)utilizzo. Diventa, cioè, rilevante stabilire se, in che misura ed a quali condizioni il soggetto che intende fare trasparenza (tendenzialmente, un «mediatore» della trasparenza, per come lo abbiamo definito più sopra) può fare un uso ulteriore delle informazioni di cui ha ottenuto la disponibilità. Non è più, quindi, rilevante soltanto il diritto a conoscere (nella misura in cui garantisce di ottenere determinate informazioni), ma emerge in tutta la sua centralità il regime che definisce la capacità di «mettere a frutto» le informazioni così ottenute.

Tale regime, a sua volta, è fortemente influenzato dalle caratteristiche del regime di appartenenza delle informazioni (da intendersi come «beni» in senso civilistico) o, per lo meno, dal grado di riconoscimento ai titolari di tali beni (nel nostro caso, le pubbliche amministrazioni) di una pretesa di uso esclusivo/esclu-

dente (e quindi, di una piena potestà quanto alla cessione dei relativi diritti d'uso, anche – ma non solo – con riferimento al prezzo). In questo senso, l'affermazione del paradigma Open Data costituisce, da un lato, uno specifico epifenomeno di un più generale movimento culturale, giuridico ed economico inteso a contrastare quegli indirizzi di politica del diritto (prevalenti al volgere del secolo XXI, in parallelo con l'affermazione dell'ecosistema digitale e di rete) favorevoli alla più ampia affermazione dei diritti di privativa (Lessig, 2001; Ullrich, 2001); inteso, cioè, a difendere ruolo ed estensione del *Public Domain* (nel momento della sua ridefinizione, nell'ambito della società della conoscenza), contro le pretese di quello che è stato efficacemente definito *The Second Enclosure Movement* (Boyle, 2003). Dall'altro, tale paradigma intende affermare uno standard giuridico (ed insieme, anche tecnologico) volto a rimuovere, o comunque a ridurre al minimo (costo marginale di diffusione; citazione della fonte) gli ostacoli all'utilizzo dei dati pubblici (gli *Open Government Data*), che in via di fatto risultano (già) abbattuti, per effetto della rivoluzione tecnologica.

Si noti, come già evidenziato (ma vedi *supra*, § 3), che la relazione con la trasparenza non è scontata, né univoca: un regime più favorevole al riutilizzo dei dati pubblici (al limite, configurato nei termini di una libertà) costituisce una condizione che abilita nuove, spesso inattese, incisive forme di controllo diffuso; e tuttavia tale risultato dipende in larga, se non esclusiva, misura dall'iniziativa di chi pone in essere il riutilizzo (ossia, ad un momento successivo al rilascio dei dati). In ogni caso, è pure evidente che – entro questa prospettiva – il baricentro della trasparenza tende a spostarsi dalla fruizione al riutilizzo dell'informazione; dall'informazione come (oggetto di) prestazione, all'informazione come bene. Nel passaggio, la relazione informativa che sottende alla trasparenza si articola: lo schema bipolare classico (Arena, 2008) è superato in virtù dell'ingresso di nuovi attori (i mediatori, a vari livelli, della trasparenza). Lo stesso ruolo dell'amministrazione muta. Da una parte, essa rende disponibili a terzi le informazioni, a fini di riutilizzo, in condizioni di sostanziale monopolio: di qui la ricostruzione delle informazioni pubbliche alla stregua di *essential facilities* che ha originariamente informato l'approccio comunitario alla regolazione della materia (Mezzetti, 2005); dall'altra, essa concorre con i mediatori nella costruzione di senso che abilita la trasparenza. Così pure si ri-articola la cittadinanza amministrativa: da una parte, essa esprime una pretesa all'uso dei dati detenuti dall'amministrazione, quale materia prima della conoscenza (Berners Lee, 2011); dall'altra, essa fruisce di contenuti, prodotti e servizi più o meno esplicitamente finalizzati a «fare trasparenza», di cui le pubbliche amministrazioni non sono l'unico, né il principale produttore.

Si tratta di capire, in questo scenario, se il pluralismo degli attori (anche in funzione di auto-correzione) ed i meccanismi di selezione basati ora sulla repu-

tation, ora su algoritmi perfezionati e gestiti ad altri fini, costituiscano fattori adeguati a garantire la diffusione di informazioni corrette, ed a razionalizzare i processi di distribuzione e fruizione (per una lettura critica, o apertamente scettica: Morozov, 2011; Pasquale, 2015).

5. Le peculiarità del modello italiano nel contesto europeo: divergenze e convergenze

L'esperienza italiana si segnala per il peculiare percorso di affermazione del *Right to Know*, percorso segnato (fin dai suoi esordi) da una 'strozzatura' sul lato del diritto di accesso, in ragione della specifica declinazione di tale istituto nella legge n. 241/1990, come strumento di tutela soggettiva: una relazione informativa legittimata e vincolata dall'interesse differenziato e giuridicamente rilevante del richiedente (il c.d. *Need to Know*). Un elemento affatto caratterizzante il modello, pienamente delineato con il regolamento di attuazione⁷, avvalorato e perfezionato da una costante giurisprudenza amministrativa, e ancora ribadito nel 2005, quando il legislatore – pur mantenendo alcune residue ipocrisie⁸ – ha chiaramente esplicitato l'estraneità del diritto di accesso documentale rispetto al campo concettuale e funzionale della trasparenza amministrativa⁹.

Tale strozzatura – che ha segnato una progressiva divergenza dal contesto europeo, mano a mano che anche le più diverse esperienze andavano allineandosi allo standard FOIA (UK nel 2000, ma l'istituto diventerà operativo solo nel 2005; Germania nel 2005, Spagna nel 2013, per citare le principali) – ha quindi privato la dimensione della cittadinanza amministrativa del canale 'eminente' per l'attivazione di una relazione informativa abilitante al controllo diffuso. Da sottolineare che il modello ha mantenuto fermi i suoi caratteri anche nei confronti di alcuni attori/mediatori privilegiati (i giornalisti, e la stampa più in generale), al punto che con questi ultimi la relazione informativa si è strutturata su canali alternativi (in particolare, mediante l'istituzionalizzazione degli uffici stampa, e la riserva di ruolo in capo ai giornalisti iscritti all'albo¹⁰), basati piuttosto sulla omogeneità (e la solidarietà) professionale degli interlocutori (dentro e fuori dell'amministrazione), che non sull'esercizio dialettico di una pretesa conoscitiva.

Tuttavia, in un contesto modificato (crisi dei partiti, affermazione del *legal standard* FOIA ecc.) la necessità di attivare nuovi canali di relazione e di mediazione con i pubblici poteri esigeva una risposta. Di qui la progressiva affermazione (grosso modo a partire dal cambio di secolo, in coincidenza con la prima diffusione dei siti istituzionali delle PA) dello strumento della pubblicazione (dovevosa) di informazioni via web (Carloni, 2005; Bonomo, 2012). Uno strumento che ha finito per acquistare una centralità assoluta (anzi, esclusiva) ai fini della realizzazione del diritto a conoscere in capo a chiunque (Ponti, 2013), ciò che

ha comportato una sua evidente (sebbene spesso fraintesa: Vesperini, Natalini, 2015; Gardini, 2014) ‘sovraesposizione’.

Si è venuto edificando, così, un modello peculiare e differenziale, tutto incentrato sugli obblighi di pubblicazione, con effetti rilevanti, anche in termini di abilitazione della cittadinanza amministrativa. La pretesa conoscitiva riconosciuta al cittadino (pure di sicuro rilievo: Cudia, 2013) e la relativa tutela (mediante l’istituto dell’accesso civico: Ponti, 2013), restano pur sempre condizionati – quanto ad ambito oggettivo di applicazione – a concrete opzioni legislative, ossia alla positiva previsione di obblighi di pubblicazione/diffusione in capo alle pubbliche amministrazioni (Savino, 2013). Ciò che espone l’esigibilità del diritto ai mutevoli orientamenti del quadro positivo (tutt’altro che teorici), con ciò acuendo l’ambivalenza del modello, tra controllo diffuso e legittimazione. Inoltre, lo strumento della pubblicazione on-line, che pure soddisfa in modo immediato il diritto a conoscere, anche con riferimento al profilo dell’eguale e diffusa fruibilità delle informazioni, per la medesima ragione impone soluzioni rigide al bilanciamento con gli interessi contrapposti (diversamente dallo strumento dell’accesso, che si presta maggiormente a soluzioni flessibili, da adottarsi caso per caso). Di qui le notevoli tensioni rispetto alle esigenze di tutela, in particolare, della riservatezza e dei dati personali. Tensioni acute dalla circostanza che il regime di pubblicazione è doppiato da quello di apertura dei dati. In effetti, le logiche dell’open data (riutilizzo aperto, decontestualizzazione, imprevedibilità dei risultati conoscitivi) sono strutturalmente incompatibili con quelle della tutela dei dati personali (necessità e pertinenza del trattamento, contestualizzazione, finalizzazione) (Carloni, 2014): con la conseguenza che la prevalenza dell’una comporta la recessione dell’altra, come efficacemente testimoniato dal susseguirsi delle discipline positive¹¹, e dalla loro controversa applicazione¹².

L’esperienza italiana, con le sue peculiarità, fornisce però anche significative conferme del quadro interpretativo delineato. Infatti, esempi concreti di riutilizzo – quali le piattaforme per il confronto dei dati di bilancio (openbilanci.it) o l’analisi della spesa per contratti (public-contracts.nexacenter.org) – ne rendono evidente il ruolo (e le dinamiche) ai fini della realizzazione della trasparenza/controllo diffuso. Ancora, esempi di riutilizzo promossi dalle stesse pubbliche amministrazioni – quali la piattaforma per il monitoraggio dei progetti finanziati dalle politiche di coesione (opencoesione.gov.it), ovvero la piattaforma di analisi e visualizzazione dei dati di spesa (soldipubblici.gov.it) – confermano le dinamiche della trasparenza in funzione di legittimazione, nonché la concorrenza tra amministrazioni e mediatori ‘terzi’ quanto alla costruzione/attribuzione di senso. Infine, trova in parte conferma anche l’ambivalenza della trasparenza in termini di *accountability*: in particolare, accanto a esempi significativi di *datajournalism* (un esempio per tutti è l’inchiesta sulla bonifica dei siti con-

taminati dall'amianto: Battaglia, 2014), risulta fin qui prevalente un approccio di carattere voyeristico e scandalistico (come la spasmodica attenzione per i dati reddituali e patrimoniali di politici ed amministratori pubblici), mentre molte potenzialità restano tutt'ora inesprese, per scarsa capacità di elaborare un'offerta adeguata, ma anche per l'evidente debolezza della domanda di trasparenza espressa dalla società civile, con conseguenti ricadute sul contributo (e la direzione) della trasparenza concretamente realizzata come fattore di promozione della cittadinanza amministrativa.

Preso atto dei caratteri peculiari del modello di trasparenza amministrativa affermatosi nel nostro ordinamento, occorre però anche riconoscere gli elementi di convergenza, rispetto allo standard europeo. In primo luogo, perché lo stesso «diritto a conoscere», proprio in virtù della sua attitudine ad abilitare un confronto dialettico con i poteri pubblici (e non solo con quelli pubblici), non costituisce (altrove) una acquisizione definitiva, ma è soggetto a ripensamenti, perplessità (di cui si è dato conto), tentazioni e tentativi di ridimensionamento. A questo proposito, è esemplificativo – e tutt'altro che isolato – il rincrescimento di Tony Blair (espresso nel 2010) per aver introdotto il FOIA in UK (che pure è una disciplina che si segnala per l'ampiezza delle eccezioni al regime di conoscibilità), perplessità cui il governo conservatore in carica dal 2015 ha cercato di dar seguito (Burgess, 2015). La stessa Convenzione di Tromsø del 2009 è il frutto di un compromesso al ribasso (sensibile alle preoccupazioni di molti governi). Le medesime (se non, più intense) resistenze ed ambivalenze sono alla base dello stallo che blocca (da più di sei anni) l'adozione della nuova disciplina del diritto di accesso ai documenti dell'UE, adeguata ai nuovi trattati (Labayle, 2013).

In secondo luogo, perché lo stesso modello FOIA viene ormai sempre più spesso aggiornato ed adeguato, in diversi contesti, mediante l'introduzione di massicci obblighi di pubblicazione e diffusione via web (c.d. *proactive disclosure*), ciò che testimonia anche di una dinamica di convergenza rispetto al modello italiano (Ponti, 2016a). La dinamica di convergenza trova conferma – sul fronte nazionale – con il recente riconoscimento di un diritto di accesso generalizzato alle informazioni detenute dalle amministrazioni pubbliche; anche se occorre prendere atto che le intenzioni proclamate (sebbene, in termini estremamente generici) in sede di delega¹³, hanno dato corpo ad una pretesa conoscitiva dai confini incerti, e debolmente assistita, soprattutto sul fronte dell'*enforcement* amministrativo¹⁴ (Ponti, 2016b; Carloni, 2016).

Dunque, anche gli assetti normativi sono in divenire, e la trasparenza amministrativa si trova al crocevia di conflitti tra interessi pubblici e privati di rilievo preminente, rispetto ai quali la ricerca di un equilibrio si va facendo sempre più complicata, anche in considerazione del fatto che le occasioni e le modalità di 'collisione' tra questi interessi sono enormemente moltiplicate ed accelera-

te dall'ecosistema digitale e di rete nel quale si sviluppano le relazioni informative. In questo senso, i principali elementi di criticità possono essere ravvisati:

- 1) nella ridefinizione degli ambiti sottratti al diritto a conoscere, a tutela della effettività della funzione di governo;
- 2) nel conflitto tra protezione dei dati personali e logica dei dati aperti;
- 3) nella configurazione (o meno) del patrimonio informativo pubblico alla stregua di un bene comune, e del relativo regime giuridico (pubblico dominio, *commons*, *copyleft*, regime ad hoc ecc.).

Si tratta di snodi problematici la cui risoluzione (quale che essa sia) è destinata ad incidere in modo significativo sulla declinazione della cittadinanza amministrativa, intesa come informata, corretta, consapevole (e quindi, libera) possibilità di interlocuzione tra istituzioni pubbliche e società civile. Nella consapevolezza che – ai fini della (ri)costruzione delle cittadinanze amministrative (e della cittadinanza *tout court*) – il contributo degli strumenti normativi, organizzativi e sociali finalizzati alla realizzazione della trasparenza (dei poteri pubblici) non risulta così lineare e scontato; e merita – di conseguenza – un grado di analisi e di cura adeguati alle sfide che esso pone.

Note

- ¹ Cfr. *Council of Europe Convention on Access to Official Documents*, adottata a Tromsø, il 18 giugno 2009.
- ² Cfr. l'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali UE (diritto d'accesso ai documenti): «Qualsiasi cittadino dell'Unione o qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione».
- ³ C. eur. dir. uomo, 8.11.2016, *Magyar Helsinki Bizottság v Hungary*; ma vedi anche il precedente [...] C. eur. dir. uomo, 14.4.2009, *Társaság a Szabadságjogokért c. Ungheria*.
- ⁴ Cfr. la Direttiva 2013/37/UE che modifica la Direttiva 2003/98/CE, relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, che opera nel senso di introdurre i principi di doverosità del riutilizzo e dell'open data *by default*.
- ⁵ Si fa riferimento, ovviamente, al d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (*Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*).
- ⁶ Art. 29, comma 1, d.lgs. n. 33/2013.
- ⁷ D.p.r. 27 giugno 1992, n. 352 (*Regolamento per la disciplina delle modalità di esercizio e dei casi di esclusione del diritto di accesso ai documenti amministrativi, in attuazione dell'art. 24, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241*).
- ⁸ Cfr. l'art. 22, comma 2, della l. n. 241/1990 – come modificato dalla legge n. 15/2005, ai sensi del quale «l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza».
- ⁹ Cfr. l'art. 24, comma 3, della l. n. 241/1990 – come introdotto dalla legge n. 15/2005, ai sensi del quale «non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni».
- ¹⁰ Cfr. l. 7 giugno 2000, n. 150 (*Disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni*), in particolare l'art. 9.
- ¹¹ Cfr. il regime di regime di riutilizzo dei dati personali delineato dal d.lgs. n. 33/2013 (particolarmente favorevole al riutilizzo dei dati personali dei titolari di incarichi pubblici oggetto di pubblicazione obbligatoria), con quello delineato dal d.lgs. 24 gennaio 2006, n. 36, come da ultimo modificato a seguito del recepimento della Direttiva 2013/37/UE (che, in linea con il quadro giuridico dell'Unione, fa prevalere le esigenze di tutela dei dati personali, escludendoli dal novero delle informazioni riutilizzabili).
- ¹² In particolare, va segnalato – perché sintomatico – il conflitto interpretativo manifestatosi tra l'Autorità nazionale preposta alla tutela della trasparenza (ANAC) e il Garante per la protezione dei dati personali, in merito alle indicazioni formulate da quest'ultima in ordine all'applicazione del d.lgs. n. 33/2013.
- ¹³ La delega è contenuta nell'art. 7, comma 1, lett. h) della legge XYZ 2015 (*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*): «riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto di accesso, anche per via telematica, di chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, salvi i casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento e nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati, al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche».
- ¹⁴ In sede di delega, il diritto di accesso generalizzato è stato positivizzato mediante l'integrazione del d.lgs. 33/2013 operata con il d.lgs. 97/2016: si vedano in particolare (ma non esclusivamente) gli artt. 5 e 5 bis del testo risultante.

Riferimenti bibliografici

- Ackerman J.M., Sandoval-Ballestreros I.E. 2006, *The Global Explosion of Freedom of Information Laws*, 58 Admin. L. Rev. 85.
- Arata G. 2014, *Enti locali e social network: il progetto #socialPA*, in *il Mulino*, 2, Bologna: 14.
- Arena G. 1984a, *Il segreto amministrativo: profili teorici*, Cedam, Padova.
- 1984b, *Il segreto amministrativo: profili storici e sistematici*, Cedam, Padova.
- 2008, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè, Milano: 29-44.
- Bannister F., Connolly R. 2011, *The Trouble with Transparency: A Critical Review of Openness in e-Government*, in *Policy and Internet*, 3:1
- Battaglia R. 2014, *Amianto: nella mappa 4mila siti in meno da bonificare. Ma non è vero*, in *Wired.it*, 15 luglio, in <<http://www.wired.it/attualita/ambiente/2014/07/15/amianto-bonifiche-ambiente/>> (10/2016).
- Berners-Lee T. 2011, *Row Data, now!*, in *Wired-UK*, in <<http://www.wired.co.uk/news/archive/2012-11/09/raw-data>> (10/2016).
- Birchall C. 2014, *Radical Transparency?*, in *Cultural Studies – Critical Methodologies*, XIV (1): 77-88.
- Birkinshaw P. 2010, *Freedom of Information. The Law, the Practice and the Ideal* (IV ed.), Cambridge University Press, Cambridge.
- Bishop C.A. 2011, *Internationalizing the Right to Know. Conceptualizations of Access to Information in Human Rights Law*, Proquest, Umi Dissertation Publishing.
- Bombardelli M. 2013, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Istituzioni del federalismo*, 3-4: 657-686, in <http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/Rivista_3_4_2013/Bombardelli.pdf> (10/2016).
- Bonomo A. 2012, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Cacucci, Bari.
- Bonsón, E., Torres, L., Royo, S., & Flores F. 2012, *Local e-government 2.0: Social media and corporate transparency in municipalities*, in *Government information quarterly*, XXIX (2): 123-132.
- Boyle J. 2003, *The Second Enclosure Movement and the construction of Public Domain*, in *Law & Cont. Probl.*, 63: 33.
- Brandeis L. 1913, *What publicity can do*, in *Harper's Weekly*, december 2010.
- Burgess M. 2015, *Cabinet Office in charge of FOI as government announces 'Commission' to review Act*, in <<http://www.foi.directory/featured/cabinet-office-in-charge-of-foi-as-government-announces-commission-to-review-act/>> (10/2016).
- Carloni E. 2005, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Diritto pubblico*, 2: 573-600.
- 2014, *L'amministrazione aperta. Regole, strumenti, limiti dell'open government*, Maggioli, Santarcangelo.

- 2016, *Se questo è un Foia. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *Astrid rassegna*, 240: 4, in <http://www.astrid-online.it/profilo/login/index.html?to=%2fstatic%2fupload%2fprotected%2fcarl%2fcarloni_trasparenza.pdf> (10/16).
- Cudia C. 2013, *Il diritto alla conoscibilità*, in B. Ponti (ed.) 2013, *La Trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Analisi delle normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative*, Maggioli, Santarcangelo: 57-74
- Donati D. 2008, *La trasparenza nella Costituzione*, in F. Merloni (a cura di) *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè, Milano: 83-158.
- Etzioni A. 2010, *Is transparency the best disinfectant?*, in *Journal of Political Philosophy* XVIII (4): 389-404.
- Fung A., Weil D. 2010, *Open government and open society*, in D. Lathrop, L. Ruma (a cura di), *Open Government: Collaboration, Transparency, and Participation*, Cambridge: O'Reilly: 105-114.
- Gardini G. 2014, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8-9: 875-891.
- Grimmelikhuijsen S.G. 2010, *Transparency of Public Decision-Making: Towards Trust in Local Government?*, in *Policy and Internet*, 2: 5-35.
- 2012, *A good man but a bad wizard. About the limits and future of transparency of democratic governments*, in *Information Polity*, 17: 293-302.
- Gurstein M. 2011, *Open data: Empowering the empowered or effective data use for everyone?*, in *First Monday*, XVI (2), 7 febbraio, in <<http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/3316/2764>> (10/2016).
- Hansen H.K., Christensen L.T., Flyverbom M. 2015, *Introduction: Logics of transparency in late modernity: Paradoxes, mediation and governance*, in *European Journal of Social Theory*, XVIII (2): 117-131.
- Hellmueller L., Vos T.P., Poepsel M.A. 2013, *Shifting journalistic capital?*, in *Journalism Studies*, XIV (3): 287-304.
- Hins W., Voorhoof W. 2007, *Access to state-held information as a fundamental right under the European Convention on Human Rights*, in *European Constitutional Law Review*: 114-126.
- Hood C. 2011, *From FOI World to WikiLeaks World: A New Chapter in the Transparency Story?*, in *Governance*, XXIV (4): 635-638.
- Janssen K., Hugelier S. 2013, *Open data as the standard for Europe? A critical analysis of the European Commission's proposal to amend the PSI Directive*, in *European Journal of Law and Technology*, 4: 3.
- Labayle H. 2013, *Openness, transparency and access to documents and information in the European Union*, EP, Policy Department: Citizens' Rights and Constitutional Affairs.
- Lessig L. 2001, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, Vintage book, New York, in <www.the-future-of-ideas.com/download/lessig_FOI.pdf> (10/2016).

- Lovari A. 2013, *Networked citizens. Comunicazione pubblica e amministrazioni digitali*, FrancoAngeli, Milano.
- Meijer A. 2009, *Understanding modern transparency*, in *International Review of Administrative Sciences*, LXXV (2): 255-269.
- Meloncelli A. 1983, *L'informazione amministrativa*, Maggioli, Rimini.
- Merloni F. 2002, *Sull'emergere della funzione di informazione nelle pubbliche amministrazioni*, in Id. (a cura di), *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, Maggioli, Rimini: 15-94.
- 2008, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in Id. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè, Milano: 3-28.
- Mezzetti C.E. 2005, *Dati pubblici ed abuso di posizione dominante*, nota a commento delle ordd. Trib. App. di Milano, 2 maggio e 5 luglio, in *Giur. It.*, III, 548.
- Morozov E. 2011, *The net delusion: the dark side of internet freedom*, PublicAffairs, New York.
- Pariser E. 2011, *The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You*, Penguin Group, New York
- Pasquale F. 2015, *The Black Box Society The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard university press, Cambridge.
- Ponti B. 2011, *Open data and Transparency: a paradigm shift*, in *Informatica e diritto*, 1-2: 305-320.
- 2013, *Il regime dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria*, in B. Ponti (a cura di), *La Trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Analisi delle normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative*, Maggioli, Santarcangelo: 75-124.
- 2016a, *The Concept of Public Data*, in J.-B. Auby (a cura di), *Droit comparé de la procédure administrative/Comparative Law of Administrative Procedure*, Bruylant, Paris: 578-595.
- (a cura di) 2016b, *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Maggioli, Rimini.
- Riordan K. 2014, *Accuracy, Independence, and Impartiality: How Legacy Media and Digital Natives Approach Standards in the Digital Age*, Reuters Institute for the Study of Journalism, Oxford University Press, Oxford, in <<https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/publication/accuracy-independence-and-impartiality>> (10/2016).
- Savino M. 2010, *The Right to Open Public Administrations in Europe: Emerging Legal Standards*, OECD-OCSE, Sigma Paper n. 46, Parigi.
- 2013, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8-9: 795-805.
- Tauberer J. 2012, *Open government data*, in <<http://opengovdata.io/2012>> (10/2016).
- Stiglitz J. 2003, *On Liberty, The Right To Know And Public Discourse: The Role of Transparency in Public Life*, in M. Gibney (a cura di), *Globalizing Rights: The Oxford Amnesty Lectures 1999*, Oxford University Press, Oxford: 115-156.

- Sunstein C. 2001, *Republic.com*, Princeton University Press, New York.
- 2014, *Open government data: the book*, in <<https://opengovdata.io/>> (10/2016).
- Turati F. 1908, in *Atti del Parlamento italiano, Camera dei deputati*, sess. 1904-1908, 17 giugno: 22962.
- Ullrich H. 2001, *Intellectual Property, Access to Information, and Antitrust: Harmony, Disharmony, and International Harmonization*, in R. Cooper Dreyfuss, D. Leenher-Zimmermann, H. First (a cura di) 2001, *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*, Oxford University Press, Oxford: 365.
- Vesperini G., Natalini A. 2015, *Le troppe trasparenze*, in Id. (a cura di) *Il Big Bang della trasparenza*, Edizioni scientifiche, Roma: 1-25.
- Weinberger D. 2009, *Transparency is the new objectivity*, Joho: the Blog, in <<http://www.hyperorg.com/blogger/2009/07/19/transparency-is-the-newobjectivity/>> (10/2016).
- World Bank 2003, *World development report 2004: Making services work for poor people*, Oxford University Press, Washington D.C./Oxford.
- Worthy B. 2010, *More open but not more trusted? The effect of the freedom of information act 2000 on the United Kingdom central government*, in *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, XXIII (4): 561-582.
- Zuiderwijk A., Janssen K. 2014, *The negative effects of open government data – investigating the dark side of open data*, in *Proceedings of the 15th Annual International Conference on Digital Government Research*, ACM, New York: 147-152.

IL CONTRIBUTO DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ ALLA CITTADINANZA

Fabio Giglioni

SOMMARIO – 1. Il contributo della sussidiarietà alla cittadinanza: tre paradossi. 2. Un'ipotesi di ricostruzione: storicizzare il principio di sussidiarietà orizzontale. 3. La cittadinanza praticata. 4. (*segue*) Autonomia funzionale di diritto privato delle amministrazioni pubbliche e il diritto comunitario delle città. 5. Un altro paradigma organizzativo. 6. L'ampliamento della legittimazione processuale. 7. I limiti della sussidiarietà.

1. Il contributo della sussidiarietà alla cittadinanza: tre paradossi

Gli studi condotti sul principio di sussidiarietà orizzontale registrano diversi paradossi la cui rivelazione è importante per comprendere quale sia il senso del contributo della sussidiarietà al tema della cittadinanza.

Il primo paradosso consiste nella generale sottovalutazione del legame tra sussidiarietà e cittadinanza, nonostante i due concetti esprimano una valenza relazionale retta da dinamiche di pretese e doveri che riguardano soggetti privati e istituzioni. A lungo, ma non mancano neppure oggi rilievi che sottolineano incertezze, al principio di sussidiarietà è stato negato valore giuridico¹. Le relazioni così disegnate dal principio di sussidiarietà sono considerate al più come obiettivi di natura politica che impegnano i soggetti della Repubblica senza assegnare di fatto però pretese esigibili da parte dei cittadini, essendo queste rimesse alle scelte che il legislatore di volta in volta compie su dove stabilire il punto di equilibrio tra aspirazione dei cittadini e doveri delle amministrazioni. Ciò spiega perché tanto in dottrina quanto in giurisprudenza il principio di sussidiarietà è richiamato per legittimare istituti diversissimi già ben noti all'ordinamento giuridico, caratterizzati unicamente dal fatto che sostanzino il sostegno di interessi privati a confronto con i poteri pubblici. Si tratta, quindi, di un approccio che ridimensiona l'apporto innovativo del principio di sussidiarietà. Si stenta, così, a comprendere l'utilità stessa del ricorso al principio di sussidiarietà per definire nuovi spazi di cittadinanza.

Il secondo paradosso è dato dall'emersione tardiva della formalizzazione del principio di sussidiarietà, avvenuta sostanzialmente negli anni Novanta dello scorso secolo su impulso dell'ordinamento europeo e consacrata poi in costituzione, a cui però è stato attribuito un modesto riconoscimento di novità dal momento che moltissimi commentatori hanno sottolineato che il principio, sia pure in

modo implicito, innervasse già di regole i rapporti tra cittadini e amministrazioni. In effetti non sono mancate ricostruzioni del dibattito in sede costituenti che hanno dimostrato gli accenni al principio di sussidiarietà, specie per merito della cultura politica cattolica; e, soprattutto, i richiami impliciti al principio di sussidiarietà sono stati giustamente ricollegati con l'impianto costituzionale nel suo insieme, centrato sulla valorizzazione della persona umana che trova negli articoli 2 e 3 Cost. la sua più manifesta espressione. Trattandosi di un principio avente valenza relazionale, la sussidiarietà si lega profondamente alla capacità di sviluppo della personalità che ognuno ricerca. Così facendo, però, la sussidiarietà viene ricondotta entro categorie di libertà e di doveri già noti, nei confronti dei quali il richiamo al principio più recente può avere al massimo il merito di proiettare luci di chiarezza maggiore. In ultima parola, il principio di sussidiarietà sarebbe relativamente recente in termini espliciti ma il suo impatto avrebbe una limitata forza di innovazione, essendo possibile ricostruire nesi con il tratto personalistico che tesse l'ordito costituzionale nel suo insieme.

L'ultimo paradosso che si mette in evidenza riguarda il generale apprezzamento del principio di sussidiarietà espresso da orientamenti culturali molto diversi su cui, però, inevitabilmente si caricano significati eterogenei impossibili finanche di trovare una sintesi comune. In questo modo al principio di sussidiarietà si finisce per attribuire implicazioni giuridiche tutte tese a rafforzare la posizione dei privati nei confronti delle pubbliche amministrazioni in termini di produzione di beni e servizi, ma le cui ricadute sono estremamente eterogenee. Così la sussidiarietà è stata utilizzata per giustificare liberalizzazioni, privatizzazioni, esternalizzazioni, ma anche società miste, affidamenti diretti, partenariati o forme di esercizio privato di funzioni pubbliche variamente declinate e, finanche, diritti di partecipazione, libertà di scelta degli utenti, semplificazioni e istituti di autocontrollo. Tutte soluzioni che – a ben vedere – oltre a essere in qualche caso contraddittorie tra loro, sono riconducibili a istituti già noti al diritto amministrativo. Ognuna di queste impostazioni è tentata di radicalizzare il fondamento reale della sussidiarietà provando a offrire un significato definitivo e univoco, ma – come si vede – l'esito eterogeneo finisce per comprometterne le intenzioni. In altre parole, il principio di sussidiarietà così rappresentato appare ambiguo e inadeguato a disegnare con certezza nuovi profili di cittadinanza con il che appare più proficuo rifugiarsi in istituti già conosciuti.

2. Un'ipotesi di ricostruzione: storicizzare il principio di sussidiarietà orizzontale

In verità i tre paradossi messi in evidenza svolgono una funzione di grande utilità perché impongono di radicare in termini storicistici il principio di sussidiarietà (Massa Pinto, 2003: 29), offrendo probabilmente l'unica chiave di in-

interpretazione idonea a costruire il senso del contributo offerto alla cittadinanza. Se si esclude un noto scritto di Egidio Tosato (Tosato, 1959: 451), rimasto peraltro isolato, non risultano elaborazioni esplicite del principio di sussidiarietà precedenti alla sua formalizzazione e riferimenti sono assenti anche nelle celebrazioni del centenario delle leggi sulla riunificazione amministrativa, ancorché nel contributo di Feliciano Benvenuti (Benvenuti, 1969: 83) fosse sottolineata l'insoddisfazione per uno sviluppo del diritto amministrativo ancora troppo legato alla dialettica tra autorità e libertà, intesa nell'accezione più tradizionale. Il richiamo alla necessità di una legge sul procedimento amministrativo segnalava chiaramente l'urgenza che l'autore avvertiva per lo sviluppo di un diritto amministrativo più aperto al confronto con gli interessi dei cittadini, ma allo stesso tempo indicava altrettanto palesemente quanto ancora fosse immaturo lo stadio dei diritti dei cittadini nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

D'altra parte, se si guarda all'estero, il riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale è formalmente sconosciuto agli altri ordinamenti, anche se presente nella cultura costituzionale tedesca (Ridola, 2001: 186), negli Stati Uniti d'America (Duret, 2004: 39) e in diversi statuti delle Comunità autonome spagnole (Balaguer Callejón, 2008: 47).

In questo senso è da precisare inoltre che la dimensione orizzontale del principio rappresenta un tratto distintivo dell'ordinamento nazionale dal momento che, pur essendo vero che la sussidiarietà è stata esplicitamente introdotta nel nostro sistema giuridico attraverso l'Unione europea, questa non ha mai superato l'accezione verticale, neanche nella sua formula più avanzata, a meno che si voglia sostenere una presunta continuità tra le due versioni della sussidiarietà. Non c'è dubbio, infatti, che la sussidiarietà sociale trova il suo campo di elezione nella dimensione locale e, poiché si articola sulla collaborazione tra autonomie, può essere concluso che la sussidiarietà istituzionale ha rappresentato un decisivo impulso per le relazioni di cooperazione sussidiaria. Tuttavia, anche inteso in questo modo, è irrintracciabile il principio di sussidiarietà orizzontale nei documenti europei (Pinelli, 2007: 51), benché l'ordinamento europeo abbia poi sicuramente sviluppato pratiche di governo aperte alla collaborazione con la società civile, il cui inquadramento però sembra più appropriato tra le forme di partecipazione.

La menzione esplicita del principio di sussidiarietà è, in verità, un frutto dei suoi tempi ed è entro questo contesto di impianto storico e relativo che deve essere collocato per apprezzarne realmente la portata. In particolare, il principio di sussidiarietà si situa nel bel mezzo di una crisi che investe l'ordine giuridico su cui si fonda tanto lo stato liberale quanto lo stato sociale, rappresentato dal noto paradigma bipolare (Cassese, 2001: 602) che vede la contrapposizione netta della coppia concettuale tra soggetti pubblici/interessi pubblici e sogget-

ti privati/interessi privati. All'interno della difficoltà del paradigma bipolare di ricomprendere in modo soddisfacente dinamiche sociali nuove, il principio di sussidiarietà orizzontale è elaborato esprimendo un deciso investimento sui cittadini, singoli e associati, che vengono così considerati come una risorsa diretta per la risoluzione di problemi di interessi generali (Arena, 2007: 77).

In questa luce l'investimento operato nei confronti dei cittadini da parte della Repubblica italiana arricchisce le soluzioni di protezione dei valori costituzionali. Così, per esempio, la crisi della democrazia rappresentativa e dei soggetti che ne dovevano essere i principali interpreti, i partiti, trova nuove risposte nello spazio politico che la sussidiarietà ridisegna per le minoranze che diventano attori capaci di interloquire con i pubblici poteri nei territori per la soddisfazione di bisogni delle comunità. La crisi della rappresentanza politica ha spostato il centro della decisione politica dal parlamento all'amministrazione e da qui l'avvio di nuove forme di partecipazione democratica. Si riscontrano così forme di partecipazione civica che generano esperienze di cittadinanza attraverso il coinvolgimento di comunità eterogenee, autonome e frammentate e, quindi, anche minoritarie.

Dunque, così considerato nella sua dimensione storica e relativa, il principio di sussidiarietà orizzontale assume più propriamente i tratti di un 'principio innovatore' in grado, da un lato, di disegnare relazioni giuridiche che superano i limiti ricondotti al paradigma bipolare senza, tuttavia, sostituirsi a questo, e, dall'altro, capace anche di dare veste giuridica a fenomeni sociali al di là anche del dato positivo. In un certo senso il principio di sussidiarietà si pone in una linea di continuità con un processo di graduale apertura delle pubbliche amministrazioni al contributo offerto dai cittadini che, a partire anche dal già segnalato rilievo di Benvenuti, è evoluto successivamente con il riconoscimento della partecipazione procedimentale, del diritto di accesso e dell'ampliamento delle garanzie processuali che hanno accresciuto le forme di intervento diretto dei cittadini. In questa linea di continuità, la sussidiarietà orizzontale costituisce l'ulteriore 'spinta' capace di portare la relazione tra amministrazioni e cittadini su frontiere nuove riformando profondamente le categorie del diritto amministrativo sul lato organizzativo, dell'azione e, perfino, su quello giurisdizionale.

3. La cittadinanza praticata

La sussidiarietà orizzontale intende valorizzare in primo luogo l'uso sociale della libertà (Sen, 1990: 21), ovvero la disponibilità con cui ciascuna persona mette la propria libertà al servizio di finalità di interesse sociale, adempiendo così ai doveri inderogabili di solidarietà che anche l'art. 2 Cost. ricorda. La sussidiarietà sociale è, infatti, innanzitutto un'espressione di libertà solidale con

la quale le persone esprimono la propria identità specifica e la ricerca del senso della propria vita. È una protezione assicurata dall'ordinamento che si lega profondamente con la tutela della persona. A differenza, però, dei generici doveri di solidarietà richiamati dall'art. 2 Cost. che possono esprimersi in forme plurali e per finalità indistinte cosicché qualunque forma sociale o associativa creata si dimostra coerente, la sussidiarietà si preoccupa di favorire in modo particolare l'impiego della libertà solidale che si riflette sugli interessi generali in collaborazione con le autonomie istituzionali. In altre parole, la sussidiarietà sociale protegge le forme di autorganizzazione sociale finalizzate a perseguire interessi della collettività, che riguardano anche soggetti estranei al gruppo sociale a cui si è dato vita.

In questo contesto, dunque, rilevano in modo particolare le attività di volontariato, che peraltro hanno già ricevuto un'autorevole conferma della valenza costituzionale dal giudice delle leggi², ma anche più generalmente le forme di cittadinanza attiva con le quali i cittadini svolgono una vera e propria opera di manutenzione degli interessi generali curando, per esempio, il decoro dei centri abitati, gli spazi verdi, i beni identificativi di una comunità o anche la rigenerazione a uso pubblico di spazi, beni ed edifici abbandonati, privatizzati o degradati o, infine, la costruzione di reti di servizi orizzontali per soddisfare bisogni delle persone, quali il servizio civile, la protezione civile, o, ancora, l'adozione di tratti di spiagge, i servizi di trasporto condiviso, la verifica della qualità di servizi pubblici o dell'uso sostenibile del territorio ecc. In altre parole, sono configurabili attività prodotte da organizzazioni sociali che hanno la forza di coniugare, da un lato, le visioni ideali di chi le promuove e, dall'altra, la pratica necessità di risolvere uno specifico problema con la dovuta attenzione, data anche la varietà dei bisogni che si intendono affrontare. Si è in presenza, così, di forme di autoproduzione sociale di attività di interesse generale cui la sussidiarietà intende dare, per un verso, legittimazione e, per un altro, valorizzazione in ragione del fatto che queste esperienze maturano anche una pratica democratica della convivenza ad alto valore costituzionale.

Tali esperienze sociali assurgono a rilievo giuridico proprio in ragione del principio di sussidiarietà orizzontale che svolge dunque una funzione di emancipazione giuridica di esperienze che resterebbero altrimenti solo di rilievo sociale o, tutt'al più, resterebbero relegate nell'ambito circoscritto e chiuso dell'autonomia privata. In questo modo, quindi, le pubbliche amministrazioni stabiliscono un 'dialogo diretto' con i principi della costituzione mettendoli in attuazione. L'utilità generale che muove queste attività non deve ingannare, perché sullo sfondo, in verità, c'è un conflitto fondato su un postulato consolidato nella storia dei rapporti tra poteri pubblici e cittadini, che ha riguardato in modo particolare i paesi dell'Europa continentale, ovvero l'appartenenza esclusiva ai po-

teri pubblici della cura degli interessi collettivi. Non a caso questo tipo di esperienze si misura ancora con difficoltà e resistenze che provengono dalle amministrazioni pubbliche che, in quanto supposte detentrici esclusive degli interessi pubblici, frappongono limiti e divieti che, alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale, possono invece trovare fondamento solo in base a ragionevoli e approfondite motivazioni che escludono il ricorso alla cura di interessi generali da parte di esponenti od organizzazioni sociali³. In questo senso vale la pena ricordare testimonianze processuali (Calamandrei, 1996: 53) ma anche le quotidiane fatiche che i cittadini affrontano per svolgere attività di interesse generale.

Non si tratta di creare nuove contrapposizioni tra autoproduzione sociale e ordine costituito dei poteri pubblici ma di ridefinire in modo più congruo lo spazio dell'organizzazione pubblica, dato che, essendo anch'essa un prodotto particolarmente complesso dell'organizzazione sociale, il suo intervento necessario si deve risolvere anche in una relazione che sappia favorire gli apporti agli interessi generali che anche i cittadini sanno offrire. La sussidiarietà sociale consente di ricordare che i cittadini fanno parte a pieno titolo del sistema ordinamentale in sé (Benvenuti, 1996: 76) e, attraverso le proprie relazioni sociali, assolvono così anche a compiti di interesse generale⁴. L'autoproduzione sociale si manifesta nei 'vuoti' in una relazione che è – appunto – sussidiaria, lì dove l'ordine costituito dei poteri pubblici non è capace di intervenire perché o rinuncia a farlo in considerazione di risorse sempre decrescenti o lo fa in modo inadeguato, anche se resta assegnato alle pubbliche amministrazioni il compito di riconoscere quale attività promossa sia di interesse generale. A questo fine non pare sia obiettabile il 'verso' della sussidiarietà, dalle istituzioni alla società invece che da quest'ultima alle istituzioni, perché, da un lato, è noto che è propria della sussidiarietà l'ambivalenza delle direzioni e, dall'altra, nella realtà storica la sussidiarietà ha la funzione della liberazione di uno spazio sociale occupato tradizionalmente dalle istituzioni. Il comma 4 dell'art. 118 Cost., infatti, impone l'obbligo di favorire proprio a carico delle istituzioni.

L'elemento decisivo, comunque, è dato dal fatto che il principio di sussidiarietà considera tali forme di autoproduzione un'utile soluzione di creatività sociale idonea a potenziare le capacità di soddisfare domande collettive di interesse generale, per le quali i cittadini e le pubbliche amministrazioni sono chiamati a collaborare. È in qualche modo la relazione espressa anche dall'art. 3, c. 5, ultimo cpv., d.lgs. 18.8.2000, n. 267, secondo il quale «comuni e province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali».

Le relazioni così descritte possono autorizzare a delineare ipotesi di 'cittadinanza praticata', in cui – in altre parole – è l'esperienza concreta per la cura degli interessi generali il campo di emancipazione, attraverso cui qualunque citta-

dino collabora con le pubbliche amministrazioni per risolvere questioni avvertite come rilevanti dalla collettività. La legittimazione a tale forma di cittadinanza non è necessariamente condizionata né dalla verifica della sussistenza di un determinato *status* soggettivo, né dalla dimostrata titolarità di un interesse giuridico rilevante: è l'azione in sé compiuta da cittadini, singoli o associati, che discrimina se è idonea a soddisfare un interesse generale con la concordia anche delle pubbliche amministrazioni. Da questo punto di vista, il termine «cittadini» che è presente nella norma costituzionale deve essere inteso nella maniera più ampia possibile del «tutti», facendo riferimento alle iniziative di qualunque soggetto capace di garantire un'utilità di interesse generale⁵. Sembrerebbe, d'altra parte, davvero illogico, stante il carattere oggettivo della fattispecie che concerne la sussidiarietà orizzontale, limitare la portata applicativa in base a un criterio soggettivo: se ciò che rileva è la cura di un interesse generale, questa deve essere favorita quale che sia il soggetto che l'abbia promosso, perfino nell'ipotesi in cui sia un soggetto normalmente dedito ad attività di carattere economico come può essere l'attività di un'impresa.

4. (segue) Autonomia funzionale di diritto privato delle amministrazioni pubbliche e il diritto comunitario delle città

Ulteriori conseguenze meritano di essere sottolineate con riferimento allo sviluppo della cittadinanza praticata. Fatta eccezione per quegli interventi locali o per quei progetti specifici che sono inseriti all'interno di un servizio organizzato a livello nazionale, come è il caso del servizio civile e della protezione civile, le esperienze sussidiarie, traendo spunto da collaborazioni tra pubbliche amministrazioni e cittadini, si fondano prevalentemente su strumenti giuridici negoziali e, dunque, in primo luogo su accordi, che potremmo definire 'accordi di cittadinanza'. Una chiara manifestazione di questo sviluppo è dato dai *Patti di collaborazione*, e da altri con denominazioni simili, che si stanno diffondendo nel paese sulla base dell'approvazione di regolamenti comunali sulla collaborazione tra cittadini e amministrazioni per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani⁶.

Gli accordi di questa natura hanno la caratteristica peculiare di avere per oggetto la tutela di interessi generali in ragione di tutto quello che finora è stato sottolineato. Si tratta di accordi espressivi del principio generale di consensualità degli interessi generali, stipulati al di fuori di un procedimento amministrativo ricostruito nei termini della l. 8.8.1990, n. 241. Si potrebbe in proposito parlare di 'accordi atipici', in cui, tuttavia, l'art. 11, l. n. 241/1990 diventa fondativo di un principio di carattere generale, capace di definire gli imprescindibili limiti e le necessarie garanzie entro cui il negozio deve essere realizzato per il per-

seguimento di fini di interesse generale. In altre parole, il principio di consensualità non si tradurrebbe in un'estensione generalizzata delle norme del diritto privato, ma in un arricchimento delle forme che trova nella valutazione costante degli interessi generali il limite intrinseco. In aderenza a una giurisprudenza che ha esteso l'ambito di applicazione e a una dottrina che ha definito il menzionato art. 11 «norma-cornice» (Massera, 2011: 562), la disposizione richiamata finisce per assurgere a modello generale degli accordi tra autorità pubbliche e cittadini, la cui forza – peraltro – è significativamente accresciuta per effetto dell'eliminazione del vincolo di tipicità legale – che era presente in origine – grazie alla l. 11.2.2005, n. 15.

In altre parole, con riferimento a questi accordi si ripresentano le note e dibattute questioni relative alla loro natura e al regime di disciplina, pubblico o privato, che ne discende. Più in generale, infine, tali accordi ripropongono il tema dell'ampiezza dell'autonomia delle pubbliche amministrazioni e della facoltà che queste hanno di ricorrere a strumenti negoziali per il perseguimento di interessi pubblici. Nei casi finora citati gli accordi costituiscono l'incontro di due autonomie, quella sociale nei termini fin qui rappresentata e quella istituzionale propria degli enti locali che hanno il compito di rappresentare le proprie comunità curandone, promuovendone e sviluppandone gli interessi entro i limiti definiti dall'ordinamento ma non in esclusiva diretta esecuzione della legge. In questa cornice è piuttosto consolidata la convinzione che le pubbliche amministrazioni siano dotate di capacità generale di esercitare un'autonomia negoziale anche per il perseguimento di interessi generali⁷, che si sostanzia nello stabilire nel concreto quando tale mezzo sia più appropriato dello strumento autoritativo. Pertanto, così come la sussidiarietà richiede la distinzione tra soggetti privati, sapendo distinguere quelli che si attivano per interessi generali dagli altri, altrettanta esigenza è reclamata per le pubbliche amministrazioni, per le quali deve essere fatta una distinzione tra quelle che godono di autonomia e le altre, dal momento che le prime si rapportano alla legge in termini differenziati.

Per il tema qui trattato deve essere osservato che il ricorso a specifiche autorizzazioni legislative per la stipula degli accordi tende a essere sempre più diffuso sia per iniziativa del legislatore regionale sia da ultimo sempre più anche per promozione del legislatore statale⁸. Laddove, poi, non intervenga il legislatore in modo esplicito, per gli enti locali sussiste l'autonomia regolamentare sancita dall'art. 117, c. 6 Cost., che, in combinazione con il già citato art. 3, c. 5, d.lgs. 267/2000, può legittimare il ricorso a forme negoziali per lo svolgimento di attività loro assegnate, di cui, peraltro, i comuni hanno fatto uso proprio a proposito dei citati regolamenti comunali sulla collaborazione tra cittadini e pubbliche amministrazioni. In tutti questi casi, dunque, l'autonomia degli enti lo-

cali trova specifica legittimazione normativa per l'adozione di accordi a oggetto pubblico, a cui si deve ritenere applicabili in via tendenziale e principale le regole del diritto privato nei limiti della compatibilità logico giuridica con il perseguimento degli interessi generali e di altri limiti eventualmente disposti nelle norme autorizzative degli strumenti negoziali.

Nei casi sopra ricordati si registra una ricomposizione del quadro degli interessi in gioco, dal momento che gli interessi generali a cui allude il principio di sussidiarietà orizzontale sono riallineati con quelli pubblici, sebbene la loro cura passi per la stipulazione di accordi. La novità dirompente, però, potrebbe essere rappresentata dall'ipotesi in cui la ricomposizione dei suddetti interessi non avvenga per forza normativa. Infatti, il principio di sussidiarietà orizzontale sembra porre una regola di carattere generale che intende offrire legittimazione extra-legislativa a quei casi in cui gli interessi delle collettività, cioè gli interessi generali, non sono riassorbiti negli interessi pubblici affidati alle pubbliche amministrazioni, dando così vita e copertura a un diritto comunitario che si affianca al diritto posto (Merusi, 2003: 77). Il principio di sussidiarietà così avrebbe la forza di creare uno 'spazio giuridico', alcuni autori hanno parlato di «zone franche» (Nieto, 2012: 223-224), in cui l'autonomia dei soggetti, istituzionali e sociali, si confronta per il miglior perseguimento degli interessi generali anche al di là delle determinazioni predefinite dalle disposizioni normative positivamente poste. Questi accordi, frequenti nella prassi anche in assenza di presupposti normativi in virtù della loro riconosciuta valenza generale, trovano dunque ora legittimazione nel principio di sussidiarietà che agirebbe da clausola costituzionale di salvaguardia per la tutela degli interessi generali. D'altra parte, la norma costituzionale volutamente si riferisce alle «attività di interesse generale» che non sono da confondere con le funzioni di cui al primo comma dell'art. 118: essa, piuttosto, si riferisce a tutta quella gamma di operazioni e azioni materiali che rientrano tra i compiti delle pubbliche autorità quali espressioni di rappresentanza di una comunità, ma che per varie ragioni non sono in grado di garantire. Tale modello assegna comunque alle pubbliche autorità il compito di saper riconoscere e quindi legittimare le attività di interesse generale quale elemento imprescindibile per stipulare l'accordo, significando con ciò che non sia possibile vantare da parte dei cittadini un diritto soggettivo, ma le responsabilizza anche in modo maggiore perché le obbliga a interpretare la propria missione in termini più moderni, capace di mettere a frutto risorse che spesso in termini di conoscenze, abilità ed economicità sono migliori nel rispetto sempre del disegno costituzionale. Agire anche oltre i presupposti definiti per legge non implica né andare *contra legem*, né prescindere dal programma costituzionale: anzi, aderire al principio di sussidiarietà orizzontale implica che la pubblica amministrazione si doti di un ulteriore strumento, rispet-

to a quelli già conosciuti, per adempiere ai compiti che la costituzione le attribuisce. È in qualche modo accostabile a questo sviluppo il concetto di legalità-indirizzo, volutamente utilizzato in contrapposizione a quello di legalità-garanzia (Marzuoli, 1982: 20).

Sulla base di questi presupposti in una definizione nuova di 'spazio pubblico', atipico, mobile e consensuale, si profila la costituzione di un nuovo diritto, chiamato «diritto delle città» (Auby, 2013) che si sovrappone e affianca al diritto costituito positivamente per la cura di tutti quegli interessi generali che, non essendo tradotti in interessi pubblici, sono curati in funzione della rappresentanza delle comunità viventi che tanto le istituzioni cittadine quanto le organizzazioni sociali autoprodotte esercitano. È interessante in questo senso anche l'attenzione crescente che l'UE riserva a programmi di sviluppo delle autonomie delle città, come è peraltro rappresentato dall'Agenda Urbana Europea⁹ e dai piani di sviluppo locale di tipo partecipativo a cui sono condizionati i fondi europei¹⁰, nonché da specifiche politiche per gli aiuti di stato¹¹.

5. *Un altro paradigma organizzativo*

Una configurazione diversa della sussidiarietà orizzontale si ha quando le esperienze di libertà solidale sono espresse all'interno di servizi predisposti dalle autorità pubbliche, come nel caso del servizio sanitario, dei servizi di assistenza sociale e in quelli di istruzione. Infatti, in questi casi, pur essendo sempre in presenza di forme di autoproduzione sociale nei termini sostanzialmente identici ai casi precedentemente menzionati, l'attività dei privati s'inscrive dentro un modulo a responsabilità pubblica, da cui discendono limiti derivanti dalla programmazione pubblica degli interventi, dai controlli e dagli *standard* di qualità nella resa dei servizi che non possono essere disapplicati. Le esperienze di sussidiarietà sociale servono ad arricchire la gamma dei servizi già predisposta dai poteri pubblici, rendendo più personalizzati i servizi stessi. L'apertura dell'offerta pubblica di servizi al contributo di soggetti privati risponde alla necessaria garanzia che servizi predisposti per bisogni della persona sappiano riflettere anche una pluralità di ispirazioni culturali che riguardano le persone animate da uno spirito di solidarietà e metta il beneficiario dei servizi nella condizione di poter scegliere chi sappia più adeguatamente soddisfare e rispettare la propria personalità, sia pure entro un quadro di regole pubblicistiche di garanzia. Da questo inquadramento fioriscono istituti giuridici variegati che vanno dall'accreditamento agli accordi, dai *voucher* agli affidamenti per contratti di servizio che si rintracciano in differente modo sui territori regionali e locali, nonché al ricorso diretto alle associazioni di volontariato per mezzo di accordi.

Simili dinamiche si verificano anche con riferimento agli interventi sollecitati per la valorizzazione dei beni culturali¹² e per la tutela dell'ambiente¹³. Anche in questo caso, l'intervento dei privati espressione di una libertà solidale è assunto con funzione integrativa dei servizi pubblici che devono necessariamente essere assicurati secondo standard prefissati.

Nelle ipotesi qui citate, quindi, la sussidiarietà sociale non colma dei 'vuoti' come nel caso della cittadinanza praticata o, per meglio dire, qui la sussidiarietà svolge una funzione incrementale, migliorando la gamma di servizi che i cittadini possono beneficiare per i propri bisogni. Anziché lasciare questo spazio al solo mercato, le autorità pubbliche anche nel rispetto dell'art. 3, c. 2 Cost., assumono dentro moduli pubblicistici esperienze solidali nella convinzione che in ragione dei bisogni che queste devono soddisfare esse rappresentano un valore aggiunto. In questo caso la sussidiarietà è assunta in moduli organizzativi di intervento a responsabilità pubblica per garantire risposte differenziate, secondo un nuovo paradigma che mette a frutto le risorse e le capacità che l'autorganizzazione sociale sa offrire (Donati, 2013: 330-332).

Diversamente, però, dalla cittadinanza praticata le dinamiche riferite al paradigma sussidiario hanno normalmente anche contenuto patrimoniale e si configurano come veri e propri contratti o partenariati, da cui discende la necessità di verificare la compatibilità di questi istituti con la disciplina dei contratti pubblici. A tal riguardo il principio di sussidiarietà sociale non ha la forza di derogare le regole sulla concorrenza tutelata in modo particolare dall'ordinamento europeo e quindi agisce soprattutto come obbligo per i soggetti pubblici di garantire uno spazio anche all'offerta privata solidale, senza che vengano meno però le regole sulla concorrenza.

In merito, tuttavia, occorre svolgere una serie di considerazioni. La prima riguarda la soglia del valore dei contratti che, nel caso di questi servizi, sovente è inferiore al minimo per i quali si richiede l'osservanza di procedure aggravate per il loro affidamento. Peraltro, le direttive europee in materia di appalti pubblici e di concessioni¹⁴ hanno elevato ulteriormente tale soglia anche per ampliare la discrezionalità delle pubbliche amministrazioni nella definizione dell'offerta dei propri servizi. A prescindere da questo, in ogni caso, la giurisprudenza della Corte di Giustizia è piuttosto concorde nello stabilire nel confine tra economicità e solidarietà dell'attività il discrimine per l'applicazione delle direttive e della disciplina dei contratti¹⁵ e in questa direzione va anche la direttiva sulle concessioni pubbliche, dir. 2014/23/UE. In altri termini, quando un'attività privata è erogata all'interno di sistemi pubblici a forte impronta solidaristica, le modalità di affidamento dei servizi possono variare altamente. Ne discende che, essendo le esperienze di sussidiarietà diretta manifestazione di modelli solidali, gli istituti sopra menzionati restano spesso al di fuori delle regole di competizione.

Infine, non deve essere trascurato un recente indirizzo dell'UE, avviato dopo l'emanazione del nuovo Atto sul mercato unico I e II¹⁶, più favorevole a tollerare modelli di organizzazione di servizi alternativi a quelli di mercato anche al fine di responsabilizzare maggiormente le pubbliche amministrazioni e la sostenibilità dei bilanci pubblici, dal momento che l'affidamento diretto a organizzazioni di volontariato può spesso significare anche oneri minori per le risorse finanziarie pubbliche¹⁷. Tuttavia, si osserva che i limiti, i confini e la natura di questi rapporti convenzionali ancora presentano numerosi problemi di incertezza applicativa che spesso finiscono per rimettere all'autorità giudiziaria il compito decisivo con effetti, però, che non contribuiscono al superamento del problema segnalato.

6. *L'ampliamento della legittimazione processuale*

Occorre, in conclusione, sottolineare un'ulteriore prospettiva che il principio di sussidiarietà orizzontale è stato capace di delineare e che certamente era imprevedibile al momento in cui esso fu introdotto in costituzione: si tratta dell'utilizzo fatto dalla giurisprudenza amministrativa per ampliare la legittimazione processuale. È difatti invalso dopo il 2001 un orientamento giurisprudenziale che, specialmente con riferimento alla tutela dell'ambiente, ha assegnato ad associazioni e comitati di cittadini la possibilità di accedere alle vie giurisdizionali per la protezione di interessi diffusi, proprio in ragione del principio di sussidiarietà. Si precisa a questo proposito che le pronunce più interessanti sono quelle in cui il principio non è utilizzato a supporto di verifiche tese a individuare la posizione differenziata del ricorrente portatore di interessi diffusi – dal momento che questo orientamento era ben presente anche prima della modifica costituzionale del Titolo V –, ma semmai quelle in cui la legittimazione è riconosciuta *ex parte obiecti*, ovvero in ragione del fatto che ai cittadini e alle loro organizzazioni è riconosciuto un ruolo attivo nella tutela ambientale che ben può giustificare l'azionamento di strumenti processuali quando le amministrazioni pubbliche non siano capaci di garantirla¹⁸.

In questo tipo di pronunce la ricerca di un interesse chiaramente differenziato cede il passo alla valutazione che alle organizzazioni sociali, che sono originate dalla libertà solidale delle persone, sia riconosciuto un valore infungibile nella tutela dell'ambiente, la cui forza può ben superare i limiti della mera legittimazione formale che proviene dalla presenza di una determinata associazione nel registro ministeriale¹⁹. Si tratta di passaggi ricostruttivi importanti, dal momento che viene riconosciuta la funzione di controllo sociale diffuso ai cittadini per preservare interessi primari quali, ad esempio, quello dell'ambiente. Peraltro, l'utilizzo del principio della sussidiarietà orizzontale per la legittimazione pro-

cessuale implicitamente suppone la qualificazione in termini di interessi generali degli interessi dei ricorrenti. Si ripresenta in questo modo uno schema già visto in occasione della cittadinanza praticata: laddove gli interessi generali non riescono a essere ricompresi negli interessi pubblici come perseguiti dalle pubbliche autorità, il principio di sussidiarietà offre un'opportunità – questa volta mediata dal giudice – attraverso la quale i cittadini possono intervenire per salvaguardarli. Si supera grazie al principio di sussidiarietà tutto il dilemma teorico della protezione degli interessi adespoti che, in effetti, al di là delle finzioni adottate dal diritto per rendere armonico il quadro dei principi, sono sostanzialmente interessi generali.

Da ciò derivano almeno tre implicazioni. La prima riguarda l'arricchimento che il principio produce sulle forme di tutela processuale che, pur restando prevalentemente di ordine soggettivo, accolgono anche caratteri oggettivi che lasciano intravedere ulteriori sviluppi di trasformazione. La seconda ricaduta che deriva dall'utilizzo del principio sulla legittimazione processuale attiene alla natura del confronto degli interessi che sono introdotti nel processo, dal momento che il giudice amministrativo è chiamato in questi casi ad arbitrare interessi co-estesi, pubblici, da un lato, e generali, dall'altro, con una tecnica valutativa assai interessante che sembra essere più vicina a quella di equità che a quella tradizionale di legittimità. Ultima considerazione riguarda la possibilità attraverso la rilettura della legittimazione processuale per mezzo della sussidiarietà orizzontale di accedere all'azione popolare. Fin qui perfino la giurisprudenza che ha interpretato in modo più espansivo il principio è stata ben attenta a non travalicare il confine dell'azione popolare; tuttavia, resta da capire come questo limite possa ancora resistere in futuro se si pone mente al fatto che la sussidiarietà valorizza l'attività svolta per gli interessi generali dei 'singoli' oltre che degli associati. Una volta che viene affermata la qualificazione di soggetto ordinamentale anche dei privati a fondamento della legittimazione processuale (Duret, 2013: 1), il limite che impedisce agli individui di essere portatori di interessi generali e per questo di accedere alle vie processuali sembra destinato a deflettere nel tempo.

Occorre ricordare che sviluppi in questo senso, sebbene non obbligati, paiono anche coerenti con la Convenzione di Aarhus che è stata accolta anche dall'ordinamento europeo.

7. I limiti della sussidiarietà

Nei casi fin qui esaminati si è visto come la sussidiarietà orizzontale allarghi in modo significativo le forme di cittadinanza presentandosi come un principio davvero innovatore. Si tratta, peraltro, di un principio particolarmente abile ad ampliare e superare i limiti del principio di legalità inserendo forme di so-

cialità nella sfera giuridica anche oltre i confini del diritto positivo, costringendo la pubblica amministrazione a farsi direttamente interprete della costituzione anche oltre il dato formale legale. Questo sembra essere la cifra più significativa delle ricadute del principio, soprattutto perché applicato nella sfera del diritto pubblico. La crisi della legge e i limiti del principio di legalità, che sono diventati oramai un tema costante degli studi del diritto pubblico, costituiscono un valido parametro di raffronto per apprezzare l'impatto del principio di sussidiarietà orizzontale.

Al contempo, però, il principio non è senza limiti e, anzi, deve comunque essere conciliato con gli altri principi costituzionali e generali (Allegretti, 1965: 147-149). Il che significa, naturalmente, che l'amministrazione che favorisce le autonome iniziative dei privati deve rispettare in modo rigoroso il principio di imparzialità, buon andamento e laicità, cosicché il vantaggio procurato nei confronti di alcune organizzazioni sociali non costituisca l'esito di una scelta arbitraria. Il vantaggio accordato a taluni soggetti, pertanto, deve tener conto anche di eventuali iniziative concorrenti, deve essere fondato su scelte ragionevoli e possibilmente motivabili con dati che sappiano misurare esternalità positive e negative e, infine, deve saper tutelare i valori plurali di una società sempre meno culturalmente omogenea.

A questo proposito il rispetto del principio di trasparenza costituisce un necessario bilanciamento del principio del *favor* che è contenuto nella sussidiarietà, soprattutto in considerazione del limitato contributo che il principio di legalità può offrire. La limitatezza degli spazi per l'applicazione delle regole che salvaguardano la concorrenza non esenta l'amministrazione a rispettare procedure rigorose di affidamento di servizi o beni, perché sussistono comunque esigenze di trasparenza a garanzia di terzi che la pubblica amministrazione deve garantire. La terzietà dell'amministrazione in esperienze sussidiarie consiste, infatti, in maggior misura nel garantire un controllo diffuso e capillare delle modalità di scelta dei soggetti cui ricorrere, nonché delle azioni compiute. Obbligati pertanto a fornire informazioni e mettere a disposizione dati sono anche i cittadini e le loro associazioni chiamate a svolgere attività di interesse generale, anche oltre i confini, peraltro già non rigidi, esistenti.

In considerazione, peraltro, del vasto ricorso agli strumenti negoziali che il principio determina, altri principi di contemperamento sono utili al fine di limitare il potere di recesso unilaterale delle pubbliche amministrazioni anche per prevenire interpretazioni che sottovalutino il carattere vincolante degli accordi: il legittimo affidamento e la proporzionalità. Infatti, il rischio per gli 'accordi di cittadinanza', data la loro atipicità, è il mancato riconoscimento di una loro validità giuridica che potrebbe essere suscitata da una supposta pariteticità assoluta tra i soggetti contraenti. Quanto detto dianzi sia sul fondamento di tali accordi,

sia sulla valenza attribuita al principio di sussidiarietà orizzontale dovrebbe costituire argini sufficienti per prevenire tale rischio. Di contro, allo stesso tempo, data la natura intrinsecamente pubblica degli oggetti di tali accordi, non può essere escluso l'uso del potere di recesso delle pubbliche amministrazioni il cui esercizio, però, deve essere contenuto entro principi generali dell'ordinamento quali sono quelli appena richiamati. Dunque, un potere di questa natura sarebbe ammissibile solo in caso di interesse pubblico sopravvenuto e contrastante con quello curato dai citati accordi. Il recesso, tuttavia, può essere considerato legittimo solo se motivato adeguatamente, proporzionato ai fini sopraggiunti e se accompagnato da forme di indennizzo che potrebbero sostanzarsi anche in misure compensative 'sociali' per la comunità. Non pare, infine, che al potere di recesso possano applicarsi i limiti al potere di autotutela recentemente stabiliti dall'art. 6, l. 7.8.2015, n. 124, visto il diverso campo di applicazione della disciplina innovata che nulla ha a che fare con il recesso da accordi.

Infine, implicazioni rilevanti si determinano sul piano delle responsabilità che sono soggette a una complessiva ridefinizione. La sussidiarietà, infatti, implica una responsabilizzazione aggravata da parte dei cittadini, in ragione del fatto che agiscono per la tutela di interessi generali. In questo senso, pertanto, non solamente sono pienamente applicabili le regole ordinarie delle responsabilità civili e penali, ma si possono configurare nuove ipotesi di responsabilità aggravata. Una di queste potrebbe essere l'estensione dell'applicazione dell'art. 2051 cod. civ. per nuove fattispecie comprendenti interessi generali: la cura, la gestione e la rigenerazione di beni, spazi e servizi configura pur sempre una funzione di custodia, sia pure per interessi generali, rispetto alla quale i cittadini possono essere chiamati a rispondere. In tali casi, dunque, il degrado o il danno provocato per cattiva manutenzione comporta una responsabilità diretta oggettiva nei confronti di quei cittadini a cui è affidata la cura di un determinato bene, spazio o servizio, salvo che si dimostri il carattere fortuito dell'evento dannoso.

Altrettanto, le esperienze sussidiarie potrebbero ridefinire lo spazio di applicazione, nonché delle cause di esenzione della responsabilità amministrativa per i funzionari pubblici. I cambiamenti delineati, infatti, producono conseguenze organizzative significative con una distribuzione diffusa delle responsabilità, anche in considerazione del fatto che la legittimità delle azioni è data dal risultato prodotto e dall'efficacia dell'azione. È immaginabile pertanto un crescente oneroso ruolo anche del giudice contabile. Da questo punto di vista, già ora sono emersi indirizzi giurisprudenziali contabili che esonerano da responsabilità funzionari e dirigenti che accordano condizioni di vantaggio per cittadini e associazioni quando l'attività compiuta è considerata congruente con le finalità di interesse pubblico²⁰. In questo senso, dunque, gli accordi di cittadinanza che permettono di stabilire il riconoscimento di interesse generale di deter-

minate azioni da parte dei cittadini possono esentare da responsabilità gli amministratori pubblici nel caso in cui l'impegno prefiguri vantaggi specifici. Allo stesso tempo non si può escludere un'estensione della responsabilità contabile per i cittadini qualora dal danno provocato nell'azione di gestione si verificano gravi perdite per l'erario. Gli indirizzi della Corte di cassazione e dello stesso giudice contabile in materia di giurisdizione della Corte dei conti potrebbero prefigurare ipotesi di questo genere²¹.

Da questa breve rassegna di limiti del principio di sussidiarietà, emerge che se, da un lato, gli strumenti e le regole del diritto privato pervadono le esperienze di sussidiarietà, le regole di diritto pubblico guadagnano aree di applicazione ulteriori. Diritto pubblico e diritto privato si contaminano e integrano in forma innovativa allo scopo di garantire una nuova modalità di cura degli interessi generali. Si riscopre così, grazie al principio di sussidiarietà orizzontale, la ricchezza e la pluralità delle fonti del diritto rinvigorendo una caratteristica tradizionale del diritto europeo (Grossi, 2007), proiettato tuttavia in un contesto nuovo dove l'interesse generale trova esplicita e riconosciuta centralità ma non più assorbito dalla sola legge. Esso appare, viceversa, il frutto di dinamiche molto diverse (applicazione diretta della costituzione, superamento dei limiti della statualità, affermazione di un diritto comunitario della cittadinanza) ma convergenti nello stabilire nuove condizioni di legittimazione.

Note

- ¹ A fugare ogni dubbio, però, sulla natura giuridica del principio è stata la stessa giurisprudenza amministrativa: si veda chiaramente Cons. St., V, 6.10.2009, n. 6094.
- ² Cfr. C. cost., 28.2.1992, n. 75.
- ³ A questo riguardo può essere menzionata la giurisprudenza costituzionale che tutela la conservazione della finalità sociale di beni a uso civico contro la discrezionalità del legislatore regionale: cfr. C. cost., 27.7.2006, n. 310.
- ⁴ Un chiaro esempio dell'inclusione dei privati nel sistema ordinamentale è rappresentato dall'art. 3 *ter*, cod. amb.
- ⁵ Particolarmente paradigmatica è in questo senso la sentenza C. cost., 25.6.2015, n. 119, con la quale il giudice delle leggi dichiara l'incostituzionalità delle norme di legge che limitavano ai cittadini italiani il diritto di partecipare alla selezione del contingente per il servizio civile. La corte, infatti, ha ritenuto che la partecipazione alle attività di servizio civile costituisce una scelta volontaria espressione dei doveri inderogabili della persona e, in questo senso, deve essere garantita anche al cittadino straniero regolarmente soggiornante che in questo modo testimonia la sua integrazione nella società.
- ⁶ Il primo di questi regolamenti è quello di Bologna, approvato nel febbraio del 2014. Molti altri comuni, di diversa grandezza, lo hanno poi adottato con differenze variegata.
- ⁷ Il diritto delle pubbliche amministrazioni al ricorso alle forme libere di perseguimento degli interessi pubblici è espresso dall'art. 20, c. 4, lett. *f-bis*, l. 15.3.1997, n. 59, a proposito di semplificazione. Molto controversa è invece l'interpretazione in questo senso dell'art. 1, c. 1 *bis*, l. n. 241/1990.
- ⁸ Si veda, ad esempio, l'art. 24, l. 11.11.2014, n. 164, a proposito della riqualificazione di ambienti urbani ed extraurbani. Si veda anche TAR Puglia, Bari, 5.12.2013, n. 1642, a proposito della disciplina dei microprogetti di decoro urbano.
- ⁹ Si veda da ultimo la comunicazione della Commissione europea COM(2014) 490 final, *The urban dimension of EU policies - Key features of an EU urban agenda*.
- ¹⁰ Si veda in questo senso l'art. 32, Reg. UE 1303/2013.
- ¹¹ La Commissione europea giudica positivamente aiuti di stato finalizzati alla rigenerazione urbana: cfr. decisione 2006/746/CE.
- ¹² A titolo di esempio si cita l'art. 112, c. 9, cod. bb.cc.
- ¹³ In materia di rifiuti si veda l'art. 177, c. 5, cod. amb.
- ¹⁴ Ci si riferisce alle direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 26.2.2014, n. 2014/23/UE sulle concessioni pubbliche, n. 2014/24/UE in materia di appalti pubblici e n. 2014/25/UE sui settori speciali.
- ¹⁵ In proposito si possono citare diverse sentenze, ma si limita a ricordarne due che simboleggiano gli argomenti di discriminazione tra economicità e solidarietà poi ripresi in altre cause: C. giust., 17.2.1993, C159/91 e C-160/91, *Poucet e Pistre*; C. giust., 22.1.2002, C-218/00, *Cisal*.
- ¹⁶ Si riferisce agli atti di comunicazione della Commissione, entrambi intitolati *Insieme per una nuova crescita*, in cui si profila un approccio aperto nei confronti delle società a responsabilità sociale e anche dell'economica sociale: cfr. COM(2011) 216 definitivo e COM(2012) 573 final.
- ¹⁷ Cfr. C. giust., 11.12.2014, C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a.*
- ¹⁸ Cfr. Cons. st., V, 27.7.2011, n. 4502.
- ¹⁹ Cfr. Cons. St., IV, 26.10.2006, n. 5760; Cons. St., VI, 13.9.2010, n. 6554.
- ²⁰ Si veda C. conti, sez. controlli, Piemonte, 2.12.2015, n. 171.
- ²¹ Il riferimento è ovviamente all'ormai nota ordinanza Cass., 22.12.2003, n. 19667, seguita poi da altre pronunce sull'estensione della giurisdizione contabile, ancorché presentino varianti in qualche caso pure di rilievo.

Riferimenti bibliografici

- Albanese A. 2002, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir pubbl.*: 51 sgg.
- 2007, *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, Giuffrè, Milano.
- Allegretti U. 1965, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova.
- Arena G. 1997, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 117-118: 29 sgg.
- 2006, *Cittadini attivi*, Laterza, Roma-Bari.
- 2007, *Ripartire dai cittadini*, in C. Magnani (a cura di), *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, Giappichelli, Torino: 77 sgg.
- Auby J.B. 2013, *Droit de la ville*, LexisNexis, Paris.
- Balaguer Callejón F. 2008, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione spagnola e negli Statuti di autonomia nella prospettiva europea*, in G.C. De Martin (a cura di), *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, Cedam, Padova: 47 sgg.
- Benvenuti F. 1969, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in F. Benvenuti, G. Miglio (a cura di), *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, Neri Pozzi, Milano: 65 sgg.
- 1994, *Il nuovo cittadino*, Marsilio, Venezia.
- 1996, *L'ordinamento repubblicano*, Cedam, Padova.
- Berti G. 1982-1983, *La parabola della persona stato (e dei suoi organi)*, in *Quad. fior.*, II (11-12): 1001 sgg.
- 1994, *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*: 405.
- 1996, *Il dedalo amministrativo e il diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Mucchi, Modena, I: 283 sgg.
- Bobbio N. 1969, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*: 1313 sgg.
- 1985, *Stato, governo, società*, Einaudi, Torino.
- Calamandrei P. 1996, *In difesa di Danilo Dolci*, in Id., *Costituzione e leggi di Antigone*, La Nuova Italia, Firenze: 53 sgg.
- Cassese S. 1995, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, V: 373 sgg.
- 2001, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 601 sgg.
- Cerulli Irelli V. 2003, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*: 1 sgg.
- 2014, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*: 341 sgg.
- Chirulli P. 2005, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità alla rilevanza della funzione*, Cedam, Padova.
- Cudia C. 2012, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Maggioli, Rimini.

- D'Alessandro D. 2004, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Giuffrè, Milano.
- De Carli P. 2002, *Sussidiarietà e governo economico*, Giuffrè, Milano.
- Donati D. 2010, *La sussidiarietà orizzontale da principio a modello: dinamiche, limiti e ruolo della concorrenza*, in D. Donati, A. Paci (a cura di), *Sussidiarietà e concorrenza*, il Mulino, Bologna: 199 sgg.
- 2013, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, il Mulino, Bologna.
- Duret P. 2000, *Sussidiarietà orizzontale: radici e suggestioni di un principio*, in *Jus*: 95 sgg.
- 2004, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Cedam, Padova.
- 2013, *Taking 'commons' seriously: spigolature su ambiente come bene comune e legitimatio ad causam*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 1: 1 sgg.
- Ferrara R. 1999, *La programmazione negoziata fra pubblico e privato*, in *Diritto amm.*: 429 sgg.
- Ferroni M.V. 2008, *Principio di sussidiarietà e negoziazione urbanistica*, Giappichelli, Torino.
- Frego Luppi S.A. 2004, *Servizi sociali e diritti della persona*, Giuffrè, Milano.
- 2008, *Il principio di consensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e della giurisprudenza più recenti*, in *Dir. amm.*: 691 sgg.
- Frosini T.E. 2000, *Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale*, in *Riv. Giur. Mezz.*: 15 sgg.
- Galeotti S. 1996, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. e soc.*: 1 sgg.
- Gigliotti F. 2015, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*: 413 sgg.
- Giuffrè F. 2002, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- 2005, *Libertà e solidarietà nella prospettiva del nuovo modello "federale" di welfare*, in B. Pezzini, C. Sacchetto (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Giuffrè, Milano: 79 sgg.
- Grossi P. 2007, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari.
- Iaione C. 2013, *La città come bene comune*, in *Aedon*: 1.
- Lombardi R. 2008, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino.
- Luciani M. 2000, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. Dir.*: 367 sgg.
- Luther J. 1996, *Il principio di sussidiarietà: un "principio speranza" per il diritto costituzionale comune europeo?*, in *Foro it.*: 191 sgg.
- Marzuoli C. 1982, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano.
- 2005, *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*: 71 sgg.
- Massa Pinto I. 2003, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Jovene, Napoli.
- Massera A. 2011, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Plus, Pisa.

- Merusi F. 2003, *Il diritto 'sussidiario' dei domini collettivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 77 sgg.
- Nieto A. 2012, *Critica della ragion giuridica*, FrancoAngeli, Milano.
- Pastori G. 2002, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*: 85 sgg.
- Pinelli C. 2007, *L'ordinamento europeo ed italiano*, in C. Magnani (a cura di), *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, Giappichelli, Torino: 43 sgg.
- Rescigno G.U. 2002, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*: 5 sgg.
- Ridola P. 2001, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralistica*, in A. Cervati, S. Panunzio, P. Ridola (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale*, Giappichelli, Torino: 194 sgg.
- Sen A. 1990, *La libertà individuale come impegno sociale*, in I. Berlin, A. Sen, V. Mathieu, G. Vattimo, S. Veca, *La dimensione etica nelle società contemporanee*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino: 21 sgg.
- Tosato E. 1959, *Sul principio di sussidiarietà dell'intervento statale*, in *Nuova Antologia*: 451 sgg.
- Vetritto G. 2005, *Dilemmi della sussidiarietà*, in *Queste ist.*, 138-139: 24 sgg.

LA «PIENA RESPONSABILITÀ CIVILE» NEI CONFRONTI DELL'AMMINISTRAZIONE COME DIRITTO DI CITTADINANZA

Annalisa Giusti

SOMMARIO – 1. Il lungo percorso verso un'amministrazione responsabile. 2. Dall'immunità dell'amministrazione al *neminem laedere*. 3. Dalla «responsabilità» alla «piena responsabilità» civile della pubblica amministrazione: la prospettiva del diritto interno. 4. La «piena» responsabilità civile nel diritto europeo: in particolare, la prospettiva della Corte di Giustizia dell'Unione europea. 5. Il diritto al risarcimento come «bene» della persona: la prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. Un bilancio conclusivo.

1. Il lungo percorso verso un'amministrazione responsabile

L'affermazione del principio della responsabilità civile dell'amministrazione, nell'esercizio della sua attività autoritativa, è ormai tradizionalmente fatta risalire al 1999, anno in cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹, superando una pregressa giurisprudenza definita dalla dottrina 'monolitica' o addirittura 'pietrificata', infrangevano il dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi, ammettendo la responsabilità civile dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 2043 c.c., per il risarcimento dei danni derivanti ai soggetti privati dall'emanaione di atti o provvedimenti illegittimi, lesivi di situazioni di interessi legittimi.

Nei centocinquanta anni che separano dalle leggi di unificazione amministrativa, l'esistenza di una amministrazione responsabile si pone, effettivamente, in forte discontinuità con il passato, rispetto al quadro non solo successivo alle leggi del 1865 ma anche all'entrata in vigore della Costituzione. Leggendo però tale principio quale espressione di un diritto di cittadinanza amministrativa, nell'ottica specifica di questo studio, il diritto di ogni cittadino di agire in giudizio e ottenere il ristoro dei danni subiti dall'esercizio dell'attività autoritativa della pubblica amministrazione si colloca nel percorso di ridefinizione del rapporto fra autorità e libertà avviato all'indomani del fallimento del sistema delle tutele descritto dalla legge del 1865, in particolare dall'Allegato E, dedicato alla giustizia amministrativa (Benvenuti, 1969: 174). La possibilità per il singolo cittadino di far valere la propria pretesa risarcitoria anche nei confronti dell'amministrazione presuppone infatti un rapporto non più dominato dall'autorità del provvedimento ed è espressione di una «giusta ripartizione di diritti e di doveri» (Benvenuti, 1969: 214), assicurata da un modello di giustizia sostanziale e non solo formale. In questo scenario, in cui Feliciano Benvenuti a cento anni dalle

leggi di unificazione amministrativa definiva le nuove prospettive della giustizia amministrativa, aveva un ruolo essenziale l'affermazione dei principi costituzionali di imparzialità e responsabilità «sia dei funzionari che dell'amministrazione stessa» (Benvenuti, 1969: 214). Sarebbero trascorsi però ancora molti anni per completare tale percorso e superare il dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi, eliminando l'isola di immunità e di privilegio (Benvenuti, 1969) che mal si conciliava con le più elementari esigenze di giustizia.

Consolidato il principio, il traguardo dei centocinquanta anni dalle leggi del 1865 è l'occasione per saggiarne l'effettività e verificare se possa parlarsi di «piena» responsabilità civile della p.a.

L'odierna riflessione sul principio di «piena responsabilità civile della pubblica amministrazione» deve essere compiuta ampliando necessariamente l'orizzonte dell'indagine oltre la dimensione interna, guardando all'esperienza del diritto europeo, quale locuzione che comprende il diritto dell'Unione europea, il diritto CEDU e le rispettive applicazioni giurisprudenziali. La piena responsabilità civile dell'amministrazione si inserisce oggi nel sistema delle tutele che ruota intorno agli artt. 24 Cost., 113 Cost., 28 Cost., 2043 c.c., 340 T.F.U.E. e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. I principi del diritto europeo integrano la legalità dell'azione amministrativa²; la giurisdizione amministrativa, quale garante della sua attuazione e dell'effettività del correlato diritto, deve assicurare «una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo»³.

Proiettato in una dimensione sovranazionale, il recente consolidamento del principio svela, innanzitutto, l'iniziale arretratezza italiana rispetto agli ordinamenti stranieri e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. All'affermazione in sede europea dell'esistenza di un principio di responsabilità civile dell'amministrazione (e dello Stato) quale parte della tradizione di tutti i sistemi giuridici, si è infatti contrapposta, per lungo tempo, la completa esclusione dell'attività autoritativa della p.a. dall'ambito di applicazione del *neminem laedere*. Il nostro ritardo (contra Mazzamuto, 2009: 157) ha fatto sì che al modello europeo si guardasse quale traguardo di effettività della tutela, nella prospettiva di accrescere la protezione del singolo avanti alla pubblica amministrazione, dimenticando il contesto e le finalità per le quali si era giunti ad affermare, anche in sede comunitaria, la responsabilità della pubblica amministrazione (Caranta, 1992: 1169).

Ai nostri giorni, in cui tale principio è ormai consolidato anche nella tradizione giuridica italiana, occorre riconsiderare l'esperienza della Corte di Giustizia, verificando se le soluzioni elaborate dal giudice del Lussemburgo rappresentino ancora un'aspirazione di pienezza ed effettività per le corti italiane.

Il diritto europeo quale parametro della legalità interna e dell'effettività della giustizia amministrativa non si esaurisce tuttavia nella giurisprudenza della Corte

di Giustizia dell'Unione europea ma si arricchisce dell'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo; la 'misura' della pienezza del principio deve essere perciò saggiata anche in base ai parametri definiti dai giudici di Strasburgo. Nella prospettiva CEDU, come si specificherà nel prosieguo, il diritto al risarcimento appartiene ai «beni» tutelati ai sensi dell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 ed è dunque riconducibile al diritto di proprietà.

2. *Dall'immunità dell'amministrazione al neminem laedere*

La conquista di civiltà giuridica e, soprattutto, il senso della profonda trasformazione apportata al nostro ordinamento dal riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni cagionati dall'attività autoritativa dell'amministrazione (Renna, 2016), può essere colta a pieno solo risalendo, seppur brevemente, alle origini della sostanziale immunità dell'amministrazione, partendo proprio dalle leggi di unificazione amministrativa.

Le norme sulla tutela giurisdizionale dettate dalla legge del 1865 finirono per negare, di fatto, la possibilità stessa di concepire l'esistenza di un simile diritto.

L'allegato E affidava al giudice ordinario (Figorilli, 2002: 48), quale giudice dei diritti civili e politici, il compito di ristabilire la fisiologia del rapporto fra autorità e libertà violata dalla condotta amministrativa; maggiore sarebbe stata l'estensione della categoria dei diritti, più ampie sarebbero state le aspettative di tutela nei confronti dell'amministrazione. Nonostante, astrattamente, vi fossero le condizioni per l'ingresso di situazioni risarcibili, il fallimento dell'assetto delineato dalla legge del 1865 esclude ogni possibile affermazione di una amministrazione responsabile. Dopo una fase iniziale di applicazione estensiva dei diritti soggettivi, il giudice ordinario subì infatti «sempre di più il peso concorrente dell'amministrazione» (Benvenuti, 1969: 192). Questo maggior peso dell'amministrazione si manifestò in maniera duplice. Da un lato, aumentava l'attività amministrativa dello Stato e con essa i potenziali conflitti fra gli interessi pubblici e le situazioni soggettive del singolo; dall'altro, si assisteva a un progressivo arretramento del giudice ordinario, chiamato a conoscere solo delle questioni patrimoniali. La formula dei «diritti politici» non riuscì a ricomprendere posizioni soggettive diverse da quelle correlate ai diritti di elettorato, lasciando fuori dal suo perimetro tutti quegli interessi che entravano in relazione (e spesso in collisione) con l'esercizio del potere amministrativo. «Salvato formalmente il diritto soggettivo, tutto il resto era libero all'invasione dell'amministrazione» (Benvenuti, 1969: 193).

In un contesto in cui solo la gestione patrimoniale dello Stato avrebbe dato luogo a pretese azionabili in sede giurisdizionale, «mentre l'attività di imperio esaltava la sudditanza dei cittadini e disconosceva rapporti giuridici tra essi e

l'amministrazione» (Benvenuti, 1969: 193) non avrebbe potuto esserci alcuno spazio né per l'idea stessa di una amministrazione responsabile né, tantomeno, per situazioni giuridiche soggettive risarcibili.

Questo vuoto non fu colmato neanche dalla creazione di un sistema di giustizia amministrativa. La sostanziale disapplicazione dell'art. 3 dell'All. E e l'assenza di un «vero impegno morale» (Benvenuti, 1969: 193) nell'applicazione dei suoi precetti, creò un bisogno di legalità nell'amministrazione che fece degli interessi – intesi quali 'non diritti' – il punto di riferimento soggettivo di una tutela che avrebbe dovuto salvaguardare innanzitutto l'amministrazione, secondo la più classica delle accezioni della giurisdizione oggettiva. In un sistema in cui la tutela del singolo era funzionale al ripristino della legalità violata, le pretese risarcitorie si ponevano in una dimensione estranea – quella soggettiva e personale del rapporto giuridico – difficilmente conciliabile con quella oggettiva e incentrata sul provvedimento imperativo.

Il vincolo del *neminem laedere* avrebbe potuto stringere anche l'amministrazione solo se l'interesse da tutelare avesse avuto la piena dignità di situazione giuridica soggettiva, di natura sostanziale, correlata a un bene della vita, il cui sacrificio (in caso di interessi legittimi oppositivi) o la cui insoddisfazione (se interessi legittimi pretensivi) avrebbe potuto concretizzare un pregiudizio.

L'odierno diritto di cittadinanza e, prima ancora, la stessa possibilità di concepire una amministrazione responsabile nascevano dunque dal consolidamento dell'interesse legittimo, non più minoritario rispetto al diritto soggettivo ma con la stessa dignità costituzionale e le medesime garanzie.

Nonostante siano le norme sostanziali a dover definire i bisogni di tutela del singolo e le situazioni giuridiche soggettive correlate, è innegabile, per l'intrinseca peculiarità del diritto amministrativo, che la giurisprudenza abbia avuto un ruolo complementare e definitivo nel delineare le caratteristiche dell'interesse legittimo risarcibile e, specularmente, i tratti dell'amministrazione responsabile. Così, è allo storico *revirement* delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁴ che va attribuito il merito di aver completato lo 'statuto' dell'interesse legittimo attraverso l'ampliamento della nozione del danno ingiusto. L'art. 2043, trasferendo sull'autore del fatto il danno ingiusto inferito alla vittima, contribuiva, anche per questa via, a ristabilire l'equilibrio fra la libertà del singolo e dell'amministrazione, sancendo il diritto del cittadino a far valere la propria pretesa risarcitoria nei confronti di un potere amministrativo civilmente responsabile.

Letto nella prospettiva del diritto di cittadinanza, il passaggio dall'immunità dell'amministrazione al *neminem laedere* ha segnato l'ingresso del principio della responsabilità civile fra i limiti esterni della discrezionalità amministrativa, sancendo la giustiziabilità anche delle pretese risarcitorie.

Affermata l'esistenza del diritto, l'indagine sull'effettività si sposta sul profilo processuale (Giannelli, 2016) e sui presupposti e le condizioni per la sua azionabilità; nella dimensione del processo, fra l'altro, possono essere più concretamente saggiate le peculiarità del modello interno rispetto a quello europeo, verificando le condizioni per una «piena» responsabilità civile della pubblica amministrazione.

3. Dalla «responsabilità» alla «piena responsabilità» civile della pubblica amministrazione: la prospettiva del diritto interno

La regolamentazione processuale del principio di responsabilità ad opera del codice del processo amministrativo rappresenta un passaggio fondamentale per verificarne la sua odierna conformazione; è il codice infatti che, concretamente, delinea i presupposti in presenza dei quali il principio della responsabilità funge da riequilibrio fra la libertà, rispettivamente, del singolo e della p.a.

All'originaria frammentazione legislativa e giurisprudenziale della ricostruzione del principio di responsabilità, frutto della convergenza fra le disposizioni del codice civile⁵, le norme speciali sulla giurisdizione esclusiva⁶, le previsioni della legge t.a.r.⁷ e le opposte soluzioni (Villata, 2007) delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁸ e dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁹, si oppone oggi la norma unitaria dell'art. 30 del Codice del processo amministrativo.

Attualmente, la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria, può essere chiesta contestualmente ad altra azione o in via autonoma. L'azione è sottoposta al termine di decadenza di centoventi giorni e il *dies a quo* varia a seconda del fatto che sia proposta autonomamente o congiuntamente a quella di annullamento o se il danno derivi dall'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. L'art. 30 c.p.a. prevede inoltre che «nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti».

Nonostante il principio del *neminem laedere* lambisca ormai i confini della discrezionalità amministrativa e sia una componente essenziale del rapporto pubblicistico fra amministrazione e privato, i 'nodi' della sua effettività e i possibili ostacoli verso la pienezza del principio sono stati in gran parte racchiusi fra le maglie della formula civilistica dell'art. 2043 c.c., cui si è affiancato il problema della c.d. pregiudizialità amministrativa.

In linea di continuità con la precedente e maggioritaria giurisprudenza, l'art. 30 modella la responsabilità dell'amministrazione secondo i caratteri dell'art. 2043 c.c.; sebbene le due norme non siano sovrapponibili, lo schema civilistico

è comunque utile come criterio di lettura anche del codice del processo amministrativo (Cortese, 2012a: 968).

I primi due elementi su cui focalizzare l'attenzione sono, innanzitutto, l'evento potenzialmente dannoso e la situazione giuridica risarcibile.

Con una formula ampia l'art. 30 c.p.a. descrive il fatto illecito come «l'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa» o «il mancato esercizio di quella obbligatoria». L'evento dannoso non è tipizzato e non si riduce alla sola adozione del provvedimento illegittimo o al silenzio inadempimento. La flessibilità dei confini della norma consente così di concentrare avanti al giudice amministrativo ogni condotta riconducibile, anche mediamente, all'esercizio del potere amministrativo, escludendo tutte le fattispecie in cui il rapporto fra il privato e la p.a. sia paritario e, in quanto tale, disciplinato dal diritto privato¹⁰. Ad esse si aggiunge, in base all'art. 2 *bis* della legge 241/1990, l'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, qualora sia causa di un danno ingiusto per l'interessato (Figorilli, Renna, 2011).

La natura autoritativa dell'illecito e la sua riconducibilità alle manifestazioni del potere amministrativo non è però sufficiente a radicare la giurisdizione amministrativa; la pretesa risarcitoria nasce soltanto se la situazione giuridica soggettiva lesa sia un interesse legittimo o un diritto soggettivo, nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva.

L'individuazione della situazione risarcibile è centrale non solo ai fini della giurisdizione ma, soprattutto ai fini specifici di questo studio, per la connotazione in termini di 'pienezza' del principio.

Apprendo alla risarcibilità dell'interesse legittimo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nel 1999, avevano qualificato l'art. 2043 c.c. come norma primaria di protezione atipica, destinata ad assicurare tutela a ogni interesse giuridicamente rilevante. Senza stabilirli a priori, sarebbe spettato al giudice procedere alla loro selezione, mediante «un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza».

Alla atipicità dell'art. 2043 c.c. sembra oggi opporsi la tipicità dell'art. 30 c.p.a., aprendo così all'interprete due diverse possibili soluzioni: la prima, escludere l'azionabilità di qualsiasi pretesa non riconducibile a una delle situazioni giuridiche soggettive canoniche; la seconda, ammettere la tutela risarcitoria di ulteriori interessi che intervengono nelle dinamiche dell'esercizio del potere amministrativo, affidandoli però alla cognizione del giudice ordinario, ai sensi dell'art. 2043 c.c.

In particolare, è a questo crocevia fra effettività e concentrazione fra le tutele che si colloca la difficoltà di inquadrare e garantire l'azionabilità di tutte quelle pretese, soprattutto di tipo procedimentale, comunque lese dall'azione amministrativa, anche quando l'esito sia un provvedimento sfavorevole ma legittimo o, addirittura, favorevole. Sintetizzando un dibattito ben più ampio (Castronovo, 1995: 147), occorre trovare uno spazio di tutela anche alla c.d. «responsabilità da contatto»¹¹, formula con la quale è stata riassunta la rete delle relazioni qualificate – e delle correlate pretese – che si creano nel procedimento amministrativo regolato dai principi e dalle regole specifiche della l. 241/1990 (Protto, 2001: 213; Bartolini, 2003: 942).

Qualora tali pretese, come parte della dottrina propone, assurgano a veri e propri diritti soggettivi, indipendentemente dalla spettanza del provvedimento, l'assenza della giurisdizione esclusiva (Falcon, 2009: 241) dovrebbe fare del giudice ordinario (Renna, 2005, 557) l'autorità giudiziaria competente a conoscere della domanda risarcitoria, aprendo però a una frammentazione delle tutele opposta alla *ratio* dell'art. 30 c.p.a.

Non può essere questa la sede per indagare sulla natura delle pretese procedurali (Figorilli, 1996; Zito, 1996; Follieri, 1998; Occhiena, 2002; Ferrara, 2003; Comporti, 2003) e gli spazi per una autonoma tutela.

In uno studio, qual è quello proposto, sulle condizioni della pienezza del principio della responsabilità civile della p.a. appare più utile chiedersi se nel perimetro delineato dall'art. 30, All. 1, d.lgs. 104/2010 possa essere domandato al giudice amministrativo il ristoro per i danni derivanti da un'attività dell'amministrazione diversa dall'adozione di un provvedimento sfavorevole e illegittimo (o da un silenzio inadempimento).

Il codice ha concentrato avanti al giudice amministrativo tutte le condotte (attive e omissive) riconducibili «anche mediatamente» all'esercizio del potere amministrativo, dalle quali derivi una lesione all'interesse legittimo del privato. Di conseguenza, qualsiasi condotta *contra legem* che intervenga nella formazione della decisione amministrativa, indipendentemente dalla situazione correlata alla norma violata, è in grado di incidere negativamente sull'interesse legittimo, inteso quale situazione giuridica dinamica, che si manifesta ed è protetta nell'intera fase dell'esercizio del potere, non solo nel suo approdo procedimentale. Poiché il giudice, nel determinare il risarcimento, è tenuto a valutare non solo tutte le circostanze di fatto ma altresì «il comportamento complessivo delle parti», compresa l'amministrazione, è ragionevole ammettere la risarcibilità dei danni cagionati anche da tali condotte, in quanto lesive dell'interesse legittimo che intercetta l'esercizio del potere, purché sussistano, evidentemente, gli ulteriori elementi dell'illecito. La non risarcibilità non è, dunque, l'effetto di una aprioristica preclusione per determinate situazioni giuridiche soggette

tive, quanto la conseguenza dell'applicazione del modello della responsabilità definito dal codice.

La proposta *reductio ad unum* processuale consente così di riportare nell'art. 30 c.p.a. tutte le vicende che, sebbene non si manifestino in una illegittimità provvedimentoale (o in un silenzio inadempimento), sono comunque pregiudizievoli per il privato, escludendo una possibile «lettura dicotomica dentro-fuori» (Comporti, 2012: 196) della norma e la conseguente frammentazione delle tutele cui pure potrebbe prestarsi l'operazione totalizzante del codice.

A questa positiva ricerca di nuovi spazi per un'amministrazione responsabile, attraverso l'ampliamento delle situazioni risarcibili, si oppone la consolidata distinzione fra interessi legittimi oppositivi e pretensivi e, soprattutto, la difficile tecnica di protezione riservata a questi ultimi (Fantini, 2002: 132). Una giurisprudenza consolidata, risalente alla sentenza Cass. S.U. n. 500/1999, impone infatti al giudice di verificare, preliminarmente, se il ricorrente sia titolare di una mera aspettativa o di una situazione giuridicamente protetta, valutando la «consistenza» della protezione riservata dall'ordinamento all'istanza di tutela del privato. Soltanto quando, sulla base di un «giudizio prognostico», quest'ultima sia fondata e destinata «secondo un criterio di normalità, a un esito favorevole», si è in presenza di un interesse legittimo (pretensivo) risarcibile.

Per attenuare gli ostacoli verso la risarcibilità di tale tipologia di interessi, la giurisprudenza amministrativa, sulla scia del giudice ordinario, ha ammesso la risarcibilità del danno da «perdita di *chance*» (Sorace 2004, 137), inteso quale lesione della concreta occasione favorevole di conseguire un determinato bene, occasione che non è una mera aspettativa di fatto, ma entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione (Cons. Stato, sez. V, 20.06.2015, 3249). Il danno da perdita di *chance*, in concreto, può essere ravvisato e risarcito solo con specifico riferimento al grado di probabilità che il richiedente avrebbe avuto di conseguire il bene della vita e cioè in ragione della maggiore o minore probabilità dell'occasione perduta. Il ricorrente, in particolare, ha l'onere di provare gli elementi atti a dimostrare, pur se in modo presuntivo e basato sul calcolo delle probabilità, la possibilità concreta che egli avrebbe avuto di conseguire il risultato sperato. Tale probabilità di successo è attualmente determinata in almeno il 50%¹².

Alla base di una tecnica così articolata e di difficile praticabilità – così come della ricerca di possibili correttivi – vi è, indubbiamente, la necessità di evitare che il timore della responsabilità divenga un freno della macchina amministrativa, a svantaggio dell'interesse pubblico; senza sottovalutare, indubbiamente, il possibile aggravio sull'erario dell'aumento delle occasioni di risarcimento.

Il bilanciamento fra le esigenze dell'interesse pubblico e quelle del privato, che si compendia nella ricerca dei limiti della responsabilità, non sembra poter esse-

re trovato in un restringimento dell'ambito delle situazioni giuridiche soggettive. Una simile scelta, infatti, non solo rischia di vanificare l'affermazione del principio dell'amministrazione responsabile, paventando il ritorno a una anacronistica irrisarcibilità, ma si pone contraddittoriamente in conflitto anche con la costante qualificazione dell'interesse legittimo offerta dalla giurisprudenza. I giudici (Cons. St., Ad.Pl., 23.03.2011, n.3) lo hanno infatti definito come la situazione di vantaggio correlata a un bene della vita, che si compendia nell'attribuzione di poteri idonei a influire sul corretto esercizio del potere, così da rendere possibile la realizzazione (se pretensivo) o la difesa (se oppositivo) dell'interesse al bene. Il nucleo essenziale dell'interesse legittimo è il medesimo (Scoca, 2000: 20), indipendentemente dalla sua direzione conservativa o ampliativa del patrimonio giuridico del soggetto e, in quanto tale, legittima l'utilizzo di tecniche di tutela omogenee.

La medesima tensione fra la pienezza del principio e il pericolo di *overdeterrence* (Clarich, 2013: 284) si manifesta anche nelle soluzioni sperimentate dalla giurisprudenza in relazione all'elemento soggettivo, su cui si è concentrata, soprattutto nell'ultimo lustro (Cimini, 2008; Fracchia, 2009), la riflessione sull'effettività della tutela, avanti alle scelte divergenti della giurisprudenza interna ed europea.

I giudici nazionali, rifuggendo l'automatismo fra illegittimità del provvedimento e colpa dell'amministrazione, hanno sintetizzato nella c.d. colpa di apparato la condotta dell'amministrazione compiuta in violazione dei canoni del buon andamento. L'imputazione dell'illecito si ha solo nel caso in cui «l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo [...] sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione» (Cass. S.U., n. 500/1999).

I giudici europei, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, hanno invece coniato un modello di responsabilità oggettiva e senza colpa.

Avanti a una tradizione più che centenaria di irresponsabilità dell'amministrazione, la soluzione comunitaria è così apparsa la via attraverso la quale accrescere le garanzie del singolo avanti all'esercizio illegittimo del potere amministrativo, superando le strettoie del diritto interno.

È indubbio che l'accertamento dell'elemento soggettivo, soprattutto nel raffronto con l'esperienza europea, abbia un ruolo cardine nel determinare la misura della pienezza del principio. Tuttavia, anticipando una riflessione cui sarà dato più ampio spazio in seguito, l'assolutezza di simili contrapposizioni rischia di offrire una lettura della giurisprudenza della Corte di Giustizia attraverso la lente esclusiva del diritto interno, che espone al pericolo di una visione distorta – e probabilmente ideale – del principio, immaginando una dimensione di pienezza e di effettività distante dalla sua reale connotazione.

Al centro fra le contrapposte spinte fra l'ampliamento e la ricerca di una «rete di contenimento» (Busnelli, 1997: 269) alla responsabilità dell'amministrazione si

trova altresì la dibattuta questione della «pregiudizialità amministrativa» (Cortese, 2007). Nella sintesi della pregiudizialità amministrativa sono infatti concentrati gli elementi centrali e più classici della relazione fra autorità e libertà, nelle cui dinamiche si colloca la piena responsabilità civile quale diritto di cittadinanza.

Prima dell'entrata in vigore del codice, la giurisprudenza del Consiglio di Stato¹³ sanciva l'inammissibilità in rito della domanda risarcitoria non accompagnata o preceduta dalla previa sperimentazione del rimedio impugnatorio, nel termine di decadenza di sessanta giorni. Il diritto del singolo a far valere la propria pretesa risarcitoria cedeva avanti alla presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo, consolidata dalla sua omessa impugnazione; l'assolutezza della presunzione rendeva il provvedimento irreclamabile ed escludeva l'ingiustizia del danno. Il giudizio risarcitorio avrebbe dovuto concludersi, pertanto, con una pronuncia in rito, stante la concreta equivalenza fra il giudicato che, rilevata la mancata impugnazione, dichiarasse l'improcedibilità della domanda e quello che, pronunciandosi nel merito, ne stabilisse l'infondatezza per mancanza dell'illegittimità denunciata.

Alla soluzione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, incentrata su alcuni dei punti cardine dello statuto del provvedimento amministrativo (presunzione di legittimità del provvedimento e inoppugnabilità), si contrapponeva la tesi, tutta processuale, della autonomia delle azioni proposta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁴, che avevano ravvisato un diniego di giurisdizione sindacabile ex art. 360, comma 1 n. 1 e 362 c.p.c. in tutti i casi in cui la declaratoria di inammissibilità della domanda risarcitoria fosse motivata solo dalla mancanza della previa impugnazione dell'atto (Fantini, 2009: 552).

Il codice del processo amministrativo ha sancito espressamente l'autonomia processuale della domanda risarcitoria rispetto a quella impugnatoria; non ha tuttavia escluso la rilevanza causale della mancata contestazione dell'illegittimità del provvedimento ai fini della configurazione dell'ingiustizia del danno e della sua risarcibilità. Il giudice esclude, infatti, il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare «usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti». Abbandonata la pregiudizialità processuale pura, la mancata impugnazione incide sul merito dell'azione risarcitoria, decretandone l'infondatezza; l'assenza di una corretta e tempestiva reazione, infatti, consente al provvedimento di operare in modo precettivo e impedisce che il danno possa essere considerato ingiusto e illecita la condotta tenuta dall'amministrazione in esecuzione dell'atto inoppugnato.

In definitiva, evocando ancora una volta la fortunata locuzione della 'rete di contenimento' (Busnelli, 1997: 269), l'art. 30 del codice, così come letto dalla giurisprudenza, ha individuato il limite alla risarcibilità degli interessi legittimi nel concetto stesso di danno.

Colta nelle dinamiche del rapporto fra autorità e libertà, la pregiudizialità, sebbene in merito, sembrerebbe riproporre la tradizionale asimmetria fra le parti che tradizionalmente connota il processo amministrativo, gravando il privato di un preventivo onere di attivazione dei mezzi di tutela.

Tale asimmetria è stata invece esclusa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha individuato nella mancata attivazione degli strumenti di tutela una condotta compiuta in violazione del divieto di abuso del processo (Cortese, 2012; Giusti, 2014; Tropea, 2015: 569) che, mitigando il principio della insindacabilità delle scelte giudiziarie, impone al titolare di ogni situazione soggettiva di non azionarla con strumenti sostanziali e processuali che infliggano all'interlocutore un sacrificio «non comparativamente giustificato dal perseguimento di un lecito e ragionevole interesse». Trasposta al processo amministrativo, l'impugnazione del provvedimento rappresenta la condotta fisiologicamente esigibile alla luce del dovere di solidale cooperazione dell'art. 1127 c.c., tanto più che, salvo per il minor termine decadenziale, non implica costi e impegni superiori rispetto al rimedio risarcitorio e, anzi, «si presenta più semplice e meno aleatoria nella misura in cui richiede il solo riscontro della presenza di un vizio di legittimità invalidante», senza postulare la dimostrazione di tutti gli elementi necessari a fini risarcitori. Diversamente, le esigenze di preservazione della stabilità dei rapporti giuridici rischierebbero di essere messe a rischio dalla legittimazione di comportamenti opportunistici, che mirino a trarre occasioni di lucro da situazioni che hanno leso in modo marginale i destinatari, tanto da non averli indotti a reagire tempestivamente. La pregiudizialità di merito, secondo la lettura offertane dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, è dunque espressione del più ampio principio di buona fede, correttezza e solidarietà che informa i rapporti obbligatori, compresi quelli nascenti dalla violazione del *neminem laedere* e pone un onere di diligenza particolarmente rafforzato in capo al danneggiato (Scoca, 2011: 992). L'ampio riferimento dell'art. 30, co. 3 agli «strumenti di tutela previsti» fa infatti sì che il nesso eziologico sia reciso non solo dalla mancata impugnazione del provvedimento dannoso, ma anche dall'omessa attivazione di altri rimedi idonei ad evitare il danno, compresi i ricorsi amministrativi o l'assunzione di atti di iniziativa finalizzati a stimolare l'autotutela amministrativa. La violazione di un siffatto obbligo di cooperazione spezza il nesso causale ed impedisce, di conseguenza, il risarcimento dei danni (Giannelli, 2012: 46).

La scelta legislativa e la lettura della pregiudizialità amministrativa offerta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si prestano a valutazioni non univoche, dai cui esiti dipende il giudizio positivo o meno sulla pienezza del principio.

Per stabilire se tale approccio, in una prospettiva *de iure condito*, sia in grado di realizzare la sintesi equilibrata fra autorità e libertà in cui si colloca il princi-

pio di responsabilità o debba aspirare a un completamento, occorre proiettare la riflessione nella dimensione sovranazionale del diritto europeo.

4. La «piena» responsabilità civile della p.a. nel diritto europeo: in particolare, la prospettiva della Corte di Giustizia dell'Unione europea

Come anticipato, l'esistenza di un principio comunitario della responsabilità amministrativa ha assunto, nell'esperienza nazionale, una connotazione singolare (Giusti, 2016a). Mentre in Europa l'affermazione del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo si consolidava muovendo proprio dall'esistenza di un principio di responsabilità civile della pubblica amministrazione (e dello Stato) quale parte della tradizione di tutti i sistemi giuridici nazionali, in Italia la possibilità di concepire la responsabilità civile della pubblica amministrazione per la violazione del diritto europeo divenne uno degli argomenti attraverso i quali infrangere il dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi e trarre la medesima conclusione anche avanti a un'illegittima violazione del diritto interno (Bartolini, 2005).

Questa diversa direzione ha inciso anche sul significato assunto dal principio. In sede europea, il principio di responsabilità è stato uno dei mezzi per assicurare il primato del diritto comunitario; l'effettività delle norme dell'Unione era rafforzata garantendo effettività alla tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche da esse stesse create. Nel diritto interno, invece, la responsabilità dell'amministrazione è stata letta essenzialmente quale misura di protezione del privato avanti all'esercizio illegittimo del potere. A un modello sovranazionale di responsabilità amministrativa mista, se non tendenzialmente oggettiva, si opponeva la visione tutta soggettiva del diritto nazionale.

Attualmente, la responsabilità civile della pubblica amministrazione per violazione del diritto europeo può essere indagata in una triplice direzione: la prima, per i danni cagionati dalle istituzioni dell'Unione o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni, ai sensi dell'art. 340 T.F.U.E.; la seconda, di matrice giurisprudenziale, per i danni cagionati dagli Stati membri per la violazione del diritto europeo; la terza, relativa alla violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In particolare, è dalla giurisprudenza in materia di responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto europeo che i giudici interni hanno tratto uno degli argomenti per infrangere il dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi.

La Corte del Lussemburgo ha delineato i tratti essenziali del proprio modello di responsabilità civile della p.a. a partire dalla sentenza Francovich¹⁵, definendo le «condizioni comunitarie» in presenza delle quali sorge l'obbligo risarcitorio in capo allo Stato membro. Questo schema è stato esteso anche alla pubbli-

ca amministrazione, non solo per il principio di indifferenza delle funzioni, tipico dell'ordinamento europeo, ma anche per effetto della sua specificazione giurisprudenziale, con il *leading case* Lomas¹⁶. I principi della c.d. giurisprudenza Francovich, fra l'altro, si ritrovano anche nelle decisioni della Corte di Giustizia sull'art. 340 T.F.U.E.¹⁷, consentendone una trattazione unitaria.

La prima condizione che determina la responsabilità dello Stato è l'esistenza di una posizione giuridica individuale protetta dal diritto europeo, la cui lesione incida sulla sfera patrimoniale del singolo. Non è necessario si tratti di un diritto patrimoniale; è invece fondamentale che la norma attribuisca al privato un diritto individuabile nel suo oggetto in modo preciso, dalla cui lesione sorga, per l'appunto, un obbligo risarcitorio. Il fatto produttivo del danno non coincide con qualsiasi violazione della norma; è invece necessario che sia «grave e manifesta». Nel caso di attività vincolata, in cui la norma individui obblighi precisi e incondizionati a carico dell'autorità amministrativa, la sola violazione è sufficiente per integrare il presupposto per la risarcibilità del danno. Nelle ipotesi di attività discrezionale, invece, sono stati elaborati una serie di elementi sintomatici del carattere grave e manifesto della violazione, da cui emerga palesemente il grave superamento dei limiti all'esercizio della discrezionalità. Si ha, pertanto, un fatto illecito quando non sia stato osservato un obbligo dal contenuto chiaro e preciso in ogni elemento; quando la giurisprudenza della Corte abbia già sufficientemente chiarito situazioni giuridiche dubbie identiche o comunque analoghe a quelle dedotte in giudizio; nelle ipotesi in cui, infine, sia stata manifestamente erronea l'interpretazione delle norme comunitarie compiuta dall'autorità nazionale.

Gli elementi dell'illecito sono circoscritti nel perimetro della norma violata, escludendo così qualsiasi indagine sull'elemento soggettivo. Di conseguenza, qualora la *norma agendi* sia una norma di risultato, la violazione matura nel momento in cui lo Stato non sia riuscito a realizzare il risultato voluto dalla norma; se invece prescrive un comportamento, un obbligo di diligenza, la violazione di questo obbligo è l'oggetto dell'illecito, non il suo elemento soggettivo.

L'evento dannoso e la condotta illecita della p.a. devono essere legati da un nesso causale; ed è nel nesso causale che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha fatto convergere la questione della pregiudizialità amministrativa, nella più ampia cornice del principio della concorrenza del fatto del danneggiato. Più in particolare, i giudici europei hanno ricompreso l'attivazione delle vie legali a disposizione del soggetto – fra cui il previo esperimento dell'azione di annullamento – fra i comportamenti di ragionevole diligenza che la persona lesa deve dimostrare di aver tenuto, così da limitare l'entità del danno. La Corte ha così concluso per l'autonomia dell'azione risarcitoria nei casi in cui consenta di raggiungere quanto non sia ottenibile (o non sia stato possibile ottenere) con l'azione di annullamento.

Dal raffronto fra il modello europeo e nazionale di responsabilità non emergono sostanziali divergenze, se non per quanto concerne il profilo soggettivo dell'illecito. La responsabilità per violazione del diritto dell'Unione è una responsabilità oggettiva e senza colpa, in cui la Corte di Giustizia esclude qualsiasi indagine sull'elemento soggettivo dell'autorità che ha violato la legalità comunitaria.

Letta attraverso la lente del diritto interno, questa sorta di colpa *in re ipsa* sembrerebbe facilitare l'*onus probandi* del danneggiato, garantendogli maggiori possibilità di veder riconosciuta la propria pretesa risarcitoria. L'irrilevanza dell'elemento soggettivo deve però essere colta nel contesto più ampio di una giurisdizione in cui la posizione del singolo appare recessiva o comunque tutelata indirettamente, quale riflesso del ripristino della legalità comunitaria violata.

Emblematicamente, nel caso Francovich, da cui la dottrina e la stessa giurisprudenza sono partiti per definire il modello europeo di responsabilità civile della p.a., il ricorrente, dopo aver spinto con la sua azione giudiziaria lo Stato italiano a dare attuazione alla direttiva 80/1987/CEE per la tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, non ottenne alcun tipo di ristoro, poiché ritenuto estraneo dalla Corte all'ambito di applicazione della citata direttiva (Bartolini, Guerrieri, 2016). Il maggior effetto di tale giurisprudenza è stato, indubbiamente, l'aver incoraggiato l'*enforcement* del diritto e della giurisprudenza comunitaria nei singoli ordinamenti, puntando sull'effetto deterrente della responsabilità. Tant'è che, negli anni successivi a Francovich, la Corte di Giustizia ha esaminato un numero di casi esiguo rispetto a quelli potenzialmente attesi, deludendo le aspettative (o eliminando i timori) di chi attendeva un effetto dirompente nel sistema delle tutele.

È indubbio che nell'ordinamento italiano l'affermazione del principio comunitario della responsabilità civile dello Stato ha avuto un effetto dirompente, eliminando la ricordata isola di immunità e di privilegio divenuta costituzionalmente intollerabile. Ad oggi però, in cui il traguardo della risarcibilità è stato raggiunto e i due modelli sostanzialmente convergono, soffermarsi acriticamente sul binomio responsabilità oggettiva-soggettiva, importare elementi di uno schema a vantaggio di un altro o arretrare avanti a un modello che appare distante dalla tradizione giuridica interna, rischia di porre l'interprete in una condizione di continua ricerca di soluzioni teoriche non sempre capaci di tradursi in pretese concretamente azionabili.

Da uno sguardo d'insieme ai singoli sistemi processuali degli Stati europei (Associazione dei Consigli di Stato, 2012) e della stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, emerge come il modello della responsabilità aquiliana, cui si ispira anche l'odierno art. 30 c.p.c., si sia rivelato il più adatto a sintetizzare le contrapposte spinte fra le esigenze di tutela del singolo e il timore di una responsabilità generalizzata e potenzialmente paralizzante i processi decisionali ammini-

strativi. Al tempo stesso, l'atipicità dell'art. 2043 ha permesso di consolidare la rilevanza giuridica di situazioni comunque correlate all'esercizio del potere amministrativo ma sfornite di tutela avanti al giudice amministrativo, ampliando, anche per questa via, la sfera di incidenza del principio.

La flessibilità originaria del modello rischia però di essere tradita dalla tendenza a una applicazione rigida della norma, mediante l'elaborazione di un modello unitario, ripetibile in ogni situazione in cui l'azione amministrativa cagioni un danno, indipendentemente dalla natura dell'interesse leso e del pregiudizio arrecato.

Questa caratteristica è emersa, apertamente, nel dibattito sull'elemento soggettivo nelle controversie risarcitorie in materia di contratti pubblici (Giusti, 2016). Avanti alle scelte opposte della giurisprudenza interna e sovranazionale¹⁸, si è assistito a una duplice e contraria reazione; alla ricerca di una convergenza fra la soluzione nazionale e quella europea, nell'obiettivo di preservare il modello interno¹⁹, si è affiancata l'enfaticizzazione dell'effetto *spill over*, a favore dell'uniformazione delle tecniche di tutela²⁰ e la generale affermazione di un modello di responsabilità senza colpa nell'ambito di una giurisdizione di tipo oggettivo²¹.

A centocinquanta anni dalle leggi di unificazione amministrativa, l'esperienza e la circolazione dei modelli insegna che probabilmente l'obiettivo della piena responsabilità può essere raggiunto non tanto attraverso la ricerca di uno schema assoluto, bensì attraverso la differenziazione dei bisogni e delle corrispondenti forme di tutela. A tale differenziazione – e convivenza dei modelli – è così affidato il bilanciamento fra le esigenze dell'interesse pubblico e l'interesse privato, fra il timore dell'eccesso di deterrenza e il pericolo di celati ritorni all'irresponsabilità dell'amministrazione.

A questa logica di ragionevolezza e proporzionalità, non a caso, sembra ispirarsi la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo nel ricostruire il diritto al risarcimento come uno dei «beni» che compongono la proprietà ai sensi dell'art. 1 del Protocollo 1 della Convenzione, specificandone le condizioni per la tutela.

5. Il diritto al risarcimento come «bene» della persona: la prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. Un bilancio conclusivo

Giudicando sulla legge belga in materia di pilotaggio delle navi che, con effetto retroattivo, aveva deresponsabilizzato l'organizzatore di un servizio di pilotaggio per le colpe del suo personale e aveva limitato la responsabilità di quest'ultimo, i giudici di Strasburgo²² hanno ricondotto al diritto di proprietà, così come definito dall'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione, il diritto di credito derivante dal verificarsi di un danno.

L'art. 1 Prot. 1, infatti, nel disciplinare la «protezione della proprietà», stabilisce che «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni», ag-

giungendo che «nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale».

Secondo la giurisprudenza della Corte, l'art. 1 Prot. 1 contiene tre norme distinte: la prima, nella prima frase del primo capoverso e che riveste carattere generale, enuncia il principio del rispetto della proprietà; la seconda, che figura nella seconda frase dello stesso capoverso, prevede la privazione di proprietà e la subordina a talune condizioni; la terza, enunciata nel secondo capoverso, riconosce agli Stati contraenti il potere, tra l'altro, di regolamentare l'uso dei beni in conformità con l'interesse generale.

Seguendo la ricostruzione dei giudici di Strasburgo, la legge belga, prima della sua modifica, prevedeva un'ipotesi di responsabilità aquiliana, che faceva nascere il credito da risarcimento. Tale credito «costituiva un valore patrimoniale» e aveva carattere di «bene ai sensi della prima frase dell'art. 1». I ricorrenti, addirittura, stante l'esito incerto delle sentenze della Corte di Cassazione belga sull'esistenza del danno (e del diritto al risarcimento) «potevano sostenere di avere una "aspettativa legittima" di vedersi concretare i loro crediti relativi agli incidenti in oggetto, conformemente al diritto comune della responsabilità».

In altri termini, non solo il diritto ma anche la «legittima aspettativa» di ottenere un risarcimento avrebbe potuto essere tutelata ex art. 1, Prot. 1. La legge belga, invece, liberando lo Stato e gli altri organizzatori di servizi di pilotaggio dalla loro responsabilità per colpa, aveva comportato un'ingerenza nell'esercizio dei diritti di credito da risarcimento e, pertanto, del diritto di ogni persona, e in particolare di ciascuno dei ricorrenti, al rispetto dei propri beni.

Nel caso concreto, fra l'altro, tale ingerenza non si era verificata «per causa di pubblica utilità» né era stato rispettato il principio di proporzionalità.

Le autorità nazionali, secondo la Corte, dispongono di un certo margine di discrezionalità per determinare ciò che è «di pubblica utilità», poiché nel sistema della Convenzione esse devono pronunciarsi per prime sia sull'esistenza di un problema di interesse pubblico che giustifichi le privazioni di proprietà sia sulle misure da adottare per deciderle. «In particolare, la decisione di adottare leggi sulla privazione di proprietà implica, in genere, l'esame di questioni politiche, economiche e sociali sulle quali possono ragionevolmente sussistere profonde divergenze di opinioni in uno Stato democratico». Per tali ragioni, i giudici riservano al legislatore la valutazione della «pubblica utilità», imponendo però l'unico limite della ragionevolezza e della proporzionalità.

Oltre a non rivelarsi manifestamente irragionevole, l'ingerenza deve essere infatti proporzionata. Più in particolare, un provvedimento di ingerenza nel diritto al rispetto dei beni deve ponderare un «giusto equilibrio» tra i requisiti dell'interesse generale della collettività e gli imperativi della salvaguardia dei di-

ritti fondamentali dell'individuo; deve dunque esistere un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati ed il fine perseguito da ogni provvedimento che privi una persona della sua proprietà.

Il giudizio di proporzionalità, riferito al principio di responsabilità, deve essere compiuto, secondo la Corte, prendendo in considerazione le modalità di risarcimento previste dalla legislazione interna. «A tale proposito, senza il versamento di una somma ragionevolmente proporzionata al valore del bene, una privazione di proprietà costituisce normalmente un pregiudizio eccessivo e la totale mancanza di risarcimento può essere giustificata sul piano dell'art. 1 solo in circostanze eccezionali». Nel caso di specie, la soppressione con effetto retroattivo di trent'anni e senza contropartita dei crediti da risarcimento, di ammontare molto elevato, violava l'art. 1 del Protocollo 1, arrecando un pregiudizio radicale ai diritti degli interessati, senza rispettare un giusto equilibrio tra gli interessi contrapposti.

Nella giurisprudenza della CEDU, pertanto, il principio di responsabilità non si traduce sempre in un diritto al risarcimento che, in quanto «bene» della persona fisica o giuridica è protetto dalla Convenzione. Anche quando l'aspettativa assurga a bene giuridicamente rilevante, la sua protezione non è assoluta ma è il risultato del bilanciamento fra le istanze del privato e le esigenze del pubblico interesse, espresse, concretamente, nelle scelte legislative (e nelle loro applicazioni giurisprudenziali) compiute in materia di risarcimento danni. Ed è da tale bilanciamento che deriva la misura della pienezza della tutela e il giudizio conclusivo sulla violazione dell'art. 1, Prot. 1.

La prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo conferma l'impossibilità di elaborare un schema unitario di responsabilità civile della pubblica amministrazione, aprendo a una flessibilità capace di garantire all'interesse di volta in volta coinvolto una pienezza di tutela la cui misura è l'effetto di una proporzionata ponderazione fra le esigenze del privato e dell'interesse pubblico, all'interno di quel rapporto fra autorità e libertà nelle cui dinamiche si è compiuto il percorso proposto dall'irresponsabilità dell'amministrazione all'odierno diritto di cittadinanza amministrativa.

Note

- ¹ Si tratta di Cass. S.U., 22 luglio 1999, n. 500.
- ² Il riferimento è all'art. 1, l. 7.08.1990, n. 241.
- ³ Testualmente, art. 1, All. 1 al d.lgs. 2.07.2010, n. 104, Codice del processo amministrativo. Nel testo sarà usato l'ormai diffuso acronimo c.p.a. per indicare il Codice del processo amministrativo.
- ⁴ Si tratta di Cass. S.U., 22 luglio 1999, n. 500.
- ⁵ Sono gli artt. 2043, 2058, 1218, 1227, 1337 c.c.
- ⁶ Cioè gli artt. 33, 34, 35 del D.lgs. 31 marzo 1998, n. 80.
- ⁷ L'art. 7, l. 6.12.1971, n. 134.
- ⁸ Si legga Cass. S.U., 13.06. 2006, nn. 13659 e 13660.
- ⁹ Il riferimento è a Cons. St., Ad. Pl., 22.10.2007, n. 12.
- ¹⁰ Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 5.5. 2014, n. 13.
- ¹¹ Cfr. Cass. Civ., 10.01.2003, n. 157.
- ¹² Si veda, *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 20.01.2015, n. 131; Cons. Stato, sez. V, 17.05.2014, n. 3082; Cons. Stato, sez. V, 20.04.2014, n. 2195.
- ¹³ Cfr. Cons. St., Ad.Pl. 12/2007.
- ¹⁴ Cfr. Cass. S.U., nn. 13659 e 13660/2006.
- ¹⁵ Corte giust., 19.11. 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich* A. c. Repubblica Italiana, Bonifaci D. c. Repubblica Italiana.
- ¹⁶ Corte giust., 23.05.1996, C-5/94, *The Queen - Ministry of Agriculture, Fisheries and Food c. Hedley Lomas* (Ireland) Ltd.
- ¹⁷ Corte giust., 25 maggio 1978, Cause riunite 83 e 94/76, 4, 15 e 40/77, *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG* ed altri contro Consiglio e Commissione; Corte giust., 19 maggio 1992, cause riunite C-104/89 e C-37/90, *Mulder* e altri c. Consiglio e Commissione.
- ¹⁸ Corte giust., 14.10.2004, causa C- 275/03, Commissione c. Repubblica portoghese; Corte giust., 30 settembre 2010, Stadt Graz c. Strabag AG e altri.
- ¹⁹ Tendenza espressa in Cons. Stato, sez. V, 8.11.2012, n. 568; Cons.Stato, sez. IV, 31.01.2012, n. 482.
- ²⁰ Si veda Cons. Stato, sez. IV, 10. 05.2011, n. 2755.
- ²¹ Su cui però *contra*, Cons. St., Ad. Plen., 13.04.2015, n.4.
- ²² Corte Eur. Dir. Uomo, 20.11.1995, n. 332, *Pressos Compania Naviera SA* e altri c. Belgio.

Riferimenti bibliografici

- Associazione dei Consigli di Stato e delle Corti supreme amministrative dell'Unione Europea (con la collaborazione del Consiglio di Stato del Belgio) 2012, *Incrementare l'efficacia dei poteri delle Corti supreme amministrative*, Bruxelles, in <http://www.giustamm.it> (10/2016).
- Astone F. et al. 2005, *Verso un'amministrazione responsabile*, Giuffrè, Milano.
- Bartolini A. 2003, *Il risarcimento da attività amministrativa tra inadempimento, responsabilità precontrattuale e danno da contatto*, in *Giorn. Dir.amm.*: 942-951.
- 2005, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Giappichelli, Torino.
- Bartolini A., Guerrieri A. 2016, *State liability in Italian and Eu law and the pyrrhic victory of Mr. Francovich*, in B. Davies, N. Fernanda, *EU Law Stories: Critical and Contextual Histories of European Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge-New York.
- Benvenuti F. 1969, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in F. Benvenuti, G. Miglio, *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Neri Pozza, Vicenza, 1969: 65-216.
- Busnelli F.D. 1997, *Lesione di interessi legittimi: dal 'mero sbarramento' alla 'rete di contenimento'*, in *Danno e responsabilità*: 269-275.
- Caranta R. 1992, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazione del diritto comunitario*, in *Giur.it.*: I, 1, 1169-1186.
- Castronovo C. 1995, *L'obbligazione senza prestazione ai confini fra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto: scritti in onore di Luigi Mengoni*: 147-240.
- 1998, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*: 647-669.
- Cimini S. 2008, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, Torino.
- Clarich M. 2013, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna.
- Comporti G.D. 2003, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino.
- 2012, *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in *Giur.it.*: 194-198.
- Cortese F. 2007, *La questione della pregiudizialità amministrativa*, Cedam, Padova.
- 2012a, *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? La "nuova" responsabilità della p.a. al vaglio del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*: 968.
- 2012b, *Il giudice amministrativo e l'abuso del diritto*, in *Giorn.dir.amm.*: 959-967.
- De Salvia M., Zagrebelsky V. 2006, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, vol. II, Giuffrè, Milano.
- Falcon G.D. 2009, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*: 241-284.

- Fantini S. 2002, *L'interesse pretensivo e le sue forme di tutela*, in B. Cavallo (a cura di), *Diritti e interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, Giappichelli, Torino: 109-158.
- 2009, *La pregiudiziale amministrativa come "motivo inerente la giurisdizione"*, in *Urb. App.*: 548-552.
- Ferrara L. 2003, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, Milano.
- Figorilli F. 1996, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- 2002, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino.
- Figorilli F., Renna M. 2011, voce *Silenziò della pubblica amministrazione*. I) Diritto amministrativo, in *Enc. giur.*, XVIII Aggiornamento, Treccani, Roma: 1-12.
- Follieri E. 1998, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*: 254-298.
- Fracchia F. 2009, *Elemento soggettivo e illecito civile della pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Giannelli A. 2012a, *La pregiudiziale amministrativa rinasce dalle proprie ceneri: la mancata impugnazione dell'atto illegittimo recide il nesso di causalità tra provvedimento illegittimo e lesione*, in *Foro it.*, III: 46-47.
- 2016, *Responsabilità della pubblica amministrazione, b) Profili processuali*, in *Enc. dir. Annali*, vol. IX, Milano.
- Giusti A. 2014, *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo*, in *Giur. it.*: 149-155.
- 2016a, *Dal "monologo" al "dialogo" fra le Corti sulla responsabilità della pubblica amministrazione per violazione del diritto europeo*, in *Dialogo tra Corti e nuove frontiere della responsabilità*, Cedam, Padova.
- 2016b, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione nelle controversie sui contratti pubblici*, in *Giur. it.*, I: 158-165.
- Mazzamuto M. 2009, *Il riparto di giurisdizione*, Napoli.
- Menchini S. 2000, *Il nuovo assetto delle tutele giurisdizionali avverso gli atti amministrativi illegittimi*, in *Diritto Pubblico*: 81-130.
- Occhiena M. 2002, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Protto M. 2001, *La responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da "contatto" amministrativo*, in *Resp.civ.prev.*: 212-237.
- Renna M. 2005, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in AA.VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Giuffrè, Milano: 287-308.
- 2016, *Responsabilità della pubblica amministrazione, a) Profili sostanziali*, in *Enc. dir. Annali*, vol. IX, Milano.

- Sorace D. 2004, *Sul risultato nel processo amministrativo: i due tipi di interesse legittimo e la loro tutela risarcitoria*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Giappichelli, Torino: 131-139.
- Scoca F.G. 2000, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Diritto Pubblico*: 13-54.
- 2011, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. Giurid.*, 7: 988-994.
- Trimarchi Banfi F. 2009, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Giappichelli, Torino.
- Tropea G. 2015, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Edizioni Scientifiche, Napoli.
- Vercillo G. 2012, *La tutela della «chance». Profili di diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Vezzani S. 2010, *Sul fondamento del diritto dell'individuo al risarcimento dei danni subiti in conseguenza della violazione degli obblighi posti dalla Convenzione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*: 1148-1154.
- Villata R. 2007, *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in *Dir. proc. Amm.*: 271-301.
- Zito A. 1996, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano.

L'ORDINE PUBBLICO

Francesco Clementi, Mario Savino

SOMMARIO – 1. Premessa: ordine pubblico e Stato di diritto. PARTE PRIMA: *l'ordine pubblico nel passato*. 2. I problemi di ieri: l'arbitrio amministrativo e legislativo. 3. L'avvento della Costituzione repubblicana: i rimedi. PARTE SECONDA: *l'ordine pubblico nel XXI secolo*. 4. I problemi di oggi: i nuovi volti dell'arbitrio amministrativo. 5. L'ordine pubblico tra il declino della sovranità statale e l'emergere di nuovi conflitti: il rafforzamento della *rule of law* come nuova frontiera?

1. Premessa: ordine pubblico e Stato di diritto

In un sistema liberale ideale, le ragioni della difesa sociale dovrebbero essere soddisfatte unicamente attraverso lo strumento penale: il principio di libertà dovrebbe recedere, in base al criterio retributivo, solo a fronte della commissione di un delitto, accertata da un giudice con le garanzie del giusto processo. Le esigenze di ordine pubblico sulle quali si fonda il diritto di polizia producono, invece, anche negli ordinamenti liberal-democratici più evoluti, «l'estensione della difesa sociale al di là dell'ambito strettamente penale» (Corso, 1979: 260).

Da questa scelta deriva un problema giuridico tanto antico quanto tuttora dibattuto: come ricondurre poteri di polizia di matrice assolutista, geneticamente illiberali, al paradigma liberale dello Stato di diritto o della *rule of law*? Come conciliare le ragioni della difesa sociale, sempre più avvertite, con la tutela delle libertà individuali, anche di rango fondamentale? Come sottoporre al principio di legalità e a un sindacato giurisdizionale effettivo misure che servono a dare risposta alla percezione di un pericolo e che, per definizione, si fondano su giudizi riferiti a persone, invece che a fatti oggettivamente verificabili?

Rispondere a simili interrogativi eccede la portata di questo scritto, che ambisce, più modestamente, a illustrare come i problemi giuridici legati alla salvaguardia dell'ordine pubblico e le risposte ad essi fornite nell'ordinamento italiano si siano evoluti nel tempo.

Si procederà a questa verifica senza alcuna pretesa di sistematicità, con l'obiettivo di evidenziare i tratti che paiono maggiormente caratterizzare i diversi periodi storici susseguiti negli ultimi 150 anni. Si assumerà la (lunga) fase di attuazione della Costituzione repubblicana come spartiacque tra un passato nel quale è forte la linea di continuità tra lo Stato liberale borghese e l'epoca fascista, e un presente nel quale i vecchi problemi assumono forme nuove, in concomitanza con il declino della capacità dello Stato di soddisfare le nuove domande di difesa sociale.

— Parte prima —
L'ordine pubblico nel passato

2. *I problemi di ieri: l'arbitrio amministrativo e legislativo*

I poteri di polizia rappresentano uno dei maggiori tratti di continuità tra lo Stato assoluto del Sei-Settecento e lo Stato liberale dell'Ottocento. L'esperienza assolutista aveva prodotto negli ordinamenti continentali non solo un forte accentramento dei poteri in capo al sovrano, ma anche «quella scissione fra comunità e governanti che avrebbe fatto dello Stato una entità auto-legittimantesi e munita di poteri e compiti privi di ogni effettivo limite nella società e nell'individuo» (Amato, 1967: 17). L'azione amministrativa, proiezione del comando del sovrano, non necessitava di un'autorizzazione di altri organi, né era sottoposta al controllo dei giudici.

La nozione di «polizia», diffusasi nell'area germanica fin dal XVI secolo, risentiva di quel contesto e, al tempo stesso, serviva a giustificarlo. L'attività di polizia identificava – in opposizione al diritto privato – l'intera sfera dell'amministrazione interna, intesa sia nell'accezione *negativa*, di polizia «conservatrice» o di sicurezza, sia nell'accezione *positiva*, di polizia «produttiva o di prosperità», volta a promuovere il benessere della comunità. La riconduzione di questa cospicua parte dell'azione statale agli affari di polizia, in contrapposizione agli affari di giustizia, consentiva al sovrano di sottrarli al controllo dei giudici: «In Polizeisachen gilt keine Appelation» (Ranelletti, 1904: 263).

Nella seconda metà dell'Ottocento, in un quadro giuridico-culturale rinnovato e orientato all'affermazione dello Stato di diritto, la nozione di «polizia» si riduce all'accezione *negativa* (polizia di sicurezza) e, al contempo, si fa strada la convinzione che i relativi «affari» debbano essere sottoposti alla legge e al controllo del giudice. Tuttavia, il processo di «giuridicizzazione» dell'attività di polizia, in Italia come nel resto dell'Europa continentale, è caratterizzato da ambiguità tipiche dello Stato liberale. Le nuove garanzie della legalità e del sindacato giurisdizionale non bastano a introdurre garanzie efficaci contro l'arbitrio dell'esecutivo.

Bastino due esempi. Il primo è la previsione contenuta nella legge sulla pubblica sicurezza del 1865, secondo cui «Gli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza debbono vegliare all'osservanza delle leggi ed al mantenimento dell'ordine pubblico, e specialmente a prevenire i reati»¹. Attraverso il richiamo all'ordine pubblico, quella norma consentiva di adottare qualsiasi misura di polizia, anche non tipizzata. L'ancoraggio alla legge non mancava, ma la legalità non era intesa come tipicità dei poteri amministrativi, neppure quando – come nella ma-

teria in esame – erano in gioco libertà fondamentali. La salvaguardia dell'ordine pubblico bastava ad autorizzare l'adozione delle misure ritenute più appropriate e a fondare un potere ampiamente discrezionale, di dubbia sindacabilità.

Il secondo esempio riguarda le c.d. misure di prevenzione personale, previste nei confronti di chi, pur sfuggendo alla sanzione penale, si sospettava avesse commesso o potesse commettere un reato. Le leggi di pubblica sicurezza del 1865 e del 1889 prevedevano misure come l'ammonizione, la vigilanza speciale e il domicilio obbligatorio o «coatto», ispirate a una logica classista, giacché assumevano come oggetto privilegiato intere categorie di soggetti svantaggiati, dagli indigenti agli oziosi e ai vagabondi, la cui pericolosità sociale era presunta (Corso 1979: 263 sgg.; Barile 1967: 12 sgg.; Galizia, 1967: 500 sgg.). Per di più, l'autorità di pubblica sicurezza era libera di applicare quelle misure in modo ampiamente discrezionale, sulla base di meri sospetti e senza le garanzie del processo penale, che, nella sfera degli affari amministrativi, non trovavano applicazione.

Queste forme di arbitrio, amministrativo e legislativo, erano, a loro volta, influenzate da due fattori. Il primo era l'elasticità della nozione di ordine pubblico, che il legislatore poneva a fondamento dei poteri di polizia, ma utilizzava in modo oscillante, talora collegandola alla morale e al buon costume, talaltra alla semplice violazione di una norma, talaltra ancora alla turbativa della tranquillità dei luoghi, con la conseguenza che spettava all'autorità di polizia precisarne di volta in volta i contenuti. Il secondo era l'assenza di una costituzione rigida e di un giudice chiamato a farla rispettare: l'arbitrio legislativo era, perciò, consentito da un sistema di tutela delle libertà fondamentali imperniato su un atto – lo Statuto Albertino – che era «una legge come ogni altra» (Orlando, 1890: 955).

Mentre il problema dell'arbitrio legislativo si manifesterà in tutta la sua gravità in epoca fascista, è l'altro profilo – quello dell'arbitrio amministrativo – che preoccupa maggiormente la giuspubblicistica a cavallo tra XIX e XX secolo e che ne rivela le contraddizioni.

Lo conferma il primo studio italiano di carattere organico dedicato ai poteri di polizia. Qui, Oreste Ranelletti enuncia chiaramente il suo programma liberale: «nello Stato moderno, che si è posto come Stato di diritto [...], la legge e il diritto debbono signoreggiare sull'arbitrio dei singoli», affinché «i cittadini trov[i]no la disciplina della loro libertà in una legge, anziché nella volontà di un funzionario» (Ranelletti, 1904: 295). L'arbitrio amministrativo, dunque, è identificato come il principale problema.

Nell'affrontarlo, Ranelletti compie, in via preliminare, una operazione di pulizia concettuale. Innanzitutto, respinge l'antica nozione di «polizia», comprensiva della funzione positiva o di benessere, e accoglie l'accezione più moderna, di polizia di sicurezza, già prevalente in Germania e Francia. Inoltre, distinta la funzione *repressiva* (propria della giurisdizione e del diritto penale) dalla funzio-

ne *preventiva* (propria, invece, della polizia e del diritto amministrativo), lega la seconda al mantenimento dell'«ordine pubblico», che qualifica come «quello stato generale della società, in cui il tutto sociale e i suoi singoli membri [...] sono garantiti da ogni lesione o minaccia di lesione, che la legge consente di colpire come delitto o come contravvenzione» (Ranelletti, 1904: 435).

Da questa definizione liberale o 'materiale' di ordine pubblico discende l'ancoraggio dell'attività (preventiva) di polizia alla legge penale. È il codice penale che individua i beni da tutelare e, conseguentemente, le condotte che l'attività di polizia deve prevenire. Il codice penale è, perciò, il fondamento legislativo ritenuto sufficiente a ricondurre l'attività di polizia nell'alveo dello Stato di diritto. Secondo Ranelletti, non occorre altro: «dovunque è il delitto o la minaccia del delitto la polizia deve intervenire [...], indipendentemente da un testo di legge, che accordi ad essa espressamente tale facoltà» (Ranelletti, 1904: 435 sgg.). Il principio di legalità non va inteso, dunque, come tassativa predeterminazione dei poteri: «poiché non è certo possibile prevedere e determinare tutte le cause di perturbazione, e tutti i mezzi e le forme, per provvedere nei singoli casi, sempre ampio resta il potere discrezionale, che bisogna riconoscere alle autorità di polizia. Negar questo [...] equivarrebbe a disarmare la società contro i propri nemici» (Ranelletti, 1904: 296).

D'altra parte, siccome dalla discrezionalità, così intesa, all'arbitrio il passo è breve («Il dover agire rapidamente e sicuramente rende necessario un certo arbitrio»), spetta soprattutto al neoistituito giudice amministrativo fungere da contrappeso: «la garanzia del singolo starà nella possibilità di ricorsi contro l'atto amministrativo», oltre che nella responsabilità dei funzionari e nella selezione del personale (Ranelletti, 1904: 296).

L'aporia che emerge da questa concezione 'debole' della legalità e dello Stato di diritto è evidente: come può il giudice sindacare efficacemente la potestà di polizia in assenza di una disciplina legislativa che ne definisca i presupposti di esercizio e i modi di intervento?

Riemerge, qui, la matrice assolutista del potere di polizia, «non [...] regolato né regolabile dal diritto» (Amato, 1967: 101). La stessa Corte di cassazione contribuiva a rinverdire quella tradizione, affermando l'insindacabilità di misure di prevenzione quali il rimpatrio obbligatorio delle persone sospette (Galizia, 1967: 494 e 534: nt. 143) e l'espulsione degli stranieri (Savino, 2012: 84 sgg.).

Non mancavano, d'altra parte, voci autorevoli che segnalavano l'importanza di un maggior rigore nel modo di intendere il principio di legalità. Santi Romano evidenziava l'intima connessione tra l'autolimitazione dello Stato, operata mediante «tutto il complesso delle leggi pubbliche e private», e l'unitario diritto soggettivo di libertà che ne deriva in capo al singolo, e che gli consente «di rimuovere gli illegittimi ostacoli che [...] possono essere frapposti dagli organi dello

Stato» all'esercizio delle sue facoltà fisiche e giuridiche (Romano, 1900: 162). Su un piano più specifico, ma convergente, Federico Cammeo sosteneva la tesi – rimasta minoritaria – dell'incompatibilità con il principio di legalità del potere di ordinanza di necessità riconosciuto all'esecutivo (Cammeo, 1900: 197).

Come noto, gli sviluppi del diritto di polizia segnati dai testi unici fascisti del 1926 e del 1931, lungi dal determinare un avanzamento dello Stato di diritto, hanno accentuato il problema dell'arbitrio amministrativo e legislativo.

Sul piano amministrativo, si assiste all'ipertrofia della clausola di ordine pubblico, che, caricata di significati 'ideali' (politici, sociali, morali), pervade i nuovi testi unici; alla espansione dei poteri di polizia impliciti, non disciplinati dalla legge; al rafforzamento dei poteri di necessità e di urgenza, derogatori rispetto alla legge, come le ordinanze prefettizie (art. 2 T.U. 1931) o il potere del ministro dell'interno di dichiarare lo stato di pericolo e lo stato di guerra (artt. 214-219 T.U. 1931).

Sul piano legislativo, l'assenza di una costituzione rigida e la conseguente riduzione della libertà alla legalità consentono di dar libero sfogo alle pulsioni discriminatorie e liberticide. Basti ricordare, oltre alle leggi razziali del 1938, la disciplina delle misure di prevenzione dettata dal testo unico del 1931, che amplia i presupposti di applicazione delle singole misure, estendendoli al versante della moralità (evidentemente estraneo alla sfera penale), e, al contempo, riduce le già tenui garanzie preesistenti, rimuovendo dal procedimento di adozione ogni elemento di «giurisdizionalità» (Amato, 1967: 261 sgg., spec. 288 sgg).

Tali sviluppi ben evidenziavano i limiti e le contraddizioni del diritto di polizia che lo Stato liberale aveva consegnato al fascismo.

Il riconoscimento della natura non politica, bensì «eminentemente giuridica» (Ranelletti, 1904: 219) dell'attività di polizia richiedeva, per la natura coercitiva dei poteri esercitati, che la stessa fosse ricondotta allo Stato di diritto. Tuttavia, in assenza di vincoli costituzionali, il sistema di garanzie era una concessione che lo Stato faceva all'individuo, autolimitandosi attraverso la legge con la quale regolava l'azione amministrativa. E tale regolamentazione poteva ben essere priva di effettive garanzie per il singolo, perché il principio di legalità aveva continuato ad essere inteso, secondo gli insegnamenti di Ranelletti, «solo come la barriera esteriore», di là dalla quale l'amministrazione «deve agire liberamente [...] solo guidata dallo scopo del *bene generale della società e dello Stato*, e dal criterio della convenienza amministrativa o politica, vale a dire di ciò meglio può contribuire a raggiungere lo scopo d'interesse collettivo, cui essa mira» (Ranelletti, 1904: 254, corsivo aggiunto).

Così, l'attività di polizia, pur complessivamente ridimensionata nella sua estensione, «riacquist[ava] a un tratto l'antica pienezza, mediante il recupero di quel criterio finalistico che ne aveva giustificato l'espansione negli ordinamenti

assoluti» (Corso, 1979: 121). Il risultato era la sopravvivenza della componente meno liberale dei poteri di polizia ereditati dall'*ancien regime*: la possibilità, cioè, di un loro uso arbitrario da parte dell'amministrazione e, in ultima istanza, dei governanti.

3. *L'avvento della Costituzione repubblicana: i rimedi*

La fine della Seconda guerra mondiale porta, soprattutto negli ordinamenti come l'Italia, che si aprono definitivamente alla democrazia, ad approvare testi costituzionali capaci di far emergere, nell'affermazione del principio di legalità anche di tipo sostanziale, un modo nuovo di intendere l'ordine pubblico. Da un lato, infatti, esso rappresenta lo strumento per tutelare i principi ed i valori che identificano l'ordinamento repubblicano e ne garantiscono la sua conservazione, ma dall'altro l'ordine pubblico viene inteso sempre più come lo strumento per tutelare e far crescere – naturalmente nel c.d. bilanciamento dei valori costituzionali – i diritti dei cittadini delineati nella Carta costituzionale, affermandosi quindi come strumento dell'ordinamento innanzitutto in funzione dei valori, dei principi e dei diritti che esso esprime. Questo modo di intendere l'ordine pubblico, ossia come funzione e strumento per il pieno e sicuro dispiegamento dei diritti sanciti in Costituzione, sarà qualificato, poi, come ordine pubblico 'materiale' (Pace, 1963: 116).

Pertanto, in ragione della progressiva attuazione del testo costituzionale, anche attraverso la giurisprudenza delle Corti, a partire da quella costituzionale, nel tempo, si perviene ad una lettura dell'ordine pubblico tale da operare tanto in via astratta, a tutela e promozione dei valori della forma di Stato, quanto in concreto, a tutela e promozione dei diritti costituzionali, posto che il legame che viene a determinarsi tra la potenziale tutela astratta del diritto in ragione di quanto delineato nell'ordinamento tramite la carta costituzionale e quella che si determina in concreto «per consentire a tutti il godimento effettivo dei diritti inviolabili dell'uomo» (C. cost. 8.7.1971, n. 168, in *Giur. cost.*, 1971: 1774), permette ad ogni cittadino di vedere tutelati sempre, tanto in generale quanto in particolare, tutti i comportamenti sociali espressioni di valori propri dell'ordinamento.

In tal senso, progressivamente, si viene così a realizzare, come ha ricordato la Corte costituzionale, la piena corrispondenza tra «l'ordine istituzionale del regime vigente» e «l'ordine pubblico del regime stesso», facendo sì dunque che non vi siano forme di coazione o di violenza né di minaccia illegale di uso della forza laddove ci si trovi di fronte al semplice esercizio da parte del cittadino, *uti singuli* o collettivamente, di quanto delineato nell'ordinamento costituzionale.

Questa evoluzione nel modo di intendere il concetto di ordine pubblico, naturalmente, ha delle conseguenze.

La principale di esse riguarda le misure di prevenzione dell'ordine pubblico, che divengono pienamente sindacabili.

In tal senso, nel c.d. bilanciamento delle esigenze da tutelare, sorvegliate e controllate dal sistema giudiziario, viene acclarato che le misure di prevenzione adottate in regime di ordine pubblico, non siano altro che l'espressione strumentale della tutela tanto dei principi garantistici dello Stato di diritto propri di un ordinamento democratico, quanto dei valori che esso innerva tramite i diritti fondamentali che costituzionalmente tutela, sostiene e promuove.

Così, pur nella molteplicità di ambiti nei quali le misure di prevenzione operano – da quelle prime, relative alla libertà personale in senso stretto (Elia, 1962), fino a quelle che nascono e vengono ad operare in ragione di politiche c.d. emergenziali, in una incessante stratificazione legislativa che ha purtroppo progressivamente caratterizzato il nostro ordinamento, come ad esempio quelle relative al terrorismo interno o alla prevenzione antimafia –, tutte hanno trovato piena sindacabilità da parte dell'autorità giudiziaria; che poi ne ha definito, caso per caso, in ragione dei presupposti normativi e applicativi delineati dal legislatore, modi e forme di esercizio, in modo più o meno elasticamente circoscritto.

Con il tempo, si è ottenuto così, nel combinato disposto tra una lettura non soltanto sistemica e generale dell'ordine pubblico e in una più attenta e puntuale, perché pienamente sindacabili, delle misure cautelari, la piena affermazione della democraticità dell'ordinamento repubblicano anche per il tramite dell'evoluzione dei poteri di polizia.

Questo processo, nel progressivo voluto assorbimento pure dell'eredità fascista, ha reso a maggior ragione più solida la nozione 'materiale' di ordine pubblico che, anzi, con il tempo ha finito per determinare sempre più chiaramente un'idea di Costituzione non più soltanto fondata su una legalità rigida e formalistica nella sua interpretazione ma ha visto emergere, proprio in ragione delle libertà fondamentali e dell'esercizio dei loro diritti, definitivamente una legalità di tipo diverso, fondata sulla consapevolezza dell'incomprimibilità delle libertà fondamentali innanzitutto a tutela ed in ragione proprio dell'ordine pubblico (Nania, Ridola, 2006).

In tal senso, proprio la sempre più forte consapevolezza dell'impossibilità di comprimere le libertà fondamentali – ed anzi la loro crescente espansione nell'alveo della nuova democrazia repubblicana – ha reso evidente che soltanto un'interpretazione del testo costituzionale che faccia emergere un modo di intendere l'ordine pubblico (e le misure a tutela e garanzia collegate ad esso) non in un conflitto asimmetrico e sregolato rispetto alle libertà fondamentali possa essere accettabile in un ordinamento democratico; perché è in ciò che risiede – e l'evoluzione dell'ordinamento repubblicano va a conferma di ciò –, la chiara opzione democratica che l'avvento della Costituzione repubblicana ha voluto mar-

care, rimediando alle scellerate scelte dell'ordinamento fascista. Ed è nella decisione di allora, alla luce successiva pure di quei «principi supremi dell'ordinamento» che nel tempo via via sono emersi tanto grazie all'attività del legislatore quanto in ragione dell'operato della Corte costituzionale, che trova fondamento un ordine pubblico nuovo, di tipo democratico, contro ogni forma di doppia legalità o, peggio ancora, di differenti standard di legalità.

— Parte seconda —
L'ordine pubblico nel XXI secolo

4. I problemi di oggi: i nuovi volti dell'arbitrio amministrativo

Il graduale riallineamento delle misure di prevenzione, ereditate dal fascismo, al dettato costituzionale ha determinato anche una profonda trasformazione dei poteri di polizia.

Innanzitutto, la Corte costituzionale ha chiarito (sent. 22.12.1980, n. 177) che la legittimità costituzionale di quei poteri è subordinata «all'osservanza del principio di legalità e alla esistenza della garanzia giurisdizionale». Come nel processo penale, così «anche nel processo di prevenzione la prognosi di pericolosità [...] non può che poggiare su presupposti di fatto “previsti dalla legge” e, perciò, passibili di accertamento giudiziale». Dunque, nel diritto di polizia, il principio di legalità è ormai inteso nella sua accezione sostanziale, più pregnante e garantista, in quanto presupposto necessario per l'effettività della tutela giurisdizionale e, in ultima istanza, per la tutela delle libertà fondamentali.

Inoltre, e di conseguenza, è mutata la nozione di ordine pubblico. Non solo l'ordine pubblico deve essere ormai inteso in senso materiale, trattandosi dell'unica accezione che consente di rispettare il principio di legalità, nell'accezione di sufficiente determinatezza della fattispecie, e di attivare un sindacato giurisdizionale effettivo. Ma, soprattutto, da incontrollabile presupposto per l'adozione di provvedimenti ampiamente discrezionali, l'ordine pubblico diviene fonte di discrezionalità tecnica. Nel formulare il giudizio prognostico circa la pericolosità sociale del destinatario della misura di prevenzione, l'autorità di pubblica sicurezza è chiamata – al pari del giudice penale, che applica le misure di sicurezza ai rei socialmente pericolosi in base ai parametri indicati dal codice (artt. 199 sgg. c.p.) – ad accertare la pericolosità sociale del soggetto, utilizzando i criteri desunti dalle scienze criminologiche o da regole di esperienza, e sulla base di elementi di fatto oggettivamente verificabili.

Questo duplice processo di convergenza verso la piena giustiziabilità del potere di prevenzione sembrerebbe confermare il superamento del retaggio assolutistico che la nozione di ordine pubblico era riuscita, attraverso lo Stato liberale, a portarsi dietro.

Senonché, due fenomeni di dimensione transnazionale – il terrorismo di matrice islamica e l'afflusso di migranti da altri continenti – revocano in dubbio quella rassicurante conclusione, aprendo nuovi versanti del problema «ordine pubblico». Se ne indicano, in particolare, quattro.

i) Il primo deriva dalla crescente tendenza degli esecutivi nazionali a condividere tra loro il potere di prevenzione a livello internazionale. Il caso più noto è quello del 'congelamento' dei beni di persone sospettate di appartenere a organizzazioni terroristiche o di finanziarle. La misura preventiva del sequestro dei beni è il frutto di una decisione assunta in un consesso transgovernativo – il Comitato delle sanzioni, organo ausiliario del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite – nel quale la decisione è assunta dai rappresentanti dei governi e, fino a pochi anni fa, non prevedeva alcuna garanzia di *due process*: nessun diritto di partecipazione del destinatario, nessun vero obbligo di motivazione della decisione, nessun sindacato da parte di un giudice internazionale. A seguito della reazione di alcune corti domestiche, *in primis* della Corte di giustizia dell'Unione europea, sono state introdotte, a livello Onu, alcune garanzie minime di tipo procedurale.

Tuttavia, in questo come in altri casi analoghi, resta aperto un problema di fondo: se è vero che il processo di 'internazionalizzazione' è imposto da esigenze di effettività del potere di prevenzione (non si possono combattere minacce transnazionali con azioni isolate del singolo Stato), come è possibile arginare questa nuova forma di arbitrio amministrativo, che – come nello Stato assoluto – deriva dall'assenza, in taluni ambiti dell'ordinamento internazionale, di un legislatore e/o di un giudice in grado di controllare le decisioni degli esecutivi? Può ritenersi sufficiente il controllo incrociato tra i governi nazionali (*horizontal accountability*) per assicurare un adeguato livello di tutela alle libertà fondamentali minacciate da poteri amministrativi globali? E quale ruolo compete, in questo quadro, a legislatori e giudici domestici, in veste di garanti primari di quelle libertà?

ii) Un problema correlato, più tradizionale ma non meno rilevante, è rappresentato dalla periodica riemersione di un atteggiamento giudiziale di deferenza verso i poteri di ordine pubblico. In materie come l'antiterrorismo e l'immigrazione, la tendenza dei giudici a fare un passo indietro, negando il carattere tecnico – e dunque la sindacabilità – della valutazione di ordine pubblico, cioè del giudizio sulla pericolosità di una persona, si accentua. Questo esito viene giustificato, talora, in rapporto alla (asserita) natura 'emergenziale' di quei poteri:

quando è in gioco la *salus rei publicae*, è accettabile (o giusto) che le ragioni garantistiche del diritto recedano davanti alle ragioni della difesa sociale; talaltra, in ragione del carattere transnazionale dei fenomeni in discussione: la compresenza di altri interessi pubblici (ad esempio, legati alla cooperazione e alle relazioni internazionali o al controllo delle frontiere), induce ad assegnare a quei poteri una connotazione politica che inevitabilmente sfugge al controllo giudiziale.

In questi ambiti più che in altri, perciò, riemerge l'assunto, di matrice hobbesiana, per cui la valutazione di ordine pubblico presuppone l'esercizio di un'ampia discrezionalità da parte dell'esecutivo, in quanto unico potere in grado di (e legittimato a) valutare il pericolo incombente sulla comunità nazionale. Il sindacato 'debole' che ne consegue riduce in misura corrispondente il grado di tutela delle libertà, perché il giudizio di pericolosità sociale del soggetto che minaccia l'ordine può tornare, come nell'Ottocento, a essere svincolato da parametri legislativi e dal riferimento a indici criminologici. Ricompare, così, quella legalità tutta formale, nella quale la tassativa predeterminazione dei presupposti e dei limiti del potere di polizia è vanificata dalla riscoperta del primato dell'ordine pubblico sulle libertà individuali. Di qui, in ultima istanza, la sottrazione dei relativi poteri al canone della proporzionalità.

iii) Se l'internazionalizzazione dei poteri di prevenzione e la deferenza dei giudici rispetto alle valutazioni di ordine pubblico dell'esecutivo, considerate ora emergenziali ora politiche, dischiudono nuovi spazi all'arbitrio amministrativo, il terzo problema, relativamente nuovo, è riconducibile invece alla sfera dell'arbitrio legislativo. Si allude alla tendenza del legislatore a sostituire la complessa attività di polizia necessaria per accertare in concreto la pericolosità di un soggetto con automatismi legislativi, che, al verificarsi di taluni presupposti, vincolano la decisione amministrativa.

Emblematico è il caso dell'automatismo espulsivo, previsto come reazione 'meccanica' dell'ordinamento alla commissione di (una vasta gamma di) reati da parte dello straniero. L'espulsione del reo straniero è una misura di prevenzione *post delictum*, finalizzata a prevenire la recidiva, esattamente come le misure di sicurezza disciplinate dal codice penale. Tuttavia, mentre per queste ultime la pericolosità non può essere presunta, ma va accertata caso per caso², nel diritto dell'immigrazione compaiono due previsioni alternative: in una, l'espulsione del reo straniero è (correttamente) prevista come misura di sicurezza, applicata da un giudice che accerta in concreto la pericolosità del reo con le garanzie del processo penale³; nell'altra, che di fatto prevale sulla prima, si impone *comunque* all'amministrazione – anche quando il giudice, in sede penale, abbia formulato un giudizio diverso – di presumere la pericolosità del reo straniero e di comminarne l'espulsione⁴. Così, qualificando l'espulsione in esame come misura *amministrativa*, il legislatore cancella ogni possibilità di bilanciamento tra l'interes-

se pubblico all'allontanamento del reo potenzialmente recidivo e l'interesse di quest'ultimo alla prosecuzione del soggiorno (Savino, 2013).

Mentre in passato l'esigenza di efficacia dei poteri di polizia portava a riconoscere all'amministrazione un'area di creatività e libero apprezzamento corrispondente al concetto di ordine pubblico, oggi, all'opposto, quei poteri sono oggetto di una regolamentazione legislativa che azzerava del tutto la discrezionalità amministrativa. Quello che sembrerebbe un importante progresso – il riconoscimento al singolo di un vero diritto soggettivo, in corrispondenza dell'attività vincolata – si converte, paradossalmente, nel suo opposto, perché il vincolo legislativo non mira a garantire l'individuo, ma lo Stato-nazione, non la libertà, ma l'interesse pubblico e l'effettività dello strumento che serve a perseguirlo.

In queste ipotesi, l'ordine pubblico assume una accezione non più 'materiale', bensì 'normativa': la violazione di una norma – sia essa penale o di altro tipo – diviene un indice (sufficiente) di pericolosità e, perciò, comporta, di per sé, una lesione dell'ordine pubblico, che viene a coincidere con l'ordine giuridico. Questa variante della nozione in esame è compatibile con i principi di ragionevolezza e di proporzionalità che sorreggono lo Stato di diritto del XXI secolo?

iv) Il caso appena illustrato evidenzia, infine, l'esistenza di un problema più generale, che le nuove discipline preventive, nazionali e internazionali, in materia di lotta al terrorismo e di controllo dei flussi migratori enfatizzano: è il problema dell'asimmetrica distribuzione dei costi e dei benefici tra gruppi sociali (e nazionali).

L'ordine pubblico è, nelle norme costituzionali e nelle carte internazionali dei diritti, il principale limite al godimento di libertà fondamentali. L'introduzione di nuovi poteri di ordine pubblico comprime, conseguentemente, quelle libertà. Di qui, la diffusa idea del bilanciamento tra sicurezza e libertà: più sicurezza implica meno libertà, e viceversa. Ma l'immagine del bilanciamento nasconde un interrogativo importante: più sicurezza e meno libertà *per chi?* (Waldron, 2003: 200).

L'enfasi posta sulla sicurezza tende ad accentuarsi proprio in discipline che assumono i non cittadini (alternativamente, i migranti provenienti da paesi terzi o i terroristi islamici) come oggetto privilegiato del trattamento preventivo a fini di difesa sociale. Più sicurezza per alcuni – i cittadini o talune categorie privilegiate di cittadini – comporta una riduzione delle libertà (personale, di circolazione e/o di soggiorno ecc.) per gli altri – i non cittadini o gruppi riconducibili a specifiche identità nazionali, identificate come fonte prioritaria di minaccia.

Ne deriva una asimmetria che rievoca quella propria delle misure di prevenzione messo in campo dallo Stato monoclasse borghese per contrastare il fenomeno dei poveri, degli oziosi e dei vagabondi. Oggi, come allora, a quella asimmetria ne corrisponde un'altra: quella tra chi decide (ieri la borghesia, oggi i cit-

tadini di un certo Stato) e chi subisce le conseguenze della decisione (ieri come oggi, minoranze politicamente poco o niente affatto rappresentate nel processo decisionale nazionale). Così, la tirannia maggioritaria appanna il valore garantistico del principio di (stretta) legalità e mette in crisi l'immagine dello Stato di diritto che su quel principio poggia.

5. L'ordine pubblico tra il declino della sovranità statale e l'emergere di nuovi conflitti: il rafforzamento della rule of law come nuova frontiera?

Con il declino della sovranità statale, la dimensione sovranazionale apre spazi nuovi alla rimodulazione del concetto di ordine pubblico nazionale, ponendo così le basi per una sua ridefinizione tanto sul piano europeo, tra strumenti di tipo comunitario e strumenti di tipo intergovernativo, quanto sul piano internazionale, nella ricerca di una definizione e di una configurazione di una *rule of law* più forte proprio perché sempre più ampia nel suo operare.

Emerge così il bisogno, innanzitutto per quanto riguarda l'ordinamento europeo, a fronte della affermazione appunto di un sistema europeo non più semplicemente di tipo istituzionale ma più propriamente di tipo costituzionale, di affrontare il tema dell'ordine pubblico nell'Unione con una consapevolezza nuova.

Così, dopo la scelta di porre fine alla configurazione dell'Unione europea fondata su una struttura a tre pilastri, operata a seguito del processo che ha dato vita al Trattato di Lisbona, l'individuazione di uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» europeo (S.L.S.G), ex articolo 3, paragrafo 2 del T.F.U.E., ha aperto nuovi scenari per la realizzazione e la definitiva strutturazione di un ordine pubblico europeo; questo, inteso come spazio europeo comune in cui le persone possono circolare liberamente e ricevere una protezione giuridica efficace proprio in quelle aree dove vi è una forte dimensione transfrontaliera, come ad esempio l'immigrazione, la lotta contro la criminalità organizzata o il terrorismo, diviene rilevante, a maggior ragione in considerazione della necessità di tutelare, viepiù in modo multilivello, i diritti fondamentali dei cittadini europei.

Dentro questa importante evoluzione, ed in particolare nei quattro settori nei quali il Trattato di Lisbona distingue le questioni relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ossia le politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione, la cooperazione giudiziaria in materia civile, la cooperazione giudiziaria in materia penale e la cooperazione di polizia, la realizzazione di un ordine pubblico europeo rappresenta quindi la condizione, anzi, si vorrebbe dire, la premessa necessaria, per individuare e indicare la direzione di marcia futura anche per la stessa Unione europea. D'altronde, le conseguenze e le implicazioni politico-istituzionali rappresentate dall'evoluzione in queste aree nelle quali le aspettative dei cittadini europei sono elevate, impone un salto quali-

tativo che inevitabilmente inciderebbe in misura assai più estesa e intensa pure sulla stessa Unione e sulla sovranità interna dei suoi singoli Stati.

Tuttavia, trovare una strada che dia senso univoco, anche in termini finalistici, all'ordine pubblico europeo non è semplice: non soltanto perché questo concetto incarna *naturaliter* un'espressione poliedrica (Feraci, 2012), ma anche perché esso si viene a comporre, pur in un sistema tendenzialmente omogeneo di principi, valori e diritti, in assenza di un testo costituzionale al quale rifarsi in senso stretto.

Tra il già e il non ancora di un'Unione europea, cantiere perenne di trasformazioni politico-costituzionali, quindi, l'accezione più efficace che emerge di ordine pubblico nell'Unione europea è quella che vede il suo dispiegarsi in funzione proprio del rafforzamento e del coordinamento dell'integrazione europea; ed in particolare, come strumento di integrazione del pluralismo, nel rispetto del patrimonio costituzionale europeo (Angelini, 2007), ossia «dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri» (art. 67, n. 2, T.F.U.E).

Se ciò da un lato può apparire una soluzione di poco rilievo, per certi aspetti quasi scontata, in realtà essa ha un grande peso perché corrisponde esattamente a quella missione, già evidenziata in precedenza ad esempio per l'ordinamento interno italiano a seguito della nascita alla Repubblica ma ormai da tempo comune pure a tutte le maggiori liberal-democrazie (Sudre, 2001; Ferrari, 2011), di un ordine pubblico che è strumento e funzione di sostegno, tutela e promozione del pluralismo sociale di un territorio, concorrendo a rafforzare l'ordinamento al quale si riferisce.

In tal senso, l'ordine pubblico nell'Unione europea viene ad operare lungo due assi: attraverso la valorizzazione, la tutela e la garanzia delle libertà e dei diritti ivi promossi – nel nostro caso, dalla Carta dei Diritti fondamentali del 2000 – con l'individuazione di strumenti regolatori e normativi, delineati dalle istituzioni dell'Unione, tanto attraverso la promozione e il rafforzamento della cooperazione delle strutture di intelligence e delle forze di polizia dei singoli Paesi, quanto attraverso il coordinamento intergovernativo delle politiche supranazionali in tema tali da rispettare, nel bilanciamento dei diritti, il senso profondo dell'esercizio delle libertà fondamentali garantite nell'Unione; e poi attraverso l'intervento delle Corti, a partire da quella di Giustizia, che, così facendo, proteggono con più efficacia, nel favorire una adeguata strutturazione ed istituzionalizzazione dell'ordine pubblico rispetto ai diritti fondamentali, lo stesso ordinamento europeo. Peraltro, sebbene con non pochi rallentamenti e titubanze, il processo di stabilizzazione di un ordine pubblico europeo simile a quelli della tradizione interna degli Stati sta procedendo anche per il tramite di organismi specifici creati *ad hoc* per contribuire alla gestione dello spazio di libertà,

sicurezza e giustizia⁶, nella prospettiva di un *government* unitario a livello europeo e non soltanto di una semplice *governance* dell'Unione, sempre meno sostenibile ora a ventotto Paesi.

D'altronde, soprattutto di fronte alle sfide del terrorismo internazionale nei Paesi dell'Unione europea, la sicurezza interna dell'Unione in quanto tale sta assumendo un rilievo che progressivamente sta facendo cadere molte barriere tipiche di una lettura propriamente intergovernativa di queste politiche, non da ultimo perché il Trattato di Lisbona – eccezion fatta per Regno Unito, Irlanda e Danimarca, che si sono avvalsi della possibilità di non partecipare al processo legislativo in questo settore – consente per lo più l'estensione della procedura legislativa ordinaria, prevedendo ulteriormente anche la possibilità di istituire delle cooperazioni rafforzate *ad hoc* tra gli Stati interessati qualora non si raggiunga l'unanimità del Consiglio.

Al tempo stesso, l'intervento delle Corti, a partire da quella di Giustizia dell'Unione, stanno contribuendo a sanare le asimmetrie interne agli Stati nelle differenti concezioni di ordine pubblico in rapporto ai diritti fondamentali, favorendo soluzioni sempre più armoniche e armonizzatrici in senso europeo, ispirate e definite tanto alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, finalmente oggi divenuta vincolante⁷, quanto pure a quella della giurisprudenza della Corte di Strasburgo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁸, ormai legata a doppio filo allo stesso ordinamento comunitario, ex art. 6 c. 2 del T.U.E., innanzitutto per il tramite della comunitarizzazione dei principi CEDU.

Pertanto, sotto la pressione degli eventi, anche terroristici, che toccano nel profondo il mantenimento di una società democratica e pluralistica in Europa, l'ordine pubblico dell'Unione europea sta trovando un crescente rafforzamento tanto in virtù degli strumenti a disposizione offerti dal Trattato di Lisbona, che devono essere ispirati ad «un'impostazione integrata e coerente»⁹, sia in virtù degli interventi della Corte di giustizia, così come di quelle interne agli Stati, nell'elaborazione della nozione di un ordine pubblico comune e proprio dell'Unione europea, approfittando peraltro pure, come detto, della rilevante giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema.

Certamente questo percorso prevede, nel rapporto tra ordine pubblico dell'Unione europea e ordine pubblico dei singoli Stati, un naturale processo di coesistenza, più che di sostituzione; tuttavia proprio la dimensione dell'integrazione sovranazionale dell'ordine pubblico può essere per l'Unione europea un'efficace strumento per accompagnare, con maggiore forza e concretezza di quanto non si creda, il processo di crescita europeo di tipo federale.

Va detto altresì che proprio il positivo rafforzamento nelle aree macroregionali come l'Unione europea di una comune *rule of law*, cioè la presenza di un ordine pubblico *at large*, può migliorare la gestione dei conflitti sorti dopo la

fine della c.d. guerra fredda, nella ricerca comune di un nuovo 'ordine pubblico' a livello internazionale, capace di rafforzare i diritti fondamentali non principalmente – od esclusivamente – grazie all'agire delle Corti, interne ed internazionali, quanto piuttosto intorno ad un sistema reticolare di regole standard condivise a tutela di essi. Infatti, soltanto un modo di intendere comune, all'interno di principi ordinatori condivisi, anche senza ritenere indispensabile individuare in una qualche organizzazione internazionale il supremo guardiano di ciò, può consentire che la garanzia della *rule of law* in termini globali si affermi e si espanda in modo naturale, accettato e progressivo.

Note

- * Sulla base di una riflessione comune, Francesco Clementi ha scritto i paragrafi 3 e 5; Mario Savino, i paragrafi 1, 2 e 4.
- ¹ Art. 9 della l. 20.3.1865, n. 2248, all. B.
- ² A seguito di interventi puntuali della Corte costituzionale (C. cost., 27.7.1982, n. 139 e 28.7.1983, n. 249), l'art. 31 della l. 10.10. 1986, n. 663 ha abrogato la previsione generale in tema di presunzione di pericolosità [art. 204 c.p.], stabilendo il principio opposto del necessario accertamento in concreto.
- ³ Art. 15, comma 1, d.lgs. 25.7.1998, n. 286 (T.U. in materia di immigrazione).
- ⁴ L'automatismo deriva dal combinato disposto degli artt. 4, comma 3, 5, comma 5, e 13, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 286/1998, come modificato dalla l. 30.7.2002, n. 189, c.d. Bossi-Fini.
- ⁵ La rigidità dell'automatismo è temperata da alcune deroghe imposte dal diritto comunitario e dalla tutela assicurata al diritto al rispetto della vita familiare, garantito dall'art. 8 della CEDU. Sul punto, e più in generale, per un inquadramento dell'istituto in esame, sia consentito rinviare a Savino, 2013: 37 sgg.
- ⁶ Si tratta, in particolare: di Europol per la cooperazione di polizia, dell'Accademia europea di polizia (CEPOL), di Eurojust per la cooperazione giudiziaria in materia penale, dell'Agenzia dell'UE per i diritti fondamentali, che si occupa di diritti fondamentali e lotta contro la discriminazione, dell'Osservatorio europeo delle droghe e delle tossicodipendenze, di Frontex, che è responsabile del coordinamento dei controlli alle frontiere esterne dell'UE, dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo, e, più recentemente, dell'Agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi informatici su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (eu-LISA).
- ⁷ Il nuovo art. 6 del Trattato di Lisbona richiama ora la Carta dell'UE conferendole lo stesso valore giuridico dei Trattati istitutivi dell'Unione senza ampliare le competenze.
- ⁸ Basti pensare, ad esempio, alla sentenza Krombach c. Bamberski, che definisce il «diritto ad un equo processo» come principio di ordine pubblico. Cfr. Corte giust., 15.11.2011, C-256/11, *caso Dereci e a.*
- ⁹ Comunicazione della Commissione su *Il programma dell'Aja: dieci priorità per i prossimi cinque anni. Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia*. COM, 2005, 0184.

Riferimenti bibliografici

- Amato G. 1967, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano.
- Amato G., Clementi F. 2012, *Forme di Stato e forme di Governo*, il Mulino, Bologna.
- Angelini F. 2007, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Cedam, Padova.
- Barile P. 1967, *La pubblica sicurezza*, in P. Barile (a cura di), *La pubblica sicurezza*, Giuffrè, Milano: 11 sgg.
- Cammeo F. 1901, *Le manifestazioni di volontà dello Stato nel diritto amministrativo*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, III, Milano: 1-220.
- Clementi F., Tiberi G. 2013, *Sicurezza interna, diritti e cooperazione internazionale nella lotta al terrorismo: i casi Swift e Pnr*, in G. Amato, R. Gualtieri (a cura di), *Prove di Europa unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi*, Passigli, Firenze.
- Corso G. 1979, *L'ordine pubblico*, il Mulino, Bologna.
- Elia L. 1962, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano.
- Feraci O. 2012, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano.
- Ferrari G.F. 2011, *Le libertà. Profili comparatistici*, Giappichelli, Torino.
- Galizia M. 1967, *La libertà di circolazione e soggiorno dall'Unificazione alla Costituzione repubblicana*, in P. Barile (a cura di), *La pubblica sicurezza*, Neri Pozza, Vicenza: 485 sgg.
- Nania R., Ridola P. (a cura di) 2006, *I diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, vol. 3.
- Orlando V.E. 1890, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in A. Brunialti (dir.), *Biblioteca di Scienze Politiche*, V, Torino: 917 sgg.
- Pace A. 1963, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.*, CLXV: 116 e 118.
- Ranelletti O. 1904, *La polizia di sicurezza*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. IV, pt. 1, Torino: 207 sgg.
- Romano S. 1900, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, I, Milano: 111 sgg.
- Savino M. 2012, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Giuffrè, Milano.
- 2013, *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 3: 37 sgg.
- Sudre F. 2001, *L'ordre public européen*, in M.J. Redor (a cura di), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles: 109 sgg.
- Vermeule A. 2009, *Our Schmittian Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, CXXII: 1096 sgg.
- Waldron J. 2003, *Security and Liberty: The Image of Balance*, in *Journal of Political Philosophy*, XI: 191 sgg.

LA PARTECIPAZIONE PROCEDIMENTALE

Marco Bombardelli

SOMMARIO – 1. L'evoluzione dei diversi modelli di partecipazione procedimentale. 1.1 La partecipazione in funzione di garanzia. 1.2 La partecipazione in funzione efficientistica e collaborativa. 1.3 La partecipazione democratica. 2. La partecipazione nella disciplina generale del procedimento amministrativo. 2.1 I soggetti legittimati a partecipare. 2.2 I diritti di partecipazione. 3. La partecipazione procedimentale nella dimensione europea. 4. Le prospettive di sviluppo della partecipazione procedimentale.

1. L'evoluzione dei diversi modelli di partecipazione procedimentale

Quando, nel 1965, si celebrò il centenario delle leggi di unificazione, era ancora molto forte la concezione tradizionale che il 'mito' di quelle leggi aveva contribuito a creare, in base alla quale il privato non si caratterizzava tanto come 'cittadino', quanto piuttosto come 'suddito' e, comunque, come 'amministrato'. La posizione dell'individuo di fronte al potere pubblico era ancora quasi esclusivamente definita attraverso il riconoscimento di 'libertà negative' e il suo valore si esprimeva quasi solo nella possibilità di tutela contro gli atti adottati dall'autorità amministrativa nelle proprie scelte unilaterali di cura dell'interesse pubblico, nel caso in cui gli stessi fossero illegittimi. Il procedimento amministrativo si presentava di conseguenza con i tratti del 'rito' che l'amministrazione deve celebrare nell'esercizio del proprio potere per garantirne la legittimità e nel suo ambito i funzionari operavano appunto come gli officianti di questo rito, attenti soprattutto al rispetto delle prescrizioni formali poste dalle norme a presidio della legalità dell'azione amministrativa (Benvenuti, 1969: 65 sgg.).

La partecipazione procedimentale era un evento del tutto episodico, ritenuto poco rilevante sia per la garanzia del privato, che si riteneva dovesse trovare il suo riconoscimento a procedimento concluso, nel ricorso contro l'atto, sia a maggior ragione per il coinvolgimento dello stesso nella cura dell'interesse pubblico, rispetto alla quale era considerato del tutto estraneo, a favore di una pubblica amministrazione per definizione sovraordinata e nettamente separata dai destinatari della sua attività.

Cinquant'anni fa, quindi, il dibattito sulla partecipazione procedimentale risultava ancora essenzialmente circoscritto alla portata dell'art. 3 della l. 20 marzo 1865, n. 2248 all. E, che appunto prevede la partecipazione del privato a difesa del suo interesse. Tale dibattito oscillava tra la posizione di chi riteneva che tale disposizione normativa avesse un'applicazione limitata al solo caso del

ricorso gerarchico, a cui espressamente si riferisce, o dovesse invece avere una valenza generale, da riferirsi alla formazione di tutti gli atti amministrativi. La prima posizione era maggioritaria e così la partecipazione procedimentale, per quanto intesa solo in senso garantistico, assumeva per i più un carattere eventuale e di fatto marginale.

Già allora, però, alcune voci cominciavano a evidenziare con chiarezza e con forza come questa impostazione prevalente non fosse ormai più in linea con la posizione che deve essere riconosciuta al cittadino in uno Stato democratico e come fosse necessario il suo superamento. Questa critica non riguardava solo il ruolo episodico allora attribuito alla partecipazione come momento di anticipazione della tutela del privato all'interno del procedimento, ma investiva anche il significato ad essa fino a quel momento attribuito. Si cominciava a prendere atto, infatti, che per adeguarsi alle esigenze poste dall'attuazione del principio democratico nell'amministrazione la partecipazione dei cittadini allo svolgimento dell'attività amministrativa deve andare oltre la connotazione garantistica ed estendersi a comprendere non solo la collaborazione del privato con l'amministrazione ma anche il suo coinvolgimento attivo nelle decisioni aventi ad oggetto la cura dell'interesse pubblico (Pastori, 1964: 19 sgg.; Benvenuti, 1969: 65 sgg.; Berti, 1975: 779 sgg.).

Nei cinquant'anni trascorsi questa critica ha sollecitato molto lo sviluppo della partecipazione procedimentale, in linea con le profonde trasformazioni che nel frattempo hanno caratterizzato l'amministrazione. L'alternativa che allora si cominciava a prospettare tra la dimensione garantistica, quella collaborativa e quella, in senso lato, democratica della partecipazione (Cassese, 1971: 25 sgg.) è stata oggetto di numerose riflessioni teoriche, su di essa ha preso posizione la giurisprudenza, si è espresso il legislatore e sono intervenute le amministrazioni con la loro prassi applicativa. I passi compiuti verso una più precisa collocazione della partecipazione nell'ambito dell'attività amministrativa sono stati numerosi e ne hanno sicuramente rinforzato il ruolo e il significato. Con molte incertezze, però: e anzi, come si vedrà in seguito, spesso si sono diretti lungo percorsi circolari che hanno finito per riportare non molto lontano dal punto di partenza.

1.1 La partecipazione in funzione di garanzia

Nel periodo considerato è rimasta a lungo predominante l'impostazione più antica, che configura la partecipazione nel suo significato garantistico e si interroga sulla valenza generale o meno del suo riconoscimento. Ciò ha dato vita a una riflessione molto approfondita sulla tematica del 'giusto procedimento'. In base a tale principio prima di tutto, sul piano sostanziale, la legge deve definire

il procedimento attraverso cui l'amministrazione può limitare la libertà del privato e poi, sotto il profilo procedurale, i destinatari di decisioni della pubblica amministrazione potenzialmente lesive dei loro interessi devono sempre essere messi nella condizione di rappresentare tempestivamente le proprie ragioni, prima che tali decisioni vengano adottate (Sciullo, 1986: 291 sgg.).

All'inizio del periodo, con una importante sentenza la Corte costituzionale aveva riconosciuto al 'giusto procedimento' il valore di principio generale, senza però attribuirgli il valore di principio costituzionale¹. La giurisprudenza amministrativa è stata a lungo restia a riconoscere al giusto procedimento questo valore di principio generale, ritenendo sufficiente che sia prevista *ex post*, attraverso la possibilità di ricorso, la tutela dei diritti e degli interessi che si pretendono lesi dal provvedimento conclusivo e riscontrando anzi una regola generale per cui l'istruttoria procedimentale si svolge «[...] senza la partecipazione del privato destinatario dell'atto finale della procedura»². Si è dovuto attendere l'intervento del legislatore e l'inserimento della partecipazione nella disciplina generale del procedimento introdotta con la l. 7 agosto 1990, n. 241 perché la portata generale del principio del giusto procedimento non venisse più messa in discussione. Oggi si è arrivati anche oltre, nel senso del progressivo riconoscimento al giusto procedimento del valore di principio costituzionale (per la ricostruzione del dibattito Sciullo, 1986: 291 sgg.; Cardone, 2009: 253 sgg.; Saitta, 2013: 628 sgg.).

Il percorso seguito ha dunque condotto a valorizzare in modo significativo l'importanza della partecipazione procedimentale, rimanendo però all'interno di una prospettiva tradizionale e continuando a cogliere in una sola dimensione, quella del conflitto, il rapporto fra amministrazione e cittadino. La partecipazione è cioè stata modellata facendo riferimento ad un rapporto di tipo asimmetrico e conflittuale, in cui il privato partecipa per difendersi dall'amministrazione, il procedimento amministrativo assume una funzione di tipo 'pre-giustiziale' e le sue regole sono pensate come limiti necessari per imbrigliare l'esercizio del potere.

1.2 *La partecipazione in funzione efficientistica e collaborativa*

Come si è detto, però, la partecipazione non è stata configurata solo con le modalità sopra descritte. Già nel quadro del dibattito sul giusto procedimento e poi, più ampiamente, in una dimensione autonoma, si è fatto riferimento alla partecipazione procedimentale anche al di fuori della logica del conflitto fra privato e amministrazione, considerando l'eventualità che la stessa si possa svolgere nel segno della collaborazione. Si è preso atto che l'amministrazione non è più comprimibile nella formula della esecuzione della legge e che nell'esplicazione del suo agire essa ha sempre più bisogno acquisire elementi di valutazio-

ne ulteriori, utili a compiere le scelte amministrative, che in molti casi possono essere ottenuti solo con il coinvolgimento dei privati che sono in grado di fornirli e quindi con l'apertura nei loro confronti del procedimento amministrativo (Cassese, 1971: 25 sgg.; Berti, 1975: 779 sgg.).

Anche se la cura dell'interesse pubblico è rimasta affidata in via esclusiva all'autorità amministrativa, l'interesse del privato per la vicenda oggetto dell'agire amministrativo ha cominciato ad apparire come un'occasione per attivare un flusso di informazioni utili all'amministrazione per assumere una decisione più ponderata. Il rapporto del cittadino con la pubblica amministrazione ha cominciato così ad assumere rilievo anche al di là della sua potenziale configurazione come destinatario del provvedimento, in virtù dell'apporto favorevole che esso può dare all'efficienza e all'efficacia dell'agire amministrativo. Anche se ha mantenuto la sua connotazione asimmetrica, tale rapporto ha cominciato così a perdere il suo carattere necessariamente conflittuale e le regole del procedimento sono state considerate anche nell'ottica di agevolare il coinvolgimento del privato e di massimizzare l'utilità che questo può avere per l'azione amministrativa. Inevitabilmente, però, l'utilità dell'apporto del privato, considerata dal punto di vista dell'amministrazione, è diventata anche il parametro in base al quale valutare l'ammissibilità della partecipazione, che se priva di tale carattere, e se non riconducibile al tradizionale profilo garantistico, ha finito per essere trattata come 'inutile' ed è stata percepita come un aggravio per il corretto svolgersi della procedura, che in tal caso può quindi – o addirittura deve – essere evitata.

La partecipazione è stata così collegata anche alla capacità dell'amministrazione di raggiungere i risultati che le sono affidati nello svolgimento della sua funzione. In questa prospettiva essa è stata considerata utile non solo rispetto all'attività di amministrazione attiva, ma anche rispetto a un'attività di valutazione e di controllo del suo operato, volta a verificare se gli interventi compiuti e i servizi erogati sono in linea con gli standard attesi. Anche in questo senso la partecipazione ha continuato a prospettarsi come una forma di collaborazione del privato con l'amministrazione, in virtù del suo collegamento come partner o come utente nell'attività di erogazione dei servizi, per il quale la valutazione della qualità del servizio si configura come il completamento dell'intervento partecipativo, volto anche a rafforzarne l'efficacia (Gigliani-Lariccia, 2000: 943 sgg.). Così intesa, la presenza del privato ha assunto un significato specifico, che risulta profondamente diverso da quello che oggi può assumere nelle 'forme diffuse di controllo', che infatti restano distinte dalla partecipazione e anzi collocano il privato-controllore al di fuori della vicenda legata all'agire amministrativo, in una posizione in cui guarda all'amministrazione dall'esterno, con diffidenza, non interagisce con essa, ne rimane

distaccato e percepisce i suoi interventi su un piano diverso rispetto a quello dell'amministrazione attiva³.

1.3 *La partecipazione in funzione democratica*

La riflessione sulla partecipazione procedimentale ha poi seguito anche una terza direzione, volta più direttamente a inquadrare la stessa nella prospettiva dell'attuazione del principio democratico. Prendendo atto dello sviluppo del pluralismo sociale e del policentrismo organizzativo, sono stati valorizzati i rapporti sempre più istituzionali e diretti dell'amministrazione con la società, al punto da prospettare la prima come una delle forme di organizzazione e di espressione della seconda e da configurare il procedimento amministrativo come uno dei modi in cui si può realizzare la compenetrazione fra organizzazione amministrativa e società civile, in virtù della sua capacità di cucire «[...] dinamicamente soggetti (in senso ampio) e interessi, in una trama che è anzitutto organizzativa» (Nigro, 1980b: 273) e di «[...] mettere in rapporto, un rapporto dialettico ma anche mirato a trovare un'intesa, *società e istituzioni*, base e vertice» (Allegretti, 2009: 293, corsivo nel testo). In questa prospettiva, la partecipazione procedimentale ha assunto rilievo come principale espressione della 'libertà attiva' del cittadino e si è inserita in una logica «[...] di reciprocità dove entrambi i soggetti concorrenti alla definizione del procedimento sono contemporaneamente collaboratori gli uni degli altri, venendo meno perciò ogni posizione di preordinata superiorità del pubblico e di subordinazione del privato, entrambi da concepire in un senso nuovo perché entrambi colorati della stessa socialità» (Benvenuti, 1994: 87).

La partecipazione non si è connotata più solo come un intervento esterno da ammettere in funzione garantistica o collaborativa, ma come un elemento strutturale e coesenziale alla natura sostanziale del procedimento, inteso come strumento che consente all'amministrazione di coniugare l'azione dei propri apparati e la dinamica sociale – senza confusione tra i rispettivi ruoli – nelle scelte che è ordinariamente e abitualmente chiamata a prendere per la cura dell'interesse pubblico. È così diventato possibile configurare il rapporto fra pubblico e privato non solo come collaborativo, ma anche come simmetrico: non più tanto il rapporto fra un interno ed un esterno rispetto all'amministrazione pubblica, ma il rapporto fra due modi di operare, sul piano oggettivo dell'organizzazione amministrativa, per il perseguimento di interessi generali. Il procedimento amministrativo è così stato individuato come il luogo in cui l'amministrazione – con l'esercizio delle funzioni che le sono attribuite – esprime il proprio dovere di cura dell'interesse pubblico e gli individui e i gruppi sociali – appunto con la partecipazione – esprimo-

no in senso relazionale e solidaristico la dimensione attiva della propria libertà (Berti, 1994: 357 sgg.).

2. La partecipazione nella disciplina generale del procedimento amministrativo

Come è noto, la partecipazione procedimentale è uscita dai confini del dibattito teorico e giurisprudenziale ed è diventata oggetto di una specifica disciplina normativa con l'adozione della l. n. 241/90.

Nella fase immediatamente antecedente alla approvazione di tale legge la partecipazione, molto opportunamente, è stata percepita come un nodo cruciale della disciplina dell'attività amministrativa. Nello schema predisposto dalla 'Commissione Nigro' è stata considerata in tutti i suoi profili di rilevanza, con attenzione alle sue potenzialità garantistiche, ma anche a quelle collaborative e a quelle più specificamente riconducibili alla prospettiva della integrazione fra stato e società nell'esercizio del potere amministrativo. I punti di forza del suddetto schema erano proprio l'affermazione del principio della libertà delle forme, che poteva servire a rendere idoneo il procedimento amministrativo a gestire con immediatezza ed efficacia le dinamiche di interazione fra amministrazione e privati volte alla cura dell'interesse generale; il deciso spostamento del baricentro dell'azione amministrativa dall'atto, quindi dal potere esercitato, al procedimento, quindi al percorso di esercizio del potere, in cui la partecipazione si può inserire stabilmente; l'affermazione del principio di contrattualità, inteso non tanto nel senso di favorire l'uso del diritto privato, quanto piuttosto di introdurre strumenti flessibili idonei a mettere in grado l'amministrazione, sulla base alle concrete risultanze della dinamica procedimentale, di «[...] disciplinare con maggiore stabilità e precisione i comportamenti propri e dei privati oltre che i diritti e i doveri reciproci» (Nigro, 1989: 5 sgg.). Ma soprattutto veniva prevista la possibilità per gli interessati di essere ascoltati anche in modo informale su fatti rilevanti per la decisione e veniva proposto il modello dell'istruttoria pubblica, obbligatorio per alcune procedure di programmazione ma utilizzabile in tutti i procedimenti di particolare interesse partecipativo, nel quale attraverso semplici riunioni sia le amministrazioni interessate che i privati, titolari anche di semplici interessi di fatto, avrebbero potuto intervenire per dare il proprio contributo alla decisione finale (Pastori, 1987: 805 sgg.; Nigro, 1989: 5 sgg.).

Se questo schema fosse stato sviluppato in tutte le sue potenzialità, la partecipazione procedimentale avrebbe molto probabilmente assunto un ruolo diverso e molto più incisivo nei procedimenti svolti dalle pubbliche amministrazioni italiane. Le cose però sono andate diversamente. La l. n. 241/1990, pur rappresentando un punto di svolta nella disciplina dell'attività amministrativa, ha recepito solo in parte la portata innovativa dello schema della 'Commissione

Nigro' e l'applicazione che ne è stata fatta dalle amministrazioni e dalla giurisprudenza ha spesso ulteriormente offuscato i profili più avanzati del testo originale della legge. Dei vari significati della partecipazione si è finito per privilegiare ancora una volta quello garantistico, con al più qualche concessione anche al significato collaborativo. Non sono invece state sviluppate le previsioni idonee a valorizzare il ruolo attivo dei cittadini e delle formazioni sociali nell'attività volta alla realizzazione dell'interesse generale (Allegretti, 2009: 98 sgg.).

2.1 I soggetti legittimati a partecipare

Sparite le previsioni sull'istruttoria pubblica e sull'ampia legittimazione procedimentale che esse portavano con sé, fino a coinvolgere anche i portatori di interessi di fatto, gli art. 7 e 9 della l. n. 241/90 hanno calibrato sul 'pregiudizio' che può derivare dal provvedimento i criteri di individuazione dei soggetti che, oltre ai destinatari dell'atto e a coloro che devono intervenire per legge, sono legittimati a partecipare al procedimento. Il possibile pregiudizio è diventato la condizione essenziale per individuare non solo – come sarebbe stato sufficiente per salvaguardare la semplicità del procedimento – gli intervenienti a titolo necessario, ma anche per legittimare la presenza degli intervenienti a titolo facoltativo, perfino quando questi si presentano non come portatori di interessi privati, ma di interessi diffusi e addirittura di interessi pubblici. La partecipazione non viene così selezionata in base all'apporto che chi interviene nel procedimento può dare alla soluzione dei problemi del vivere comune, contribuendo ad una più equilibrata definizione dell'assetto di interessi finale, ma ancora unicamente in considerazione della possibile lesione che l'azione svolta dall'amministrazione titolare dell'interesse 'primario', può arrecare agli interessi di cui i partecipanti al procedimento sono portatori.

La logica del rapporto procedimentale rimane sempre caratterizzata dal conflitto, almeno potenziale. L'utilità o l'inutilità della partecipazione, la sua qualità, la sostenibilità o meno dell'aggravio che essa può portare al normale – e cioè unilaterale – svolgersi del procedimento amministrativo sono valutate essenzialmente cercando di prevedere quanto chi aspira a partecipare al procedimento potrebbe fare per contrastare il contenuto di una decisione che l'amministrazione si presume comunque perfettamente in grado di assumere da sola. È inevitabile che in questo modo gli interessi 'corporati' e quindi già di per sé più forti vengano inclusi nella partecipazione, mentre quelli 'non corporati' e più deboli, non avendo titolo a contestare il provvedimento, non sono nemmeno chiamati in causa quando si tratta di adottarlo, mentre invece è proprio ad essi che l'amministrazione imparziale dovrebbe rivolgere la sua attenzione, cercando di favorire la loro inclusione nei processi decisionali (Allegretti, 2009: 98 sgg.).

2.2 *I diritti di partecipazione*

Di questa impostazione sono inevitabile corollario la connotazione e l'ampiezza riconosciute ai diritti di partecipazione, che come è noto nell'impianto originale della legge n. 241/90 sono essenzialmente tre. Il primo consiste nel diritto a ricevere la comunicazione di avvio del procedimento amministrativo⁴; il secondo nel diritto di prendere visione degli atti del procedimento, salvi i casi in cui l'accesso è escluso o limitato⁵; il terzo nel diritto di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare, sempre che siano pertinenti all'oggetto del procedimento⁶. A ciò si aggiunge successivamente, nei procedimenti ad istanza di parte, il diritto di ricevere prima della formale adozione di un provvedimento negativo, la tempestiva comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento della domanda e di presentare per iscritto le proprie osservazioni, eventualmente corredate da documenti, delle quali l'amministrazione deve dare conto in motivazione⁷.

Anche questi diritti vengono letti in chiave soprattutto garantistica, pur essendo di per sé suscettibili di letture in senso più marcatamente inclusivo e collaborativo. Emblematico è il caso dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, che nella logica sostanziale del confronto e del dialogo fra interessi coinvolti dalla decisione dovrebbe essere lo strumento con cui l'amministrazione si attiva per coinvolgere tutti coloro che possono dare un contributo alla decisione e li mette in condizione di dare il proprio apporto al procedimento. La lettura che ne è stata data è invece di segno diametralmente opposto e la comunicazione di avvio è stata intesa come semplice regola procedurale, trasformandosi in un appiglio formale la cui omissione può indurre a contestare la completezza della procedura e quindi la legittimità del provvedimento. Questa lettura ha provocato una reazione della giurisprudenza amministrativa, rivolta a sottrarre all'obbligo della comunicazione di avvio un numero significativo di casi, per evitare che la relativa omissione diventi un facile bersaglio per la 'caccia agli errori' formali in cui troppo spesso ancora si traduce l'impugnazione del provvedimento amministrativo. Questa reazione è stata fatta propria anche dal legislatore, che ha introdotto una regola in base a cui il provvedimento amministrativo non è «[...] comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato»⁸.

Non si richiede all'amministrazione di arrivare a dimostrare che la comunicazione non avrebbe comunque consentito di creare le condizioni per far emergere un modo diverso di realizzare l'interesse pubblico, attraverso un diverso temperamento fra gli interessi in gioco. L'omissione della comunicazione è co-

munque considerata non influente sul contenuto della decisione qualora risulti che il soggetto che non la ha ricevuta, anche se potenzialmente in grado di prospettare una soluzione diversa, comunque non si sarebbe potuto trovare nella condizione di agire per la tutela di una propria situazione soggettiva ad essa collegata e non avrebbe quindi potuto, tecnicamente, provocare una modifica del contenuto del provvedimento adottato⁹. L'attenzione non si concentra quindi sulla idoneità della comunicazione di avvio di fornire all'interessato la possibilità di esprimersi su elementi rilevanti per la decisione e sull'utilità che questo può avere per condurre l'amministrazione a decidere meglio. La comunicazione viene considerata necessaria solo quando serve a mettere l'interessato in condizione di agire per la tutela di una propria situazione soggettiva, contestando il contenuto del provvedimento comunque determinato dall'amministrazione: partecipazione come garanzia, appunto, e non come contributo al processo decisionale.

È peraltro significativa anche la modalità prevista dalla legge per esercitare la partecipazione, attraverso memorie scritte e documenti, che definisce un modello di istruttoria scritta e documentale, escludendo invece le ipotesi di istruttoria orale, ovviamente più ampia e flessibile. Come si è detto le potenzialità della partecipazione avrebbero potuto essere maggiori se non fossero state disattese le indicazioni dello schema della 'Commissione Nigro', che, almeno in relazione a determinati casi particolari, aveva previsto la possibilità di essere ascoltati dall'amministrazione competente e la possibilità dell'istruttoria pubblica, in cui gli interventi degli interessati avevano valore anche se espressi semplicemente in forma orale. La scelta operata dal legislatore presenta dei lati negativi per quanto riguarda la completezza dei dati acquisibili nell'istruttoria, per la rapidità e per la dinamicità della stessa, ma soprattutto per l'immediatezza del rapporto con l'amministrazione e per la facilità della partecipazione da parte degli interessati. Questi, infatti, e di nuovo in particolare quando siano titolari di interessi deboli, non sempre possiedono le conoscenze giuridiche e tecniche necessarie per redigere una memoria o un documento in una forma che sia immediatamente valutabile dall'amministrazione e per questo possono trovarsi a partecipare solo in forma 'mediata', attraverso il ricorso a forme varie di assistenza (associazioni di categoria, assistenza legale ecc.).

Più in generale, poi, la disciplina della partecipazione operata dalla l. n. 241/90 ha avuto come conseguenza quella di cambiare l'approccio al tema della partecipazione procedimentale, che mentre prima dell'entrata in vigore della legge verteva prevalentemente sul valore che la stessa deve avere come principio e come fondamento di un diverso modo di essere dell'amministrazione, dopo la sua approvazione si è spostato in prevalenza su questioni relative alla descrizione e alla corretta esegesi delle disposizioni che disciplinano la partecipazione (Perfetti, 2011: 14 sgg.). Si è finito così per rinunciare alla partecipazione come strumento che consente all'amministrazione di coinvolgere il cit-

tadino nel farsi dell'attività amministrativa e di legittimare le proprie decisioni attraverso il confronto e l'individuazione di soluzioni condivise, considerando invece la stessa proprio nello spirito opposto, come semplice regola formale, e continuando quindi, come cinquant'anni fa, a guardare al procedimento amministrativo come sequenza da rispettare scrupolosamente, guidati solo dalle esigenze dell'attuazione della legge (Benvenuti, 1969: 65 sgg.). Si tratta indubbiamente di una situazione non ottimale, che rischia di sminuire il ruolo della partecipazione al procedimento e che richiede quindi probabilmente di ripensarne l'attuale disciplina positiva e comunque di modificare l'atteggiamento degli interpreti rispetto ad essa.

3. La partecipazione procedimentale nella dimensione europea

Come è noto, la disciplina dei procedimenti delle amministrazioni nazionali non è oggi determinata dal solo diritto nazionale, ma risente in modo significativo anche delle influenze del diritto europeo. Occorre quindi chiedersi quali siano i principali influssi di quest'ultimo sulla partecipazione procedimentale.

Non essendo vigente una disciplina generale europea del procedimento amministrativo (Bertezolo, 2015: 71 sgg.), il richiamo più diretto alla partecipazione procedimentale è quello operato dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che nell'ambito appunto dei diritti di cittadinanza include il diritto a una buona amministrazione, precisando che lo stesso comprende anche il «diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio». Si tratta di una disposizione che viene rafforzata anche dalle regole contenute nel *Code of good administrative behaviour* predisposto dal Mediatore europeo e approvato dal Parlamento europeo nel 2001¹⁰ e, in prospettiva, dalle raccomandazioni alla Commissione allegate alla Risoluzione del Parlamento europeo, *EU administrative procedure law*, del 15 gennaio 2013¹¹, che appunto richiamano espressamente il diritto ad essere sentiti prima che la decisione amministrativa venga adottata.

Su questa base, nell'ordinamento europeo sta crescendo l'attenzione per i profili garantistici della partecipazione procedimentale, che sempre più spesso, anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, viene giustificata sulla base di un principio europeo del "giusto procedimento", da intendersi sia come diritto ad essere sentiti prima della decisione, sia di avere una replica al proprio intervento nella motivazione della decisione poi effettivamente adottata (Cocconi, 2010b: 1129 sgg.). Il riconoscimento di tale principio influenza i procedimenti delle istituzioni europee, i procedimenti composti e i procedimenti delle istituzioni nazionali chiamate a dare attuazione al diritto europeo, ma, almeno per

quanto riguarda le amministrazioni italiane, ha una ricaduta immediata anche sui procedimenti amministrativi regolati dal diritto nazionale, in virtù del richiamo ai principi dell'ordinamento europeo operato dall'art. 1 della legge n. 241/90.

A livello europeo, poi, sia pure ancora al di fuori dell'ordinamento dell'Unione, tale impostazione viene ripresa e rinforzata dalla posizione assunta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che va oltre quanto sostenuto dalla Corte di Giustizia e arriva a riconoscere espressamente nel procedimento amministrativo un luogo di garanzia anticipata dei diritti processuali, al quale dunque deve essere estesa l'applicazione del diritto ad un equo processo di cui all'art. 6, par. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, riconoscendo nell'esigenza di imparzialità ed indipendenza dell'autorità amministrativa l'obbligo di offrire garanzie assimilabili a quelle di una istanza giurisdizionale. Per ora queste indicazioni si rivolgono agli Stati e alle loro amministrazioni, ma l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione prevista dall'art. 6 del T.U.E., oltre a rendere più uniforme sul punto la giurisprudenza delle due Corti, potrà consentire di configurare anche per le istituzioni europee il diritto di partecipazione interno al procedimento amministrativo come espressione del principio del contraddittorio insito nell'equo processo di cui all'art. 6 della Convenzione.

Il diritto europeo conferma dunque sicuramente l'impostazione garantistica della partecipazione procedimentale. Ma non solo. La Commissione europea ha infatti riconosciuto il valore della consultazione e del dialogo con le parti interessate nei propri procedimenti, con una apposita comunicazione¹². Ma soprattutto, in varie normative di settore, per lo più relative alla conformazione da parte del diritto europeo di procedimenti nazionali di formazione di atti generali, la partecipazione viene contemplata nella sua valenza collaborativa, come strumento idoneo a mettere le istituzioni pubbliche nelle condizioni di decidere nel modo migliore quando si tratta di dare attuazione al diritto europeo¹³. Qui la logica della consultazione dei privati prima dell'adozione delle decisioni amministrative è diversa dalla precedente, da un lato perché spesso tali decisioni non sono di per sé idonee a incidere immediatamente nella sfera giuridica dei partecipanti al procedimento, dall'altro perché abitualmente questi intervengono non a titolo individuale, ma come portatori di istanze proprie di gruppi di interesse più estesi. Si tratta anche in questo caso di un riferimento importante, in grado di influenzare il modo di intendere la partecipazione pure nel diritto interno, specie per quando riguarda l'individuazione dei soggetti intervenienti come portatori di interessi collettivi e diffusi.

Ma al livello europeo la partecipazione procedimentale è presente, sia pure in termini meno definiti di quanto visto finora, anche nella sua valenza più specificamente democratica, quantomeno come istituto concepito per rafforzare il rapporto di fiducia dei cittadini con le istituzioni europee e aumentare quin-

di il livello di legittimazione di queste ultime nella società europea. Va sicuramente ricordato, in tal senso, che l'art. 15 del T.F.U.E. richiama come un valore la partecipazione della società civile alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione. Ma nella prospettiva europea, sia pure al di fuori dell'ordinamento dell'Unione, come regole di soft law, si possono richiamare anche le raccomandazioni del Consiglio d'Europa, che sottolineano l'importanza per i cittadini europei di partecipare attraverso mezzi adeguati alla formazione e all'attuazione delle decisioni amministrative che interessano i loro diritti o interessi¹⁴. Come pure va sottolineata, in prospettiva, l'importanza dei considerando della già citata Risoluzione del Parlamento europeo, *EU administrative procedure law*, del 15 gennaio 2013, secondo cui la legittimazione delle istituzioni europee, il superamento della mancanza di fiducia dei cittadini nei loro confronti, e in definitiva la stessa possibilità di colmare il loro deficit democratico, sono da ricollegare anche alle modalità con cui l'Unione europea si dimostra in grado di interagire con i cittadini coinvolti nei procedimenti di attuazione del diritto europeo, fornendo ad essi risposte adeguate e agendo sulla base di un vero e proprio principio di servizio, che le impone di orientare, assistere, servire e sostenere chi viene implicato nello svolgimento della sua attività. In questo senso la partecipazione procedimentale può diventare una risorsa fondamentale per lo sviluppo delle istituzioni europee, a condizione però che queste non la considerino solo come un modo per tutelare i cittadini che intervengono in procedimenti gestiti in modo unilaterale e con ampia libertà di movimento dall'amministrazione, ma come lo strumento attraverso cui coinvolgere i cittadini nella cura dell'interesse generale e avvalersi quindi delle energie e delle potenzialità che la società civile europea è in grado di esprimere nel perseguimento delle finalità dell'Unione.

4. Le prospettive di sviluppo della partecipazione procedimentale

Provando quindi a tentare un bilancio, ci si può chiedere quale sia, oggi, la dimensione della partecipazione procedimentale nel nostro ordinamento e quali siano le sue prospettive di sviluppo, anche nell'ottica di un rafforzamento attraverso di essa dei caratteri della cittadinanza amministrativa. L'analisi svolta sembra indicare una progressiva accentuazione delle sue funzioni garantistica e collaborativa, con un corrispondente slittamento della sua funzione più specificamente democratica verso altri modi di agire dall'amministrazione, non regolati dalla disciplina generale del procedimento, ma caratterizzati dall'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, dall'introduzione di strumenti specifici di democrazia partecipativa o dall'applicazione di una disciplina di specie introduttiva di modelli procedimentali *ad hoc*, come ad esempio i proce-

dimenti relativi all'adozione dei piani di zona nella programmazione sociale o quelli di pianificazione strategica per il governo del territorio (Cocconi, 2010a: 53 sgg.; Simonati, 2013: 99 sgg.). Questo porta con sé il rischio di rinunciare a configurare la partecipazione democratica come una costante imprescindibile dell'agire doveroso dell'amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni e di riservarla invece ad ambiti settoriali o addirittura a campi di attività che per l'amministrazione restano facoltativi o comunque alternativi rispetto alle sue modalità di intervento più tradizionali.

Se questa tendenza non viene modificata, nell'ambito del procedimento amministrativo anche il richiamo alla cittadinanza amministrativa avrebbe effetto più che altro sul numero dei soggetti ammessi a partecipare, ma non invece sul tipo di partecipazione che questa nuova idea di cittadinanza consente di esercitare all'interno del procedimento e sul ruolo che i cittadini, 'vecchi' e 'nuovi', possono avere nella determinazione concreta delle soluzioni ai problemi del vivere comune. La partecipazione dei cittadini al procedimento amministrativo continuerebbe quindi a rimanere non del tutto coerente con il ruolo affidato all'amministrazione pubblica dalla Costituzione, che in vista della realizzazione del principio democratico e personalista ha determinato il superamento della sua connotazione come apparato sovraordinato e la ha configurata come organizzazione al 'servizio' del cittadino e, più in generale, dell'individuo come portatore di diritti umani legati alla sua personalità, che come tale opera non 'contro' ma 'per' e talora 'assieme' a coloro che sono coinvolti nella sua attività.

Non mancano, peraltro, segnali che lasciano sperare in uno sviluppo più articolato e completo della partecipazione procedimentale. In particolare, va osservato come gli obblighi gravanti sulla pubblica amministrazione per garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento siano stati ricondotti dall'art. 29 della legge n. 241/1990 ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m). Al di là dell'evidente intento di ricondurre la disciplina di questi obblighi alla competenza esclusiva dello Stato, il valore di questa previsione sta soprattutto nel fatto che le condizioni che assicurano la partecipazione procedimentale sono configurate come prestazioni che gli interessati possono esigere dall'amministrazione e che hanno un rilievo proprio, distinto da quello della prestazione ulteriore, consistente nel rispetto delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa. Partecipazione e garanzia si presentano quindi come esigenze collegate ma distinte, che l'amministrazione deve soddisfare in modo autonomo, riconoscendo ad ognuna la propria specificità.

Si presenta quindi la possibilità di considerare la partecipazione come un principio generale che implica il coinvolgimento democratico del cittadino nella vita delle istituzioni e che nel procedimento amministrativo può connotarsi

in modo conflittuale o collaborativo non a seconda della occasionale divergenza o convergenza della sua situazione soggettiva con la posizione di supremazia dell'amministrazione, bensì piuttosto a seconda di come in quella situazione trova modo di esprimersi la libertà del cittadino, nella forma passiva della tutela rispetto al potere pubblico o in quella attiva della partecipazione intesa come esercizio «di posizioni giuridiche attive nell'ambito delle funzioni» (Benvenuti, 1994: 23). Nella dimensione della cittadinanza amministrativa questo assume un rilievo particolare, perché la partecipazione così intesa arriva a coinvolgere non solo chi è dotato dello status di cittadino, ma in generale la persona titolare di diritti complessi e specifici di cui l'amministrazione deve farsi carico, che attraverso la partecipazione può essere coinvolta attivamente e responsabilmente nella cura dei bisogni propri, ma anche di quelli degli altri individui e della società. In questo senso la partecipazione procedimentale può diventare non solo uno strumento di garanzia e di sostegno della condizione di cittadino, ma anche un metodo per far comprendere e per sviluppare il significato di questa condizione, imparando ad associare ad essa anche le responsabilità verso gli altri e verso la società che le sono inscindibilmente connesse.

In questa direzione devono essere valorizzate prima di tutto alcune previsioni normative, da tempo vigenti ma poco attuate, che richiedono all'amministrazione di supportare la partecipazione dei privati, cercando di renderla più semplice e meno formale, ma al tempo stesso più pervasiva ed efficace. In particolare, deve essere assicurato che l'amministrazione si attrezzi adeguatamente per supportare i processi di comunicazione connessi alle dinamiche di partecipazione, dotandosi e facendo funzionare adeguatamente figure organizzative come il responsabile del procedimento o gli uffici per il pubblico¹⁵; per consentire che la partecipazione si svolga nel modo più semplice e immediato possibile, anche avvalendosi dei canali informatici¹⁶; per garantire gli obblighi di informazione nei confronti del privato che possono agevolare e quindi favorire la sua partecipazione al procedimento amministrativo¹⁷. Considerati nella prospettiva ora indicata, quelli ora richiamati non si presentano come semplici adempimenti che spettano all'amministrazione in esecuzione di norme di legge, ma come presupposti organizzativi imprescindibili per includere stabilmente le dinamiche partecipative nell'azione amministrativa, garantendone al contempo la semplicità e potenziandone significativamente l'efficacia.

Per attribuire il giusto valore alla partecipazione procedimentale occorre però che questi segnali vengano amplificati, riportando nella disciplina del procedimento amministrativo quegli istituti che maggiormente sono idonei a valorizzare la sua valenza democratica, fra i quali in primo luogo l'istruttoria pubblica e gli strumenti di partecipazione informale, a suo tempo previsti nello schema della 'Commissione Nigro'. In questo senso è dunque da registrare con fa-

vore il richiamo allo strumento dell'istruttoria pubblica operato dall'art. 2, c. 1, lett. b) della l. n. 7 agosto 2015, n. 142 in materia di conferenza dei servizi, che però andrebbe sviluppato più di quanto non sia stato fatto nel corrispondente decreto attuativo¹⁸.

Poi, più in generale, occorre che le amministrazioni siano messe nella condizione di prendere atto delle diverse modalità con cui la partecipazione procedimentale può estrinsecarsi e delle diverse finalità verso cui può essere indirizzata, imparando a gestirla in modo appropriato ed equilibrato e associando correttamente gli strumenti di partecipazione alla specifica finalità che di volta in volta viene perseguita. In molti casi, infatti, la scarsa efficacia della partecipazione deriva dal fatto che la differenza fra i diversi tipi di partecipazione non viene tenuta nella giusta considerazione e il richiamo alla stessa tende ad essere riferito a uno solo di essi, in particolare quello garantistico. Si creano così delle inevitabili incongruenze, perché ad esempio se il procedimento viene considerato solo come sequenza formale da rispettare rigorosamente per ragioni di garanzia, allora qualsiasi regola che si prefigga sul piano sostanziale di favorire gli interventi nel procedimento diventa automaticamente un adempimento in più che può tradursi in un nuovo vizio di legittimità e perdere così di vista la sua finalità originaria, come in effetti si è visto accadere per la comunicazione di avvio. Se invece il procedimento viene considerato come procedura unilaterale che si può svolgere in modo deterministico secondo una serie di passaggi predeterminati, per la quale l'efficienza e l'efficacia vengono determinate solo in relazione al suo tempo di svolgimento, allora ogni intervento non necessario per legge diventa inevitabilmente un fattore di aggravio e un motivo di inefficienza, come tale da evitare, e così via. Sono appunto incongruenze da evitare, ma per farlo occorre che la disciplina della partecipazione procedimentale venga operata in termini più organici e completi.

A questo fine occorre, prima di tutto, che venga superata una assunzione molto forte riguardo alla figura del privato, quella cioè che lo concepisce come figura cristallizzata in una sola dimensione, quale titolare di un interesse contrapposto a all'interesse pubblico e per questo collocato in una posizione di subordinazione rispetto all'amministrazione. Si deve cioè prendere atto che chi aspira a partecipare al procedimento può assumere certamente il ruolo di titolare di una situazione soggettiva contrapposta al potere amministrativo, ma anche tanti ruoli diversi, non sempre confliggenti con l'interesse della collettività e, per altro verso, non sempre caratterizzati da una condizione di subordinazione nei confronti dell'amministrazione, ma anzi talora in grado di condizionare a proprio vantaggio l'agire dei pubblici poteri (Lucarelli, 2003: 129 sgg.). Le regole sulla partecipazione procedimentale devono quindi essere concepite in modo da contemplare tutte le possibili combinazioni in cui si può manifestare la rela-

zione del privato con l'amministrazione, tenendo conto non solo del tipo di attività che viene svolta dall'amministrazione – ampliativa o restrittiva della sfera giuridica del privato – ma anche della collocazione che gli individui, i gruppi o le imprese coinvolti nell'attività amministrativa – a seconda dei casi – devono o vogliono assumere rispetto ad essa. Si tratta di una collocazione che può variare sia in relazione alla loro maggiore o minore forza, sia in relazione alla loro maggiore o minore aspirazione ad essere coinvolti direttamente nel farsi dell'attività amministrativa, in tutte le possibili gradazioni in cui l'intensità di questo atteggiamento si può manifestare. La finalità di tale disciplina dovrebbe essere quella di fornire all'amministrazione gli strumenti idonei per gestire correttamente le dinamiche partecipative connesse allo svolgimento doveroso della sua attività, cercando in particolare di assicurare la sua capacità, da un lato, di resistere alle pressioni degli interessi più forti e, dall'altro, di farsi carico di quegli interessi che sono troppo deboli per partecipare attivamente o i cui titolari non intendono comunque assumere direttamente gli oneri connessi all'intervento partecipativo e all'esercizio della libertà attiva.

Note

- ¹ C. cost., 2.3.1962, n. 13.
- ² TAR Calabria, Reggio Calabria, 19.1.1983, n. 3.
- ³ Si pensi ad esempio alle forme di controllo richiamate dall'art. 1 del d.lgs. 14.3. 2013, n. 33.
- ⁴ Artt. 7 e 8, l. n. 241/1990.
- ⁵ Art. 10, c. 1, lett. a) l. n. 241/1990.
- ⁶ Art. 10, c. 1, lett. b) l. n. 241/1990.
- ⁷ Art. 10 *bis*, l. n. 241/1990.
- ⁸ Art. 21 *octies*, c. 2 della l. n. 241/90, introdotto con la con la l. 11.2.2005, n. 15.
- ⁹ Cons. St., sez. VI, 17.10.2006, n. 6194.
- ¹⁰ Il codice adottato dal Mediatore è poi stato riprodotto da diverse Agenzie europee, con riferimento ai procedimenti da esse gestiti che incidono direttamente sulla sfera giuridica dei privati.
- ¹¹ P7_TA(2013)0004, *EU administrative procedure law European, Parliament resolution of 15 January 2013 with recommendations to the Commission on a Law of Administrative Procedure of the European Union (2012/2024(INL))*.
- ¹² Comunicazione della Commissione 11.12.2002, COM (2002) 704, def.
- ¹³ Si veda ad esempio l'art 6 della Direttiva 7.3.2002, n. 2002/21/Ce, in materia di comunicazioni elettroniche.
- ¹⁴ Racc. Cons. Min. del Consiglio d'Europa, 20 giugno 2007 n. 7.
- ¹⁵ Art. 6, l. n. 241/90; art. 11, d.lgs .30.3.2001, n. 165; art. 8, l. 7.6.2000, n. 150.
- ¹⁶ Artt. 3 e 41 d.lgs. 7.3.2005, n. 82.
- ¹⁷ Art. 35, n. 33/2013.
- ¹⁸ Adottato con d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127.

Riferimenti bibliografici

- Allegretti U. 2007, *Procedura, procedimento, processo - Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*: 779-804.
- 2009, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Giuffrè, Milano.
- Barone G. 1969, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1969.
- Benvenuti F. 1969, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in F. Benvenuti, G. Miglio, *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, Neri Pozza, Vicenza: 65-220.
- 1994, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio, Venezia.
- Bertezolo G. 2015, *Serve una codificazione del diritto amministrativo europeo?*, in M. Malo, B. Marchetti, D. de Pretis (a cura di), *Pensare il diritto pubblico. Liber amicorum per Giandomenico Falcon*, Editoriale scientifica, Napoli: 71-92.
- Berti G. 1975, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Scritti in memoria di E. Guicciardi*, Cedam, Padova: 779-805.
- 1994, *La responsabilità pubblica. Costituzione e amministrazione*, Cedam, Padova.
- Bettini R. 1973, *La partecipazione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1973.
- Canepa A. 2006, *Immigrati e procedimenti amministrativi. La complessa questione della partecipazione*, in *Amministrazione in cammino*: 1-9.
- Caranta R., Ferraris L. 1999, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Cardone A. 2009, *Procedimento amministrativo e partecipazione: giurisprudenza amministrativa e costituzionale e concezioni dell'idea di giustizia*, in *Dir. pubbl.*: 231-276.
- Cassese S. 1971, *Il privato e il procedimento amministrativo. Analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Riv. it. sc. giur.*: 25-188.
- 1985, *Burocrazia, democrazia e partecipazione*, in *Jus*: 81-87.
- 2007, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 13-41.
- Cavallo Perin R. 2004, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*: 210-208.
- Chiti M. 1977, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pacini, Pisa.
- Clarich M. 2004, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*: 69-88.
- Cocconi M. 2010a, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Cedam, Padova.
- 2010b, *Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 1127-1143.
- Coen L. 2012, *Semplificazione e procedimenti di pianificazione: la partecipazione al procedimento*, in *Riv. giur. urbanistica*: 385-407.
- Cognetti S. 2000, *"Quantità" e "qualità" della partecipazione*, Giuffrè, Milano.

- Crosetti A., Fracchia F. 2002, *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Giuffrè, Milano.
- D'Alberti M. 2000, *La visione e la voce: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 1-37.
- Dalfino E., Paccione L. 1992, *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Foro it.*: 377-391.
- Di Nitto T. 1999, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 731-755.
- Duret P. 1996, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Giappichelli, Torino.
- Ferrara R. 2000, *Procedimento amministrativo e partecipazione: appunti preliminari*, in *Foro it.*, III: 27-29.
- Figorilli F. 1996, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Edizioni Scientifiche, Napoli.
- Frediani E. 2005, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al «preavviso di rigetto»*, in *Dir. amm.*: 1003-1041.
- Gaffuri F. 2013, *Il rapporto procedimentale*, Giuffrè, Milano.
- Gardini G. 2001, *Comunicazione di avvio e partecipazione procedimentale: costi e benefici di una regola di democrazia*, in *Gior. dir. amm.*: 483-488.
- Ghetti G. 1971, *Il contraddittorio amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Giglioli F., Lariccia S. 2000, *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Enc. Dir., Aggiornamenti IV*: 943-979.
- Gnes M. 2000, *La partecipazione al procedimento amministrativo comunitario*, in *Gior. dir. amm.*: 1201-1205.
- Ledda F. 1993, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*: 133-172.
- Levi F. 1977, *Partecipazione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 1625-1647.
- Lucarelli A. 2003, *La partecipazione al procedimento amministrativo tra democrazia e disordine sociale*, in *Pol. dir.*: 129-137.
- Luciani F. 2001, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*: 1245-1255.
- Luciani M., 1985, *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*: 61-79.
- Massera A. 1993, *L'amministrazione e i cittadini nel diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 19-48.
- Marengi E.M. 2007, *C'era una volta la partecipazione*, in *Studi in onore di L. Mazzarolli*, II, Cedam, Padova: 141-155.
- Nigro M. 1980a, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*: 225-236.
 — 1980b, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*: 252-278.

- 1989, *Il procedimento amministrativo fra inerzia amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione. (A proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 5-24.
- Orsi Battaglini A. 1990, «*Lastratta e infeconda idea*». *Disavventure dell'individuo nella cultura giurispubblicistica (A proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *La necessaria discontinuità*, il Mulino, Bologna: 11-74.
- Ottaviano V. 1988, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Giuffrè, Milano: 367-405.
- Pastori G. 1964, *Introduzione generale*, in G. Pastori (a cura di), *La procedura amministrativa*, Neri Pozza, Vicenza: 3-87.
- 1987, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in U. Allegretti, D. Sorace, A. Orsi Battaglini (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Maggioli, Rimini: 805-822.
- Perfetti L. 2011, *Procedimento amministrativo e partecipazione-Report 2011*, in *Ius Publicum*: 1-31.
- Pizzanelli G. 2010, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, Giuffrè, Milano.
- Romano A., *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, I, Giuffrè, Milano: 521-587.
- Romano M.C., 2012, *Interessi diffusi e intervento nel procedimento amministrativo*, in *Foro Amm. – C.d.S.*: 1691-1725.
- Romano Tassone A. 2002, *Il controllo del cittadino sulla nuova amministrazione*, in *Dir. amm.*: 269-281.
- Saitta F. 2013, *Verso un "giusto" procedimento espropriativo*, in *Dir. amm.*: 627-669.
- Sala G. 1985, *Regole costituzionali dell'azione amministrativa e principio del "giusto procedimento" nella giurisprudenza dei T.a.r.*, in U. Allegretti, D. Sorace, A. Orsi Battaglini (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Maggioli, Rimini: 703-718.
- Satta F. 2010, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*: 299-311.
- Sciullo G. 1986, *Il principio del «giusto procedimento» tra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in *Jus*: 291-337.
- Scognamiglio G. 2004, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Simonati A. 2013, *Il piano strategico in Italia: meccanismo di valorizzazione della pianificazione urbanistico-territoriale o impulso alla depianificazione?*, in *Riv. giur. edilizia*: 99-119.
- Sorrentino V. 2003, *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato*, Editoriale scientifica, Napoli.
- Spasiano M.R. 2002, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, *Dir. amm.*: 283-310.

- Stella Richter P. 1998, *Un «nuovo modo di amministrare»: dall'autorità alla partecipazione*, in *Riv. amm.*: 3-4.
- Trimarchi F. 2000, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*: 627-642.
- Trimarchi Banfi F. 2011, *L'istruttoria procedimentale dopo l'art. 10-bis della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. Amm.*: 353-360.
- Virga G. 1998, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Zito A. 1996, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano.

CITTADINANZA AMMINISTRATIVA E DEMOCRAZIA
PARTECIPATIVA: ANDATA E RITORNO DI UN INSOLITO
FENOMENO DI ETERONEGESI DEI FINI

Alessandra Valastro

SOMMARIO – 1. Premessa: gli aggettivi della cittadinanza e il richiamo alla sovranità. 2. Il primo percorso dell’attuazione costituzionale (la prima ‘andata’): il fallimento del principio partecipativo e lo sbiadimento del contenuto *attivo* della cittadinanza. 3. Il secondo percorso (il ‘ritorno’): la messa in discussione dei modelli della delega e dell’amministrazione bipolare e l’influenza delle crisi. 4. Il terzo percorso (la seconda ‘andata’): nuove regole per un metodo di governo collaborativo e ruolo dei Comuni. 5. Le prospettive.

1. Premessa: gli aggettivi della cittadinanza e il richiamo alla sovranità

Prendere le mosse dalla constatazione di una semplice vicenda terminologica agevolerà nel tracciare le linee portanti di questa riflessione.

Innanzitutto, negli ultimi anni il termine *cittadinanza* è stato ghermito da una tendenza aggettivante senza precedenti: oltre che di cittadinanza politica, si parla assai più spesso di cittadinanza sociale, amministrativa, globale, locale, attiva, scientifica, ambientale, sanitaria, alimentare ecc.

In secondo luogo, gli altri due termini più spesso aggettivati in senso analogo sono *democrazia* (partecipativa, deliberativa, sussidiaria, amministrativa, scientifica, economica, ambientale, urbana ecc.) e *crisi* (politica, ambientale, economica, sociale ecc.).

Questa coincidenza non è affatto casuale: in tutti i casi si tratta infatti di aggettivi volti a recuperare il ruolo attivo della persona rispetto alle scelte che la riguardano, in termini non solo di rivendicazione di diritti ma anche di assunzione di responsabilità.

A partire dalla nota giurisprudenza costituzionale che ha progressivamente esteso il godimento dei diritti sociali anche agli stranieri, riconoscendo l’esistenza di una cittadinanza sociale quale categoria autonoma e in parte sganciata dalla cittadinanza formale, la dottrina pubblicistica (e non solo) ha in seguito spinto verso l’apertura di molteplici altri fronti di riflessione sulle articolazioni e le criticità del concetto di cittadinanza, con particolare riferimento alla dicotomia inclusione/esclusione.

Ne sono scaturiti filoni di indagine talmente ampi da non poter essere approfonditi in questa sede. Ciò che invece deve essere qui evidenziato è come quelle riflessioni siano legate da un filo rosso, in quanto tutte volte a recuperare quelle

che Giuseppe Guarino definiva le *pulsioni della sovranità*: «Il popolo, inteso in senso generico come insieme degli uomini che partecipano della vita dell'ordinamento, ha un polso attivo ed inquieto che fa sentire il suo peso politico anche se manchino strumenti idonei per la costante e continua traduzione della sua forza in volontà giuridica» (Guarino, 1951: 923).

Queste parole esprimevano assai bene quella che fu una preoccupazione molto chiara dei Padri costituenti e dei più illustri commentatori della Costituzione, i quali avevano saggiamente avvertito che le spinte della sovranità non devono – né potrebbero – esaurirsi nel meccanismo della rappresentanza politica.

La fondatezza di quella preoccupazione è dimostrata dal suo costante rinnovarsi: la Corte costituzionale, ad esempio, ha in seguito affermato che «L'art. 1 della Costituzione, nello stabilire, con formulazione netta e definitiva, che la sovranità appartiene al popolo, impedisce di ritenere che vi siano luoghi o sedi dell'organizzazione costituzionale nella quale essa si possa insediare esaurendovisi. Le forme e i modi nei quali la sovranità del popolo può svolgersi, infatti, non si risolvono nella rappresentanza, ma permeano l'intera intelaiatura istituzionale: si rifrangono in una molteplicità di situazioni e di istituti ed assumono una configurazione» estremamente ampia¹.

Proprio per questo i Padri costituenti avevano disseminato la Carta fondamentale di elementi che dovevano determinare il tipo di sovranità cui aspiravano per il nuovo modello di società: una sovranità permanente e sostanziale che doveva costituire l'anima della nascente «democrazia sociale», quale forme di stato volta a «promuovere una più intima socialità fra i suoi componenti» (Mortati, 1975: 143). Si pensi in particolare: all'art. 2, che affianca i diritti inviolabili ai doveri di solidarietà, ad ammonire che i diritti e la cittadinanza non possono essere disgiunti dalla responsabilità; al pluralismo sociale e al ruolo dei soggetti privati anche rispetto all'immediata attuazione costituzionale (v. già l'art. 38, ed ora l'art. 118 ult. comma); allo stesso art. 49, interpretato da autorevole dottrina come fonte di un «diritto di partecipazione permanente che supera e trascende quel diritto di partecipazione solo puntuale garantito dal diritto elettorale attivo» (Crisafulli, 1969: 116 e 133); infine all'art. 3, comma 2, che affiancando il principio di partecipazione a quello di uguaglianza sostanziale ha inteso completare il quadro fisionomico del nuovo ordinamento, finalizzando e condizionando il pieno sviluppo della persona alle sue capacità e concrete possibilità di partecipare in modo effettivo alla vita politica, sociale ed economica del Paese (Atripaldi, 1974: 13).

Ebbene, le più recenti riflessioni sulla cittadinanza mostrano di voler recuperare e valorizzare questi elementi, laddove in vario modo indagano le implicazioni giuridiche dell'appartenenza degli individui a una comunità e dello sbiadimento della figura di cittadino in favore di quelle di residente e di abitante,

quali soggetti di relazioni e di interessi territorialmente orientati che ne conformano in modo nuovo i diritti e le responsabilità.

Attraverso queste riflessioni la sovranità torna così a rivendicare il proprio significato di condizione sostanziale e permanente, che alimenta le capacità della persona di assumere un ruolo responsabile e consapevole rispetto al proprio sviluppo, in relazione alla comunità in cui questo si svolge (e cioè al suo territorio, alle sue istituzioni, agli altri suoi abitanti).

La tesi che qui si vuole argomentare è che la costruzione di una cittadinanza amministrativa che voglia superare i limiti della cittadinanza tradizionale e portare a compimento le sfide lanciate dal Costituente, passando per le vicende che ne hanno segnato l'evoluzione negli ultimi cinquant'anni, è chiamata a fare i conti con il radicale mutamento intervenuto nel ruolo della persona, sia nell'esercizio concreto della sovranità che nell'interlocuzione con le amministrazioni: un ruolo che determina a sua volta nuove trame e nuove interrelazioni fra i concetti di diritto e di responsabilità, e fra i concetti di bisogno e di capacità.

Il progressivo superamento del modello della delega politica – da un lato – e del modello dell'amministrazione bipolare – dall'altro –, spinge infatti verso una modificazione sostanziale del ruolo e della fisionomia degli interlocutori (sia pubblici che privati), reclamando un metodo di governo della cosa pubblica di tipo collaborativo: un metodo che sia capace di integrare – rispetto ai processi decisionali – i modelli di democrazia rappresentativa e diretta con quello di democrazia partecipativa², e – rispetto all'attuazione concreta dell'interesse generale – il modello dell'amministrazione tradizionale con i modelli della sussidiarietà orizzontale e dell'amministrazione condivisa³. La consapevolezza della centralità di un tale approdo, che recuperi l'originaria dimensione sociale della cittadinanza, emerge oggi con particolare efficacia nelle argomentazioni di chi affianca la 'cittadinanza-partecipazione' alla cittadinanza tradizionale intesa come appartenenza (Azzariti, 2011), e la 'cittadinanza praticata' allo status di soggetto-utente da altri amministrato (Gigliani, 2016a).

Per un verso, dunque, il punto di approdo dei processi evolutivi degli ultimi cinquant'anni, a loro volta influenzati dalla discontinuità che la Costituzione del '48 aveva impresso rispetto all'assetto precedente, è la costruzione di un modo diverso di amministrare; per altro verso, il presupposto di questo nuovo modello amministrativo – e allo stesso tempo il suo punto di ricaduta – è rappresentato dalla compiuta attuazione del modello di democrazia partecipativa, in un processo circolare in cui i due aspetti si completano e si alimentano reciprocamente.

Ma se una tale affermazione appare lineare – ed anzi obbligata – su un piano di principio, insolito è il percorso destinato a condurre l'ordinamento italiano 'da ieri a domani': una sorta di doppia eterogenesi dei fini (costituzionali), ovvero un'evoluzione che si appresta a tornare al proprio punto di partenza per superare i fallimenti della prima attuazione e giocare una sorta di seconda *chance*.

Come è noto, per talune parti della Costituzione si è parlato, nel corso della storia repubblicana, di «congelamento», di «in attuazione», di «ritardata attuazione», di «violazione strisciante»; o più in generale di “divaricazione tra forma e prassi”, come evidenziato a partire dal pensiero di Mortati sulla dicotomia fra costituzione formale e costituzione materiale.

Con riferimento alle vicende della sovranità, della cittadinanza e della partecipazione, il fenomeno più espressivo sembra essere piuttosto quello della eterogenesi dei fini. Giambattista Vico affermava che la storia umana contiene in sé potenzialmente la realizzazione di certe finalità, ma che il percorso evolutivo dell'uomo mirato al raggiungimento di quelle finalità non è lineare: può accadere che mentre ci si propone di raggiungere alti e nobili obiettivi la storia giunga a conclusioni opposte, in ragione non soltanto di accadimenti naturali bensì anche – e soprattutto – di errori di natura sociale e/o politica (Vico, 1744).

Ciò che di quella teoria appare qui calzante è l'idea del ‘ricorso’, ossia della società che torna indietro nel prestabilito percorso di auto-miglioramento, per riprendere da un certo punto di esso una nuova traiettoria, potenzialmente più idonea al raggiungimento delle finalità originarie.

Ebbene, l'attuazione costituzionale del tema che qui interessa sembra oggi riavvolgere il nastro, per riprendere il proprio percorso da quegli stessi principi e valori costituzionali che sono stati così a lungo inattuati o addirittura fraintesi, e iniziare a scrivere una nuova trama alla luce delle lezioni apprese negli ultimi cinquant'anni, per certi verso non meno cocenti di quelle già impartite ai Padri costituenti dal ventennio fascista della fase pre-repubblicana.

2. Il primo percorso dell'attuazione costituzionale (la prima 'andata'): il fallimento del principio partecipativo e lo sbiadimento del contenuto attivo della cittadinanza

Alla fine degli anni '60, nel primo centenario dell'unificazione amministrativa, l'ordinamento cominciava a misurarsi concretamente con i nuovi principi costituzionali (sovranità popolare, eguaglianza sostanziale, cittadinanza, solidarietà, autonomia, partecipazione). Si trattava di principi certamente rivoluzionari rispetto all'impianto dello Stato liberale, come dimostra la scelta infine compiuta in Assemblea costituente di spostare il principio di partecipazione dall'art. 1 (ove compariva come generico «fondamento della Repubblica») all'art. 3, per evidenziarne il collegamento con l'uguaglianza sostanziale e richiamare i pubblici poteri all'attuazione di un modello di democrazia ‘effettivamente’ inclusiva ed emancipante.

La dottrina di quel periodo dedicò ampia attenzione al tema della partecipazione, proponendo letture che ne sollecitavano la fedeltà all'impianto costituzio-

nale: la partecipazione di cui all'art. 3, c. 2, Cost. doveva intendersi come metodo stabile di governo della cosa pubblica, fondato su istituti e procedure volti a rendere permanente l'esercizio della sovranità al di là dei momenti episodici del voto (Atripaldi, 1974; Fichera, 1974; Zampetti, 1969).

Tali riflessioni e costruzioni giuridiche appaiono innovative ancora oggi; e furono – fra l'altro – affiancate da vicende normative importanti, come gli statuti regionali e lo statuto dei lavoratori.

Ma già nel corso degli anni '70 è iniziata quella lenta eterogenesi dei fini che ha portato, dopo alcuni decenni, ad interrogarsi nuovamente su senso e portata delle categorie costituzionali legate alla partecipazione.

Innanzitutto, progressivamente inariditosi il patrimonio valoriale-ideologico che aveva alimentato il dibattito di quegli anni, il tema della partecipazione è scivolato in una sorta di sudditanza teorica rispetto a quello della rappresentanza politica, generando ricostruzioni che ne hanno privilegiato gli aspetti di tipo oppositivo-conflittuale o di ricerca del consenso. La materia della partecipazione è stata relegata nell'ambito delle libertà politiche *stricto sensu* (artt. 48 e 49 Cost.) e degli istituti di democrazia diretta (in particolare il referendum); mentre le dinamiche partecipative ulteriori e più feconde, quelle che consentono alla volontà popolare di penetrare nei processi decisionali per arricchire e completare la rappresentanza, sono state lasciate al variegato mondo delle prassi, delle sperimentazioni, delle sensibilità politiche contingenti, delle dinamiche concertative, del potere di fatto dei soggetti privati organizzati. I fenomeni che ne sono seguiti sono noti: crisi progressiva dei partiti politici e dei corpi intermedi, allontanamento dei cittadini dalla politica, peggioramento della qualità e dell'efficacia delle politiche, frattura tra rappresentanza formale e rappresentazione sostanziale degli interessi, impoverimento degli strumenti di esercizio della sovranità. Sono testimoni di questa fase le incertezze e ambiguità che hanno caratterizzato gli interventi normativi regionali e nazionali: si pensi per tutti alla sostanziale inattuazione dei principi statutari sulla partecipazione e alla annosa vicenda della disciplina della consultazione nell'ambito delle politiche di valutazione della qualità normativa degli atti del Governo (Valastro, 2011).

In secondo luogo, le riforme amministrative degli anni '90, che pure hanno rilanciato i diritti partecipativi nell'ambito del procedimento amministrativo, sono rimaste relegate in un comparto dell'agire pubblico che appare sempre più insufficiente rispetto alla complessità e all'articolazione delle politiche pubbliche in tutte le loro fasi⁴; mentre la successiva e crescente preoccupazione per l'efficienza ha portato a sovradimensionare l'attenzione per gli aspetti infrastrutturali della pubblica amministrazione rispetto alle garanzie dei diritti e agli istituti di processi realmente inclusivi (si pensi per tutte alle discusse politiche su *e-government* e agenda digitale) (Valastro, 2014).

Ma se è vero, come diceva Vico, che le evoluzioni non sono lineari, è altrettanto vero che neanche le involuzioni lo sono. Lo dimostrano, oltre alle riflessioni dottrinarie che hanno insistito nel tempo sui principi della democrazia partecipativa e dell'amministrazione condivisa, le molte prassi e sperimentazioni registrate a livello locale in favore della c.d. democrazia di prossimità.

Si può anzi ben dire che è andata creandosi una sorta di doppia velocità: nazionale/regionale da un lato, locale dall'altro. Nella prima dimensione timide ed episodiche aperture a processi decisionali inclusivi convivono con ritorni di tipo centralistico e strumentalizzazioni demagogiche del paradigma partecipativo; nella seconda dimensione una tensione più autentica verso il consolidamento di metodi di governo collaborativo è andata maturando, seppure in sordina e sotto il peso di ambiguità e oscillazioni in gran parte dovute alla sostanziale assenza di un ruolo di regia dei livelli istituzionali superiori e di regole sui livelli essenziali della partecipazione.

3. Il secondo percorso (il 'ritorno'): la messa in discussione dei modelli della delega e dell'amministrazione bipolare e l'influenza delle crisi

La seconda dimensione di cui si è appena detto, quella dei Comuni e delle realtà locali che sono andati qua e là sperimentando modi e strumenti di relazione collaborativo fra abitanti e istituzioni, sembra aver ricevuto una accelerazione improvvisa negli ultimi anni, che da percorso sottotraccia e residuale ne ha fatto la seconda 'andata' dell'attuazione costituzionale.

Si potrebbe a prima vista ravvisare la fonte di questa accelerazione nei fenomeni di tipo politico-istituzionale degli ultimi anni: la crisi della politica nazionale e della legge, le riforme delle autonomie territoriali, l'introduzione delle città metropolitane ecc.

In realtà, e ancor prima, il vero motore che ha portato all'emersione del secondo itinerario quale ripresa virtuosa dell'attuazione costituzionale sembra essere piuttosto l'esplosione delle crisi, ovvero di una serie di fenomeni apparentemente eterogenei ma tutti riconducibili a dinamiche che impongono il ripensamento dei paradigmi delle politiche e dell'agire pubblici.

Le nuove crisi, di cui quella economica costituisce un aspetto (e a parere di scrive non il più significativo), sono molteplici e sfaccettate e nel contempo sempre più interconnesse; tutte rimandano alla necessità di nuove forme di governo della fragilità dei territori e delle comunità, intesa come condizione non transitoria bensì strutturale.

Pur senza addentrarci in un tema che richiederebbe ben altra ampiezza di riflessioni, già svolte in altra sede (Valastro, 2016a), ciò che deve almeno osservarsi è come l'abuso del concetto di crisi considerato nella sua dimensione sta-

tica abbia portato a privilegiare reazioni e politiche di tipo emergenziale, difensivo o assistenziale rispetto a letture trasversali e di lungo periodo per rispondere a mutamenti che generalmente non sono affatto transitori.

Di questa impostazione, in cui il termine crisi diventa un rassicurante eufemismo che consente di oggettivizzare forme di fragilità causate dall'azione dell'uomo e di spostare altrove il complesso tema della responsabilità, si trova conferma nella copiosa legislazione degli ultimi anni sull'emergenza finanziaria. La gran parte di questi interventi si concentra prevalentemente sulla crisi economica, e sui dati statici di questa: quali costi tagliare, quali prestazioni sacrificare, quali autonomie comprimere, quali diritti deludere (Gardini, 2011).

Ma la sensazione che qualcosa non quadra e che attraverso il cuneo dell'emergenza si siano legittimati interventi e processi tutt'altro che normalizzanti, ed anzi contraddittori rispetto ai principi democratici, è ormai diffusa⁵; e le riflessioni più recenti hanno gradualmente rivelato come il concetto di crisi sia in realtà il punto di emersione di problemi già esistenti.

In questa prospettiva più esigente, che ridimensiona i dati contingenti delle crisi per contestualizzarli diacronicamente nei processi evolutivi di cui sono espressione, le crisi stesse possono finalmente rivelarsi come 'occasione' per un ripensamento generale delle categorie politiche e giuridiche. Ben lungi dall'esaurirsi in quella economica, esse possono aspirare a ricongiungersi alla propria più intima natura di situazioni di turbamento rivelatrici di fragilità: laddove quest'ultima non è condizione patologica bensì strutturale, che come tale non può essere eliminata ma piuttosto compresa, rispettata e governata; è «struttura portante, *leitmotiv*, dell'esistenza», la quale «non può essere se non fragile», considerata sia di per sé che nelle sue declinazioni sociali e politiche (Borgna, 2014: 5-6).

Ebbene, le crisi che affliggono le società contemporanee hanno il pregio di ricondurre le vicende collettive alle proprie premesse esistenziali; esse sono caratterizzate da intrecci inediti, che connettono tra loro fenomeni affrontati per lo più separatamente nei decenni passati, e che oggi appaiono invece quali nodi di una rete di fragilità che aspira ad altrettante politiche fra loro dialoganti. Dalle fragilità più strettamente individuali a quelle che colpiscono le comunità e i territori, tutte reclamano politiche che sappiano recuperare e mantenere un contatto costante con le coscienze dei territori e con i saperi civici e le competenze esperienziali dei loro abitanti⁶.

Si può allora ben dire, in un paradosso solo apparente, che sovranità e partecipazione si stanno ricongiungendo e alimentando reciprocamente proprio sul terreno prodotto dalle crisi.

Infatti, considerare la fragilità non in negativo quale condizione da eliminare bensì in positivo quale indicatore anche politico, consente di recuperare quel fondamento valoriale del modello costituzionale di democrazia partecipativa che si è più sopra richiamato, che affonda la propria trama nei principi di sovranità

tà, solidarietà, responsabilità e partecipazione. Anzi, è proprio nel tempo delle crisi che occorre «riprendere con determinazione il tema dei principi», guardando alla trama degli stessi e alle modalità della sua ricostruzione (Rodotà, 2014: 8-9): principi che chiedono, oggi più che mai, di essere definitivamente emancipati dagli schemi insufficienti della rappresentanza, della delega, del monopolio pubblico nella costruzione e attuazione delle risposte ai bisogni.

In questa prospettiva, acquista importanza inedita – e a tratti drammatica – il nesso che lega la vicenda dell’abitare a quelle del decidere le trame dei propri destini: scelte sempre più complesse reclamano, da un lato, l’integrazione dei saperi esperti e istituzionali con i saperi d’uso degli abitanti (e non dei soli cittadini in senso formale); dall’altro, la corresponsabilizzazione di tutti rispetto alle azioni concrete e la valorizzazione delle capacità individuali e collettive nel trovare e attuare soluzioni.

Si può dire, insomma, che le ‘nuove crisi’ abbiano impresso un’accelerazione decisiva alle riflessioni che, già da tempo, avevano messo in discussione i limiti e le disfunzioni della democrazia rappresentativa e del modello ottocentesco di amministrazione.

Quelle riflessioni si sono infatti arricchite, negli ultimi anni, di elaborazioni concettuali interdisciplinari che aprono prospettive ulteriori e complementari, che non è possibile approfondire in questa sede ma soltanto richiamare: si pensi alle note riflessioni di Martha Nussbaum sul concetto di capacità e i suoi risvolti anche economici (Nussbaum, 2012); alle teorizzazioni sul capitale sociale (Putnam, 1993); alle riflessioni sulla c.d. economia civile e il *welfare society*, quale modello di tipo circolare in cui si supera lo schema della delega e la declinazione paternalistica e assistenzialistica della solidarietà cede il passo alla corresponsabilità (Zamagni, 2013); all’ampio e complesso tema dei beni comuni, sempre più spesso colto nelle sue connessioni con le vicende dell’abitare e dei territori (Maddalena, 2014); alle teorie originarie del federalismo, a lungo trascurate dal dibattito politico italiano ma oggi riprese dagli studiosi del ‘territorialismo’ e del ‘federalismo municipale solidale’, che valorizzano le dinamiche di tipo cooperativo e reticolare fra tutti i soggetti dell’ordinamento, in ossequio all’etimologia del termine *foedus* (Magnaghi, 2006; Marzocca, 2012).

Tutti questi filoni di pensiero, che si innestano sulla più generale riflessione relativa al governo della complessità sociale, richiamano evidentemente la compiuta attuazione di quel modello di democrazia partecipativa che pure era iscritto nell’art. 3 della Costituzione, e dal quale dovevano discendere indicazioni e strumenti per una cittadinanza sostanziale quale quella oggi da molti evocata con la locuzione ‘cittadinanza amministrativa’.

In particolare, la più recente riflessione sul modello della democrazia partecipativa ha inteso riaffermare e valorizzare il ruolo della partecipazione innanzi-

tutto quale *metodo*, fondato sulla previsione di precondizioni e procedure volte a strutturare processi decisionali inclusivi (Valastro, 2010a: 1 sgg.).

Tale metodo trova ora il proprio completamento nel principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost.): la collaborazione dei privati alla realizzazione del bene comune è un percorso circolare in cui le virtù civiche e il confronto con i poteri pubblici deve poter transitare dal piano dei processi decisionali a quello della loro attuazione concreta, e viceversa.

L'evoluzione interpretativa e applicativa del principio di sussidiarietà orizzontale ha indubbiamente contribuito, attraverso la valorizzazione della c.d. cittadinanza attiva, all'emersione dei concetti di abitante e di residente quali categorie assai più significative di quella di cittadino in senso formale; e al superamento del modello bipolare, spingendo le persone da un piano di contrapposizione e mera destinatarietà verso un piano di alleanza rispetto alle amministrazioni⁷.

E non è affatto un caso che un tale ripensamento sia avvenuto in questa particolare fase storica. Le nuove crisi, in tutte le loro pur diverse sfaccettature, hanno infatti dimostrato due cose: a) che i saperi civici e le competenze esperienziali degli abitanti sono essenziali ai fini di decisioni e politiche più efficaci e più rispondenti ai bisogni, quale patrimonio di conoscenze e di capacità complementare al sapere politico e al sapere esperto; b) che i diritti non possono andare disgiunti dalla responsabilità (in ossequio all'art. 2 Cost., che affianca i diritti inviolabili ai doveri inderogabili di solidarietà). Il concetto di responsabilità, peraltro, riemerge ora sfrondata dal peso della doverosità, legato al modello bipolare Stato/cittadino: la responsabilità, prima intesa prevalentemente quale dovere di rispettare degli obblighi, viene ora rivendicata dalle persone quale segno di una cittadinanza sostanziale e, quindi, di un diritto di prendere parte alle decisioni che le riguardano e alla loro attuazione concreta⁸.

4. Il terzo percorso (la seconda 'andata'): nuove regole per un metodo di governo collaborativo e ruolo dei Comuni

Come anticipato nel paragrafo precedente, l'accelerazione impressa dalle crisi ha di fatto determinato l'avvio del terzo percorso dell'eterogenesi dei fini di cui si è detto: riavvoltosi il nastro dell'attuazione (o dell'inattuazione) costituzionale, i Comuni e le realtà locali stanno ripartendo dagli stessi fini proclamati nel 1948, per cambiarne – questa volta in modo intenzionale – il percorso di attuazione e indirizzarlo su un binario diverso da quello fallimentare degli anni '80 e '90.

In questo senso si può anzi osservare come le amministrazioni locali vadano progressivamente ponendosi quali soggetti di immediata attuazione non solo dei principi costituzionali, saltando il passaggio della previa attuazione legislativa (v. *infra*, § 5), ma anche delle indicazioni sovranazionali, numerose negli ultimi anni ma spesso

inascolate dal legislatore statale: si ricordino, fra gli altri, il Libro Bianco sulla *governance* (2001), la Comunicazione della Commissione europea sulla consultazione (2002), la Convenzione di Aarhus sulla partecipazione nelle politiche ambientali (1998), gli artt. 10 e 11 del Trattato di Lisbona⁹, il Regolamento sull'iniziativa dei cittadini europei (2011)¹⁰, la Convenzione europea sul paesaggio (2000)¹¹.

Ne sono prova le molte e sempre più diffuse esperienze locali che vanno intrecciandosi all'insegna di logiche collaborative e inclusive, sia a livello di pratiche e sperimentazioni che su un piano propriamente normativo.

Né è certamente un caso che la maggiore vivacità nel cogliere le sfide di un nuovo metodo di governo e di amministrazione si stia registrando a livello locale, dal momento che sono certamente i Comuni e le Città a trovarsi oggi, insieme ai propri abitanti, a fronteggiare in modo più immediato la pressione delle nuove emergenze e dei nuovi bisogni dei territori e delle loro comunità.

La rinnovata centralità della dimensione locale, che sfida il diritto statale ad accoglierne le nuove sfide, è oggi colta da chi sollecita il riconoscimento di una 'dimensione ordinamentale piena' a quello che va delineandosi come vero e proprio 'diritto delle città': gli innovativi fenomeni sociali e giuridici che vanno delineandosi, in particolare nell'ampio e complesso ambito dei beni comuni urbani, stanno infatti evidenziando nuove forme di esercizio dell'autonomia locale, sia da parte dei soggetti istituzionali che dei soggetti privati, destinati a «conciliare legalità e autoproduzione sociale» (Gigliani, 2016b). Per un approfondimento dei profili partecipativi più strettamente legati all'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, si rinvia a F. Gigliani, *Il contributo del principio di sussidiarietà alla cittadinanza*, in questo volume.

Per quanto concerne le dinamiche, invece, legate più propriamente al modello della democrazia partecipativa, è interessante osservare che nell'ultimo decennio si è assistito ad un vero e proprio proliferare di forme di regolamentazione degli istituti partecipativi, con previsioni che confermano il cambiamento dei soggetti e degli strumenti dell'interlocuzione con le amministrazioni: sempre meno corpi intermedi classici (partiti e associazioni di categoria) e cittadini strettamente intesi, e sempre più spesso soggetti collettivi nuovi (es. comitati di quartiere), residenti e abitanti; sempre meno unilaterali e imperativi della decisione e sempre più spesso strumenti di tipo inclusivo-collaborativo, fondati sui paradigmi della democrazia partecipativa, della sussidiarietà orizzontale, della solidarietà e della corresponsabilità.

I dati che emergono dall'analisi dei regolamenti vigenti nei Comuni italiani (Valastro, 2016b) appaiono molto significativi, e offrono indicazioni molteplici sulla vocazione partecipativa della cittadinanza amministrativa.

Rispetto agli 8000 Comuni italiani sono circa 3000 i regolamenti vigenti che in vario modo disciplinano istituti e procedure di democrazia partecipativa.

Di questi, la maggior parte è stata adottata negli ultimi dieci anni, con una crescita ulteriore negli ultimi cinque; e il numero è destinato a crescere se si considerano anche i regolamenti più risalenti che sono stati di recente modificati.

Il contenuto di questi regolamenti è estremamente vario e analizzabile sotto molteplici chiavi di lettura, qui tracciabili solo in modo sintetico.

Innanzitutto, una prima distinzione può farsi con riferimento all'impostazione di fondo, cioè al tipo di partecipazione che il Comune intende disciplinare: partecipazione di tipo procedurale oppure di tipo organico.

Nel primo caso si disciplinano i criteri e le garanzie che devono essere rispettati ogni qualvolta si voglia realizzare un processo decisionale in modo inclusivo e partecipato: gli strumenti (consultazione, bilancio partecipativo, dibattito pubblico, giurie civiche ecc.); i criteri di individuazione dei soggetti da coinvolgere (nei regolamenti più recenti è evidente la progressiva sostituzione del termine cittadino con quello di residente, e talvolta di abitante); le fasi nelle quali attivare le metodologie partecipative; le procedure; le garanzie. In questo ambito, se per un verso risulta spesso ancora carente l'attenzione per le garanzie (motivazione della decisione, pubblicizzazione degli esiti, formazione e competenza dei responsabili del processo partecipativo, controllo e valutazione), per altro verso si assiste ad una crescente attenzione per azioni di riordino e razionalizzazione della materia (mediante l'adozione di regolamenti-quadro) e per l'utilizzo di forme di sperimentazione (Pettinari, 2016) e di *soft law*, cioè di tecniche normative e di documenti che consentono un maggior livello di flessibilità e insieme di dettaglio nell'individuazione dei criteri metodologici da seguire per la costruzione dei processi. Particolarmente apprezzabili, in questo senso, sono i documenti che contengono vere e proprie Linee guida, quale strumento che integra e completa le previsioni normative in vista della stabilizzazione del *metodo partecipativo*¹²: quello delle indicazioni metodologiche è infatti uno dei profili destinati ad influire in modo più marcato sulle *chances* di effettività delle norme sulla partecipazione.

Nel secondo caso la realizzazione della partecipazione viene affidata piuttosto ad organismi stabili di rappresentanza delle varie categorie di interessi, i quali dovrebbero consentire il confronto stabile e strutturato con le amministrazioni: è il caso delle Consulte, che nonostante le molte criticità manifestate sul piano della effettività e dell'efficacia sono in crescita costante (circa due terzi dei regolamenti). A volte si sceglie di adottare un regolamento per ciascuna Consulta di settore (con Comuni che arrivano ad avere anche dieci regolamenti specifici); altre volte, più opportunamente, il Comune sceglie di adottare un regolamento organico, al fine di introdurre criteri di omogeneità nella struttura e nei poteri delle varie consulte di settore¹³. Non solo ma, dopo la soppressione delle circoscrizioni per i Comuni con popolazione inferiore a 250.000 abitanti, altre for-

me di partecipazione organica si vanno recuperando e sperimentando, come i consigli di quartiere e di frazione.

Le forme di partecipazione organica continuano a suscitare forti perplessità, ove si rammentino le non brillanti esperienze registrate anche in passato dagli organismi basati sulla replica della rappresentanza (Albanese, 2010; Allegretti, 2011; Pizzolato, 2014). La tendenza che infatti ancora oggi si riscontra nella maggior parte dei regolamenti è quella di una disciplina poco incisiva, la cui genericità sembra aumentare in misura proporzionale alla 'fantasiosità' dei settori per le quali esse vengono previste: criteri di selezione dei soggetti (talvolta vere e proprie 'nomine' dall'alto) discutibili sotto il profilo dell'inclusività, pareri generalmente non obbligatori, prevalente assenza di vincoli dell'amministrazione rispetto agli esiti e alla motivazione delle decisioni finali (Laura, 2016). È vero che eccezioni positive non mancano, specie nei regolamenti più recenti e soprattutto in settori particolarmente sensibili, come le politiche sociali e quelle urbanistiche-ambientali: questo secondo ambito è l'unico in cui si prevede, ad esempio, l'obbligatorietà del parere; e ciò non stupisce, se si considera che l'adozione di processi decisionali partecipati in questi settori è ormai imposta da normative europee (Menconi, 2016). Ma rimane il dubbio che il minore impatto e la scarsa incisività che questi organismi hanno esercitato storicamente sui processi decisionali sia alla base della loro 'fortuna', in quanto figure più innocue e dunque più accettabili da parte di quella politica che ancora predilige la 'partecipazione di facciata'.

Fra i molti altri dati che si potrebbero richiamare, ve n'è uno in particolare che merita di essere qui evidenziato, in quanto più strettamente legato alla vocazione partecipativa della cittadinanza amministrativa.

Ai regolamenti riconducibili al modello di democrazia partecipativa strettamente inteso ('partecipazione al decidere') si sono più di recente affiancati i regolamenti sull'amministrazione condivisa dei beni comuni, riconducibili al modello della sussidiarietà orizzontale ('partecipazione al fare'): a partire dal maggio 2014, data di approvazione del primo regolamento da parte del Comune di Bologna¹⁴, molte decine di Comuni lo hanno replicato e altrettanti ne hanno avviato il percorso di adozione¹⁵.

Un primo dato interessante è che nel breve lasso temporale di due anni questo nuovo tipo di regolamento abbia conosciuto una diffusione senza precedenti, a conferma dell'accelerazione impressa dalle crisi alla necessità di fare della cura dell'interesse generale una questione di corresponsabilità e non più soltanto un servizio da fornire ai cittadini-utenti; inoltre, vi è una grande condivisione fra le amministrazioni e la società civile circa l'opportunità di adottare il regolamento (in molti casi la richiesta di avvio del percorso viene infatti dalla seconda).

Ma il dato di gran lunga più interessante, nella prospettiva di queste riflessioni, è la tendenza di recente manifestata da molti Comuni a considerare insie-

me e in modo organico i due aspetti, attraverso l'adozione di regolamenti che cominciano ad avvicinare gli strumenti di partecipazione al decidere con quelli di partecipazione al fare: questi regolamenti, ancora pochi perché legati all'evoluzione assai recente del modello dell'amministrazione condivisa dei beni comuni, sono tuttavia molto significativi perché costituiscono i primi tentativi di rendere effettivamente complementari i due modelli e le due facce della partecipazione. In alcuni casi ci si limita ad affiancare la previsione degli istituti di democrazia partecipativa e di amministrazione condivisa all'interno dello stesso regolamento, che assurge così a vera normativa-quadro della partecipazione collaborativa *tout court*¹⁶; in altri casi gli organismi della partecipazione organica vengono ripensati come luoghi non solo del proporre ma anche «del fare e dell'agire»¹⁷; in altri casi ancora, i più interessanti, gli istituti di democrazia partecipativa vengono messi 'al servizio' delle decisioni e delle strategie concernenti la cura dei beni comuni¹⁸.

Ciò dimostra che la partecipazione ai processi decisionali sta trovando il proprio completamento, anzi – e soprattutto – un nuovo alimento, nel metodo dell'amministrazione condivisa.

Il tentativo di fondere le due forme di partecipazione all'interno di un atto normativo unitario, di là da un giudizio sul potenziale di efficacia di formule normative a volte ancora rudimentali, dimostra come vada crescendo la consapevolezza della necessità di chiudere il cerchio degli strumenti di esercizio della cittadinanza sostanziale e dunque della sovranità, affinché questa possa divenire finalmente permanente ed effettiva come chiede l'art. 3, comma 2, della Costituzione.

Questo significa non solo che è ormai evidente e acquisita l'insufficienza dei modelli di democrazia rappresentativa e democrazia diretta basati sulla delega e sull'esercizio episodico della sovranità, e che occorre integrare questi modelli con quello della democrazia partecipativa, ma anche che quest'ultimo deve essere a sua volta saldato con il modello dell'amministrazione condivisa. Quest'ultima, infatti, rilancia e alimenta la democrazia partecipativa, perché l'impegno concreto nella cura dei beni comuni genera negli abitanti nuova consapevolezza e nuove capacità (o meglio risveglia e valorizza capacità in realtà innate), rendendoli interlocutori sempre più competenti anche nei processi decisionali che stanno alla base delle politiche pubbliche.

In effetti, in quanto legato alla qualità e sostenibilità del vivere di un'intera comunità, e tanto più in epoca di grande fragilità individuale e collettiva, il tema dei beni comuni si pone non come oggetto di una singola politica bensì come veicolo e insieme terreno di una logica collaborativa e inclusiva che è destinata a permeare progressivamente il metodo di governo delle amministrazioni locali: una logica trasversale a tutte le politiche, perché funzionale alla mi-

gliore qualità ed efficacia delle decisioni e delle azioni concrete, al benessere individuale e collettivo e alla coesione sociale, all'innalzamento del livello di qualità della democrazia.

Molto vi sarà ancora da approfondire circa le migliori opzioni di tecnica normativa e i contenuti possibili; molto impegno occorrerà per sperimentare le ricadute procedurali e organizzative delle nuove regole.

Per il momento, ciò che interessa evidenziare è il fatto inedito che la necessità di una regolazione sia avvertita sia dalle amministrazioni che dalle persone, quale veicolo di garanzie che – pur non sacrificando la flessibilità delle forme di partecipazione e collaborazione – ne assicurino le pre-condizioni e l'effettività.

5. *Le prospettive*

Le riflessioni che precedono portano a svolgere alcune considerazioni.

a) L'attenzione manifestata dalle amministrazioni locali per quella che può a pieno titolo considerarsi una nuova stagione di istituti partecipativi sembra dare finalmente risposta al monito lanciato da Giorgio Berti, quando constatava che la progressiva sostituzione della «contemplazione del potere» alla «contemplazione dell'uomo» ha portato ad assumere l'organizzazione politico-amministrativa quale valore supremo in sé e a relegare le libertà individuali e sociali in una posizione di destinatarietà, provocando il progressivo sfilacciamento degli strumenti della sovranità (Berti, 1994: 64).

La rinnovata attenzione per la persona, intesa quale portatrice non più soltanto di *bisogni* bensì anche di *capacità*, porta a ripensarne l'identità nella dimensione più complessa di *risorsa*, in termini di saperi, informazioni, competenze. Assunte in chiave collaborativa, queste *nuove risorse* contribuiscono al miglioramento della lettura e della cura dell'interesse generale (oltre che degli interessi individuali).

b) L'assunzione di queste nuove risorse nelle dinamiche di governo e amministrazione dei bisogni delle persone e delle comunità richiede la creazione di *precondizioni*, ovvero interventi positivi che assicurino le condizioni materiali della partecipazione, quali ineludibili garanzie di effettività dei diritti e delle responsabilità ad essa sottesi: una «incentivazione sostanziale della partecipazione» che deve prendere il posto delle garanzie meramente formali (Berti, 1974: 3).

Il riconoscimento della necessità di precondizioni al fine di rendere effettivo e stabile un nuovo metodo di governo collaborativo è ciò che sembra muovere la nuova stagione regolamentare avviata dai Comuni con riferimento all'amministrazione condivisa. Tali norme, infatti, disegnano e sistematizzano un nuovo quadro di strumenti, procedure, organizzazione e soggetti: individuano cioè gli interventi pubblici necessari per assicurare le condizioni materiali della parteci-

pazione, i quali altro non sono – a ben vedere – che quei «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» che l'art. 117, c. 1, lett. m), Cost. aveva inteso assegnare in via esclusiva allo Stato, e che i Comuni stanno di fatto definendo in via sussidiaria o – forse meglio – supplente.

Del resto, subito dopo la riforma costituzionale che ha riscritto l'art. 117 Cost. le letture più attente hanno avvisato che i livelli essenziali devono intendersi non solo come limiti da rispettare bensì anche come garanzie, e non soltanto come garanzie di prestazione bensì anche come garanzie organizzative: i pubblici poteri non possono limitarsi a definire il *quanto*, attraverso indicazioni meramente quantitative, ma devono spingersi a stabilire almeno i principi fondamentali del *come*, definendo la struttura organizzativa che assicura la garanzia dei diritti (Luciani, 2002: 352). Intesa in questo senso, e con riferimento specifico agli istituti partecipativi, l'innovativa formulazione dell'art. 117, comma 2, lett. m), può allora considerarsi una felice risposta a chi già da tempo segnalava che il concetto di partecipazione, in quanto storicamente datato e ideologicamente orientato, vale non tanto o non soltanto come rappresentazione di ciò che la partecipazione stessa costituisce, bensì come «proposta di organizzazione della partecipazione, come indicazione di quale e quanta partecipazione si voglia realizzare e di come si voglia realizzarla» (Nigro, 1980: 229).

c) La tendenza delle amministrazioni locali a disciplinare le precondizioni e le garanzie procedurali e organizzative delle nuove forme collaborazione con gli abitanti sembra offrire una conferma ulteriore alla tesi della configurabilità delle pretese partecipative in termini di diritti sociali (Valastro, 2010b: 457 sgg.).

Se per un verso le evidenti ricadute politiche della partecipazione hanno in passato sospinto la riflessione giuridica prevalentemente verso l'area delle libertà politiche, per altro verso – e più di recente – la consapevolezza della sua *dipendenza* dalla predisposizione di adeguate condizioni materiali ha portato ad evidenziarne la forte analogia strutturale con la categoria dei diritti sociali. Non solo, ma le pretese partecipative indubbiamente condividono con i diritti sociali l'elemento strutturale decisivo dell'effettività: come è stato osservato, a differenza di quanto può dirsi per i diritti di libertà l'effettività non è qui condizione «ulteriore di un diritto che già di per sé può esistere giuridicamente, ma è condizione di esistenza stessa del diritto» (Onida, 2002: 104)¹⁹.

Nei diritti di partecipazione connessi ai modelli di democrazia partecipativa e amministrazione condivisa dovrebbe ravvisarsi il punto di tenuta dell'intero sistema dei diritti sociali, la condizione e il punto di arrivo degli stessi: ciò appare tanto più vero ove si ponga mente al fatto che la partecipazione ai processi decisionali e alla cura concreta dell'interesse generale, fornendo alle amministrazioni quelle nuove risorse date dalle informazioni e competenze in possesso degli abitanti, può contribuire a sua volta a migliorare la qualità delle politiche

pubbliche, e dunque delle prestazioni previste a tutela dei singoli diritti sociali.

Tutto ciò dovrebbe portare a riconoscere l'esistenza di un diritto sociale fondamentale avente ad oggetto la realizzazione di un metodo di governo e amministrazione inclusivo e collaborativo, che trova appunto nelle nuove norme locali il proprio contenuto e le proprie garanzie; e il punto nodale della distinzione fra diritti partecipativi classici (politici) e diritti sociali di partecipazione dovrebbe ravvisarsi in quell'*obbligo di risultato* che i secondi postulano in virtù del loro collegamento con l'art. 3, comma 2, Cost. (Azzariti, 2010).

Il *carattere condizionato* di tali diritti non deve stupire; anzi, in esso risiede il *quid novi* del modello di democrazia partecipativa. Negare la necessità dell'intervento positivo dello Stato, sostenendo che nulla vieta ai singoli di attivarsi, significherebbe infatti rinnegare il collegamento dei diritti in questione con l'eguaglianza sostanziale, relegando di fatto la partecipazione – a seconda dei casi – sui terreni della contestazione, della negoziazione, della supplenza. Il modello delle libertà negative, sebbene apparentemente più garantista in quanto fonte di diritti soggettivi perfetti e incondizionati, si rivela qui insufficiente e inefficace, in quanto finisce per scaricare sul cittadino l'effettività di un processo di democratizzazione delle istituzioni di cui soltanto le istituzioni stesse possono tenere le fila e sostenere le responsabilità.

Ciò che può e deve ripensarsi è piuttosto il parametro del condizionamento, che non pare possa ravvisarsi nelle risorse di carattere finanziario. Una tale impostazione, che risente dell'originaria configurazione dei diritti sociali come strumenti di liberazione da stati di bisogno economico ma che gran parte della dottrina considera ormai superata, appare tanto più fuorviante con riferimento ai diritti sociali di partecipazione, i quali richiedono un ventaglio di interventi più variegato: una politica redistributiva, sì, ma in senso lato, riferita non tanto al reddito quanto alle *chances*, alle capacità, alle informazioni; politiche abilitanti volte più alla creazione di opportunità che alla rimozione di ostacoli *stricto sensu*.

Del resto, se è vero che nell'art. 3, comma 2, Cost. la liberazione dal bisogno è funzionale allo sviluppo della persona e alla partecipazione di questa alla vita politica, economica e sociale del Paese, sarebbe contraddittorio imporre allo Stato di perseguire quell'obiettivo in via soltanto indiretta (attraverso i diritti sociali a prestazione) e non anche immediata (attraverso i diritti sociali di partecipazione).

Inoltre l'ultima generazione dei regolamenti locali, quelli sull'amministrazione condivisa dei beni comuni, dimostra che i limiti del condizionamento finanziario (assenza di risorse economiche) e del condizionamento giuridico-organizzativo (ancora funzionale all'amministrazione bipolare) sono proprio quelli che il paradigma collaborativo e le nuove risorse sociali possono contribuire a ridimensionare: una sorta di compensazione in cui la sostenibilità dei diritti sociali di partecipazione è assicurata non più soltanto dal soggetto pubblico ma an-

che, almeno in parte, dalle risorse sociali messe in campo dagli stessi destinatari delle prestazioni oggetto di quei diritti.

Le nuove forme di interlocuzione fra amministrazioni e amministrati attiva dunque un percorso reticolare in cui sovranità e cittadinanza possono aspirare a contenuti più maturi nella misura in cui vengano poggiate su paradigmi nuovi, che percorrano le linee di contiguità fra democrazia partecipativa e amministrazione condivisa: collaboratività, corresponsabilità, inclusività²⁰, circolarità²¹.

Il fine, rispetto al quale sembra essere iniziata la seconda 'andata' (per riprendere la metafora del titolo), è quello di costruire una cittadinanza adeguata a ordinamenti-comunità che non possono più permettersi cesure aprioristiche fra il vivere e l'abitare, fra il decidere e il fare, fra il chi decide e il come si decide, fra il chi decide e il chi fa.

Questo fine è strettamente legato, evidentemente, al destino stesso della democrazia. Se infatti le tendenze che si sono richiamate si consolideranno ulteriormente e se è vero che gli aggettivi della democrazia -così come quelli della cittadinanza- ci raccontano le età e le evoluzioni della nostra storia, la prossima erede della democrazia partecipativa e sussidiaria potrà forse essere una *democrazia emancipante* (reclamata anni or sono da Di Giovine e Dogliani, 1993: 320) e dunque una *democrazia resiliente*: un sistema capace di rispondere ai cambiamenti attuando strategie adattive e creando continuamente nuove forme di equilibrio grazie all'accrescimento delle capacità di emanciparsi dalle condizioni di partenza.

Un tale tipo di democrazia si fonda su un paradigma profondamente diverso da quello apparentemente analogo di resistenza, che presuppone la difesa dell'equilibrio iniziale come l'unico possibile e desiderabile: una prospettiva, quest'ultima, che è stata funzionale al sistema capitalista e al modello tradizionale di Stato sociale.

Inoltre, se è vero - come la storia dimostra - che il potere politico non si è «mai retto senza stabilire e palesare in qualche modo il suo legame con la società civile» (Berti, 1997: 7), la resilienza di una democrazia emancipante fondata su cittadinanze sostanziali non può più essere un risultato imposto dall'alto, come ad esempio nel caso della ricostruzione dell'Aquila: essa deve essere piuttosto un processo circolare, basato sull'incremento e l'utilizzo costante dei saperi e delle capacità - individuali, comunitarie e istituzionali - per permettere a chiunque insista sul territorio di sviluppare un senso di responsabilità nei suoi confronti (Forino, 2012: 253 sgg.).

È questo, certamente, uno dei percorsi virtuosi che potrà consentire alla partecipazione di guarire le proprie «malattie croniche» (Bobbio, 1971: 82) e di farsi presupposto proficuo di quella cittadinanza attiva su cui sempre di più dovranno contare, per il futuro, le comunità.

Note

- ¹ C. cost., 12.4.2002, n. 106.
- ^x Come punto di riferimento dell'ampia dottrina su questo tema, v. per tutti, Allegretti, 2011a.
- ³ L'avvio della riflessione critica sul paradigma bipolare del modello tradizionale di amministrazione si deve in particolare a S. Cassese, 2001. Sul tema dell'amministrazione condivisa v., per tutti, Arena, 1997. Sul tema della sussidiarietà orizzontale, si rinvia a F. Gigliani, *Il contributo del principio di sussidiarietà alla cittadinanza*, in questo volume.
- ⁴ Su questi aspetti si rinvia al saggio di M. Bombardelli, *La partecipazione procedimentale*, in questo volume.
- ⁵ La letteratura in proposito è assai ampia. Per alcune panoramiche più articolate v., da ultimo, Gambino, 2015; nonché le relazioni tenute in occasione del Convegno *Istituzioni democratiche e amministrazioni d'Europa: coesione e innovazione al tempo della crisi economica*, Perugia, 14-15 gennaio 2016.
- ⁶ Per considerazioni ed esempi più articolati sulle tipologie delle crisi si rinvia a Valastro, 2016a.
- ⁷ V. F. Gigliani, *Il contributo del principio di sussidiarietà alla cittadinanza*, in questo volume.
- ⁸ Come ha evidenziato Lombardi, 1967: 51 sgg., la coincidenza dei piani (politico, economico e sociale) cui si riferiscono tanto i doveri inderogabili di solidarietà quanto la partecipazione porta a ravvisare un collegamento fra il principio di solidarietà e quello personalistico, tale da specificare il primo «in termini di *integrazione* della persona nella vita dello Stato e della comunità sociale»; e il cittadino, lungi dal ridursi a mero destinatario dei vantaggi derivanti dall'astensione o dall'attivarsi dei pubblici poteri, assurge a «centro operante di questo processo di integrazione».
- ⁹ Ai sensi dell'art. 10, c. 3, «Ogni cittadino ha il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione. Le decisioni sono prese nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini». Ai sensi dell'art. 11, c. 1, 2 e 3, «Le istituzioni danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione. Le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile. Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate».
- ¹⁰ Ai sensi dell'art. 11, c. 4 del Trattato di Lisbona i «Cittadini dell'Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, possono prendere l'iniziativa d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati». Le procedure e le condizioni necessarie per la presentazione di una iniziativa dei cittadini sono state disciplinate con il Regolamento (UE) n. 211/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011.
- ¹¹ Convenzione europea sul paesaggio, 20 ottobre 2000, che definisce paesaggio «una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni».
- ¹² V. ad esempio il regolamento su *Processi partecipativi e scelte dell'Amministrazione. Linee guida per la partecipazione*, Comune di Casalecchio di Reno, 23 ottobre 2003; e il *Regolamento del processo partecipativo* del Comune di S. Giovanni in Persiceto, del 27 novembre 2014.
- ¹³ V. ad esempio il Regolamento sulle Consulte cittadine del Comune di Rieti, del 10 maggio 2013 (modif. il 14 marzo 2014).
- ¹⁴ *Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani*, Comune di Bologna, 22 febbraio 2014.

- ¹⁵ Numeri e dati costantemente aggiornati sulla diffusione di questo regolamento nei Comuni italiani sono reperibili nel sito di Labsus-Laboratorio per la sussidiarietà, <<http://www.labsus.org>> (10/2016).
- ¹⁶ V. ad esempio il *Regolamento della partecipazione* del Comune di Piacenza, n. 23 del 16 settembre 2013.
- ¹⁷ V. ad esempio il Regolamento sulla *Consulta del Welfare* del Comune di Castel Maggiore (BO), del 22 aprile 2009, ove si afferma che la consulta vuole porsi, oltre che come tradizionale strumento consultivo, anche come «spazio dove attuare, attraverso azioni concrete, la partecipazione delle associazioni e dei cittadini alla costruzione del welfare di città».
- ¹⁸ V. ad esempio il *Regolamento municipale per la "Democrazia partecipativa"* del Municipio I, Comune di Genova, del 29 luglio 2013, ove si afferma che i cittadini («singoli o associati, residenti o operanti sul territorio», art. 1) sono chiamati ad esprimersi su progetti di cura e manutenzione «scelti all'interno di un elenco elaborato dal Municipio e/o direttamente proposti da loro stessi, decidendo quali dei progetti vadano finanziati» (art. 2). Un altro caso molto interessante è quello dell'Unione dei Comuni Savena Idice, nella provincia di Bologna, che ha promosso un percorso di democrazia partecipativa per la definizione di Linee Guida condivise sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura, la gestione e la manutenzione dei beni comuni, in risposta al bando regionale sulla partecipazione di cui alla l.r. n. 3/2010: obiettivo finale del percorso, che prevede l'attivazione di un Tavolo di Negoziazione e di un evento partecipativo (World Cafè) per ciascun territorio comunale, è la formulazione di un *Documento di proposta partecipata* che conterrà delle Linee Guida condivise con indicazioni e proposte per i 5 Comuni, da usare per uniformare a livello di Unione gli strumenti normativi, esistenti o da produrre, in materia di gestione condivisa dei 'beni comuni'. Per approfondimenti, <<http://www.labsus.org/2016/02/benicomuninunione-un-percorso-partecipativo-nel-bolognese/>> (10/2016).
- ¹⁹ Ad esempio, se ciascuno può considerarsi astrattamente titolare del diritto di voto e della libertà di associarsi in partiti politici, non potrebbe parlarsi di un diritto ad essere consultati ove non esistessero specifiche regole in proposito che stabilissero obblighi, strumenti, garanzie. Per considerazioni ulteriori e più articolate in ordine alla varietà di contenuto e intensità delle situazioni soggettive connesse alla partecipazione, nonché al rapporto con le tecniche di protezione connesse alle categorie tradizionali dei diritti (civili, politici e sociali), sia consentito rinviare a Valastro, 2010b.
- ²⁰ È questo l'aspetto che preme più fortemente sul superamento della cittadinanza formale, cui sono ancorati i modelli della democrazia rappresentativa, della democrazia diretta e dell'amministrazione tradizionale: ciò nel senso di favorire il coinvolgimento di tutti i soggetti che insistono sui territori a prescindere dall'età e dallo *jus sanguinis* e valorizzando piuttosto le esperienze dell'abitare; ma anche nel senso di cogliere e valorizzare le specificità e ulteriori articolazioni di quelle esperienze, come ad esempio suggerisce la crescente letteratura sui temi della cittadinanza attiva di genere e del *gender mainstreaming*. Su questi ultimi temi, v. fra gli altri: Vingelli, 2007; Matsui, Suzuki, Ushio, 1999.
- ²¹ Il metodo partecipativo deve seguire tutte le fasi del ciclo di vita delle politiche pubbliche, dall'individuazione degli obiettivi alla decisione, dalla attuazione concreta alla valutazione dell'adeguatezza ed efficacia degli esiti.

Riferimenti bibliografici

- Albanese A. 2010, *Partecipazione organica e democrazia partecipativa*, in U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettiva in Italia e in Europa*, Firenze University Press, Firenze: 345 sgg.
- Allegretti U. 2011a, *Democrazia partecipativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV: 295 sgg.
- 2011b, *Modelli di partecipazione e governance territoriale*, in *Istituzioni del federalismo*, 2: 206 sgg.
- Arena G. 1997, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *St. parl. pol. cost.*: 29 sgg.
- 2007, *Sussidiarietà e nuova cittadinanza*, in V. Baldini, *Sussidiarietà e diritti*, Satura, Napoli: 117 sgg.
- Arena G., Cotturri G. (a cura di) 2010, *Il valore aggiunto. Come la sussidiarietà può salvare l'Italia*, Carocci, Roma.
- Atripaldi V. 1974, *Contributo alla definizione del concetto di partecipazione nell'art. 3 Cost.*, in *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, ESI, Napoli: 11 sgg.
- 1988, *Il concetto di partecipazione nella dinamica della relazione Stato-società*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Giuffrè, Milano: 79 sgg.
- Azzariti G. 2010, *Democrazia partecipativa: cultura giuridica e dinamiche istituzionali*, in <<http://www.costituzionalismo.it>>, 3.
- 2011, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. pubbl.*, 2: 425 sgg.
- Benvenuti F. 1992, *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, in G. Marongiu, G.C. De Martin (a cura di), *Democrazia e amministrazione*, Giuffrè, Milano: 13 sgg.
- Berti G. 1974, *La parabola regionale dell'idea di partecipazione*, in *Le regioni*: 1 sgg.
- 1994, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova.
- 1997, *Cittadinanza, cittadinanze e diritti fondamentali*, in *Riv. Dir. cost.*: 3 sgg.
- Bobbio N. 1971, *Crisi di partecipazione in che senso?*, in R. Orecchia (a cura di), *Rapporto tra diritto e morale nella coscienza giuridica contemporanea. Il problema della partecipazione politica nella società industriale*, Giuffrè, Milano: 82 sgg.
- Borgna E. 2014, *La fragilità che è in noi*, Einaudi, Torino.
- Cassese S. 2001, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari.
- Ciancaglini M. 2010, *Dall'incentivazione al consolidamento: un possibile percorso normativo della democrazia partecipativa*, in U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettiva in Italia e in Europa*, Firenze University Press, Firenze: 183 sgg.
- Crisafulli V. 1969, *I partiti nella Costituzione*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, II – *Le libertà civili e politiche*, Vallecchi, Firenze: 120 sgg.
- 1985, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in Id., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano: 116 sgg.

- De Martin G.C., Bolognino D. 2010, *Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, Cedam, Padova.
- Di Giovine A., Dogliani M. 1993, *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, in *Questione giustizia*, 2: 320 sgg.
- Esposito C. 1954, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in C. Esposito, *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova: 10 sgg.
- Fichera F. 1974, *Spunti tematici intorno al nesso tra principi di eguaglianza e di partecipazione di cui all'art. 3, 2° comma della Costituzione*, in *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, ESI, Napoli: 31 sgg.
- Forino G. 2012, *Narrazione delle strategie di resilienza nella ricostruzione aquilana*, in L.M. Calandra (a cura di), *Territorio e democrazia. Un laboratorio di geografia cosiale nel dopo sisma aquilano*, L'Una ed., L'Aquila: 253 sgg.
- Gambino S. (a cura di) 2015, *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Giappichelli, Torino.
- Gardini G. 2011, *Le autonomie ai tempi della crisi*, in *Ist. del federalismo*, 3: 457 sgg.
- Gargiulo E. 2008, *L'inclusione esclusiva. Sociologia della cittadinanza sociale*, FrancoAngeli, Milano.
- Guarino G. 1951, *Il Presidente della Repubblica italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 916 sgg.
- Giglioli F. 2016a, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, 2: 305 sgg.
- 2016b, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2: 271 sgg.
- Laura A. 2016, *I regolamenti che disciplinano la "partecipazione organica": le Consulte*, in A. Valastro (a cura di), *Le regole locali della democrazia partecipativa. Tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, Jovene, Napoli: 155 sgg.
- Lepore V. 2009, *Le nuove frontiere della cittadinanza: il ruolo delle Città e delle Amministrazioni locali*, 1, <<http://www.cittalia.it>> (10/2016).
- Lombardi G.M. 1967, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano.
- Luciani M. 2002, *I diritti costituzionali tra Stato e regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*, in *Pol. Dir.*, 3: 345 sgg.
- Maddalena P. 2014, *Il territorio bene comune degli italiani*, Donzelli, Roma.
- Magnaghi A. 2006, *Dalla partecipazione all'autogoverno della comunità locale: verso il federalismo municipale solidale*, in *Dem. dir.*, 3: 134 sgg.
- Marzocca O. 2012, *Democrazia locale, federalismo solidale, cittadinanza attiva*, in A. Magnaghi (a cura di), *Il territorio bene comune*, Firenze University Press, Firenze: 91 sgg.
- Matsui K., Suzuki H., Ushio Y. 1999, *Women-omics: buy the female economy*, in *Portfolio Strategy*, Goldman Sachs, Japan, 3 agosto.
- Menconi M.E. 2016, *I regolamenti in materia di ambiente e urbanistica*, in A. Valastro (a cura di), *Le regole locali della democrazia partecipativa. Tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, Jovene, Napoli: 165 sgg.

- Mortati C. 1975, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova.
- Nigro M. 1980, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*: 225ss.
- Nussbaum M. 2012, *Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del Pil*, il Mulino, Bologna.
- Onida V. 2002, *Eguaglianza e diritti sociali*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Cedam, Padova: 101 sgg.
- Pettinari N. 2016, *L'importanza della valutazione e della sperimentazione nel governo partecipato dei territori*, in A. Valastro (a cura di), *Le regole locali della democrazia partecipativa. Tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, Jovene, Napoli.
- Pizzolato F. 2014, *Dopo le circoscrizioni, i quartieri*, in *Amministrare*, 2: 281sgg.
- Putnam R. 1993, *La tradizione civica nelle Regioni italiane*, Mondadori, Milano.
- Rodotà S. 2014, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari.
- Rugge F. 1997, *L'«amministrazione colloquiale»*, in *Amministrare*: 325 sgg.
- Valastro A. 2010a, *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Jovene, Napoli.
- 2010b, *Stato costituzionale, democrazia pluralista e partecipazione: quali diritti?*, in P. Caretti, M.C. Grisolia (a cura di), *Lo stato costituzionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, il Mulino, Bologna: 457 sgg.
- 2011, *La consultazione nelle politiche di valutazione della qualità normativa*, in P. Costanzo (a cura di), *La qualità della normazione nella dialettica Governo-Parlamento*, Quaderni della Rassegna Parlamentare, Jovene, Napoli: 137 sgg.
- 2014, *Internet e strumenti partecipativi nel rapporto fra privati e amministrazioni*, in M. Nisticò, P. Passaglia (a cura di), *Internet e Costituzione*, Giappichelli, Torino: 245 sgg.
- 2016a, *La vita fragile. Ripensare i paradigmi delle politiche oltre la debolezza e le crisi*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, vol. II, Wolters Kluwer: 1445 sgg.
- 2016b, *La democrazia partecipativa alla prova dei territori: il ruolo delle amministrazioni locali nell'epoca delle fragilità*, in Id. (a cura di), *Le regole locali della democrazia partecipativa. Tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, Jovene, Napoli: 3 sgg.
- Vico G. 1744, *Scienza Nuova*, Conclusione.
- Vingelli G. 2007, *Un'estranea fra noi. Bilanci di genere, movimento femminista e innovazione istituzionale*, Rubbettino, Soveria Mannelli.
- Zamagni S. 2013, *Dal welfare della delega al welfare della partecipazione*, in *Le giornate di Bertinoro per l'economia civile* (XIII edizione), <<http://www.ordosocialis.de>> (10/2016).
- Zampetti P.L. 1969, *L'art. 3 della Costituzione e il nuovo concetto di democrazia partecipativa*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, II – *Le libertà civili e politiche*, Vallecchi, Firenze: 512 sgg.

LA 'SEMPLIFICAZIONE AMMINISTRATIVA' COME DIRITTO E COME STRUMENTO DI CITTADINANZA

Giorgio Vercillo

SOMMARIO – 1. Premessa. 2. 'Semplificazione' e 'cittadinanza' amministrativa. 3. Le politiche di 'semplificazione amministrativa' adottate nell'ordinamento interno a partire dagli anni Novanta. 4. Le politiche di 'semplificazione amministrativa' adottate nell'ordinamento europeo. 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

La 'semplificazione' ha rappresentato, sin dai primi anni successivi all'unificazione, uno degli obiettivi principali del riformismo italiano (Vesperini, 2006).

Per molto tempo essa è stata concepita in senso 'debole', quale strumento di politica legislativa utile a ordinare la disciplina dei pubblici poteri, a subordinarne l'esercizio al rispetto dei presupposti previsti dalla legge e a renderli sindacabili in sede giurisdizionale.

La 'semplificazione', in altri termini, ha inizialmente rappresentato il perno intorno al quale è stato edificato il processo di codificazione del diritto amministrativo 'moderno' e, in questa prospettiva, ha accompagnato il superamento della originaria conformazione di tale settore dell'ordinamento, che in origine si presentava quale sistema fondato su principi generali e astratti di matrice dottrinarie e giurisprudenziale (Napolitano, 2014).

A partire dagli anni Novanta, la 'semplificazione' ha assunto un ruolo differente rispetto a quello rivestito in precedenza (Basilica, Barazzoni, 2014). A ciò ha contribuito una pluralità di fattori.

Una prima fondamentale spinta è derivata dall'eccessiva proliferazione di disposizioni di legge e regolamentari, che, in luogo di agevolare, hanno in realtà finito per ostacolare l'operato delle Amministrazioni pubbliche (Mattarella, 2011), mediante l'istituzione di oneri e procedure non coerenti con i costi di implementazione e di rispetto e, sempre più, spesso preordinate alla tutela di interessi pubblici inesistenti o di interessi di carattere meramente corporativo.

Parimenti significativa è stata l'entrata in crisi del ruolo dello Stato (e dei pubblici poteri in generale) nell'economia, consequenziale anche alla centralità assunta dall'ordinamento europeo, la quale ha portato, non solo a dubitare del carattere necessariamente virtuoso dell'operato dei pubblici poteri, ma anche –

e soprattutto – ad un profondo ripensamento della funzione assunta dalle pubbliche amministrazioni all'interno della società.

Sotto altro profilo, la trasformazione della funzione propria della 'semplificazione' è derivata dalle esigenze, sempre più pressanti, di contenimento della spesa pubblica e di riduzione degli oneri a carico del sistema produttivo nazionale, che hanno impattato in modo determinante anche su organizzazione ed attività dei soggetti pubblici (Bartolini, 2012).

Ognuno di questi fattori ha determinato, come detto, una profonda trasformazione della funzione inizialmente assolta dalla 'semplificazione', che da mezzo per il riordino del sistema del diritto amministrativo ha assunto il ruolo di vero e proprio 'principio generale dell'ordinamento' (Torchia, 1998).

Osservata da questa angolazione, la 'semplificazione' ha concorso a delineare i tratti costitutivi della c.d. 'cittadinanza amministrativa', atteggiandosi sia come 'diritto', che come 'strumento' utile all'esercizio delle situazioni giuridiche soggettive che preesistono alla tutela che la pubblica amministrazione può ad esse offrire.

2. *'Semplificazione' e 'cittadinanza' amministrativa*

Obiettivo di questo contributo è quello di illustrare i rapporti che intercorrono tra 'semplificazione' e 'cittadinanza' amministrativa.

Per procedere in questo senso, è preliminarmente utile fornire alcuni chiarimenti in ordine al significato che, ai fini della presente trattazione, riteniamo possibile attribuire a ciascuna di tali locuzioni.

L'espressione 'semplificazione amministrativa' designa una serie di istituti riferibili alla sfera dell'azione e dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni. Si tratta, in particolare, di istituti che sono funzionali a 'liberare' i soggetti pubblici dai principali ostacoli che ne impediscono, ne aggravano o, comunque, ne rendono difficoltoso l'operato (Cerulli Irelli, Luciani F., 2000).

In questa prospettiva, la semplificazione può essere intesa sia quale strumento di contrazione della pubblica amministrazione in senso oggettivo, ovvero quale strumento propedeutico alla soppressione, alla riduzione o all'accorpamento di apparati, di personale, di risorse materiali delle figure soggettive pubbliche (Sciullo, 2009); sia quale mezzo utile ad incidere sul complesso dell'attività di soggetti pubblici, con l'accorpamento e/o la riduzione e/o la riorganizzazione dei termini e/o delle fasi procedurali, con l'eliminazione dei procedimenti amministrativi inutili, con il superamento dello schema 'norma-potere-fatto-effetto', laddove lo stesso costituisca un ostacolo o arrechi un indebito pregiudizio all'esercizio dell'iniziativa pubblica e/o privata, con l'apertura a misure di liberalizzazione (per tali intendendosi le misure atte a eliminare vincoli pubblici-

stici che si frappongono all'esercizio delle attività private; in tal senso, sulle misure di liberalizzazione, v. Corso, 2006; Napolitano, 2015).

La nozione di 'semplificazione amministrativa', pertanto, comprende al proprio interno una molteplicità di misure (Gnes, 2014) utili a rendere, da un lato, più efficace l'operato delle pubbliche Amministrazioni (Cerulli Irelli, Luciani, 2000); dall'altro, più facile il godimento di diritti il cui esercizio sarebbe altrimenti sottoposto all'osservanza di oneri amministrativi gravosi e ingiustificati.

Come osservato in apertura, questo contributo è dedicato all'esame dei rapporti tra 'semplificazione' e 'cittadinanza' amministrativa. Pertanto, l'attenzione sarà incentrata sui soli profili concernenti la rilevanza assunta dalla 'semplificazione amministrativa' nelle relazioni tra privati (*i.e.* tra cittadini) e pubbliche amministrazioni. Il tema della 'semplificazione' sarà affrontato, in altri termini, limitatamente agli aspetti che interessano l'attività *lato sensu* intesa (sul punto, v. Scoca, 1998) delle pubbliche amministrazioni.

La nozione di 'semplificazione' cui si è appena fatto riferimento è, come detto, strettamente connessa a quella di 'cittadinanza'.

A questo proposito, pur condividendo la tesi di chi ha osservato che tale termine ha ormai perso di specificità semantica, tanto da assumere le sembianze di una vera e propria «*vox media*, di un sostantivo, cioè, che riceve soprattutto dall'aggettivo che lo affianca il proprio significato» (Dinelli, 2011), riteniamo in questa sede utile richiamare l'opinione espressa dagli studiosi che hanno identificato nella cittadinanza una posizione di legittimazione, indipendente dall'acquisizione dello *status* di cittadino-sovrano, alla titolarità di situazioni giuridiche soggettive attive e passive (Cavallo Perin, 2004). Con la conseguenza che, la 'cittadinanza', qualificata come 'amministrativa', sarà in questa sede intesa come legittimazione alla titolarità di situazioni giuridiche soggettive nei confronti delle pubbliche amministrazioni (in tal senso, v. anche Arena, 2005), dalla quale discende il diritto all'esecuzione di specifiche 'prestazioni' da parte dei soggetti pubblici.

L'accezione di 'cittadinanza amministrativa' appena delineata, oltre a trovare conforto nella dottrina cui si è fatto riferimento, rinviene uno specifico fondamento nel diritto positivo e, segnatamente, nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, recante disciplina del c.d. «diritto ad una buona amministrazione».

Nei rapporti tra privati e pubbliche Amministrazioni, infatti, il «diritto ad una buona amministrazione», che è «principio in funzione dei diritti dei cittadini ("ex parte civis")» (Cassese, 2009), è espressione della 'cittadinanza amministrativa' e si traduce: a) da un lato, nel diritto di ogni persona: a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole; ad essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adot-

tato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio; ad accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale; al risarcimento dei danni cagionati dalle Amministrazioni pubbliche allorché agiscono nell'esercizio delle loro funzioni; b) dall'altro, nell'obbligo per la pubblica amministrazione di motivare le proprie decisioni.

La 'cittadinanza amministrativa', ove rapportata alla 'semplificazione', può essere quindi intesa nell'accezione di *status* dal quale derivano, per il privato, situazioni giuridiche soggettive attive di carattere 'strumentale', che sono qualificate nell'ordinamento europeo come veri e propri 'diritti' (Bartolini, 2005) e che, se proiettate in ambito nazionale, configurano le componenti strutturali della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo.

3. Le politiche di 'semplificazione amministrativa' adottate nell'ordinamento interno a partire dagli anni Novanta

La stretta connessione tra 'semplificazione' e 'cittadinanza' amministrativa si presta ad essere scrutinata sotto differenti angolazioni.

L'evoluzione che, a partire dagli anni Novanta, ha investito il settore della pubblica amministrazione fornisce indicazioni utili per guardare alla 'semplificazione' sia come un 'diritto di cittadinanza' (*i.e.*, come interesse protetto *sub specie* di 'diritto alla semplificazione'), che come 'strumento' utile ad assicurare il godimento dei diritti che l'ordinamento conferisce ai singoli (situazione, quest'ultima, che si verifica allorché l'interesse protetto è – solo *e/o* anche – un altro, *i.e.* quello al c.d. bene della vita, e la 'semplificazione' costituisce lo strumento utile ad assicurarne il proficuo godimento).

Il primo spunto in questo senso può essere senza dubbio rinvenuto nelle disposizioni della legge n. 241/1990. Ciò in considerazione della fondamentale importanza che ha rivestito l'emanazione di tale legge, tanto in materia di procedimento amministrativo, quanto in tema di semplificazione, alla quale il legislatore non a caso ha dedicato l'intero Capo IV (significativamente rubricato, appunto, *Semplificazione dell'attività amministrativa*).

La legge n. 241/1990 può essere infatti considerata quale prima legge generale di semplificazione (Spina, 2013), avendo istituito misure che si rivolgono in questa direzione, che sono riferite alla generalità delle pubbliche amministrazioni e che hanno interessato l'operato di tali figure soggettive nel suo complesso (*i.e.* sul piano funzionale e sul versante procedimentale).

In particolare, i principali meccanismi di semplificazione introdotti dalla legge in parola sono costituiti: a) dalla conferenza di servizi, istituto di semplificazione che produce effetti di carattere «procedimentale e non di contenuti,

perché non inverte il rapporto sostanziale» tra gli interessi in gioco¹, limitandosi a «produrre un'accelerazione dei tempi procedurali e, nel contempo, un esame congiunto degli interessi pubblici coinvolti»²; b) dall'individuazione dell'accordo amministrativo quale strumento alternativo alla definizione del procedimento con un provvedimento unilaterale. La misura disciplinata dall'art. 11 della legge n. 241/1990, infatti, ha rappresentato un indubbio 'passo in avanti' nella logica della semplificazione. E questo, sia per l'amministrazione, che quando si avvale di tale istituto si sottrae all'oneroso *iter* del procedimento amministrativo; sia per il privato, che sarebbe altrimenti destinato a subire gli effetti potenzialmente pregiudizievoli dell'atto amministrativo adottato in via unilaterale e che può fare affidamento su una relativa stabilità dell'accordo raggiunto (Napolitano, 2015); c) dalla istituzione di una stringente disciplina sui termini procedurali, dato che la predeterminazione di tempi certi di avvio e di chiusura dei procedimenti amministrativi che la pubblica amministrazione ha il dovere di osservare – rischiando, altrimenti, di essere condannata al risarcimento del danno cagionato al privato o al pagamento di una indennità per il ritardo subito da quest'ultimo (sul punto, cfr. Vesperini, 2014) –, costituisce una componente essenziale del «diritto ad una buona amministrazione», utile a superare gli ostacoli che, altrimenti, renderebbero incerto e non prevedibile l'operato dei soggetti pubblici, altrimenti esposto a comportamenti dilatori e/o ostruzionistici; d) dalla introduzione della S.C.I.A. e dell'istituto del silenzio-assenso, i quali hanno portato: nell'un caso (S.C.I.A.), al superamento del tradizionale procedimento amministrativo autorizzatorio e alla sua sostituzione con un meccanismo abilitativo l'esercizio di attività private strutturato sulla sequenza 'norma-fatto-effetto', ove il potere può intervenire al solo fine di inibire l'esercizio di dette attività, entro gli stringenti limiti prescritti dall'art. 19 della legge n. 241/1990; nell'altro caso (silenzio-assenso), alla 'deformalizzazione' della fase conclusiva dei procedimenti amministrativi ad istanza di parte ed alla sostituzione del provvedimento espresso con un comportamento inerte (il silenzio-assenso, appunto) della pubblica amministrazione ad esso equiparato *quoad effectum*.

Ma v'è di più. Alla legge n. 241/1990 – la quale, è doveroso ricordare, è stata oggetto di numerose modifiche che, pur avendone notevolmente complicato il contenuto (Napolitano, 2014), sono state tutte indirizzate a semplificare l'azione amministrativa – hanno fatto seguito ulteriori interventi normativi di natura anche 'settoriale'.

Tra i più significativi, è possibile in questa sede richiamare: a) la legge n. 537/1993, il cui art. 2, comma 9 ha delegato il Governo all'emanazione di regolamenti ispirati ai principi e criteri direttivi di «a) semplificazione dei procedimenti amministrativi, in modo da ridurre il numero delle fasi procedimen-

tali, il numero delle amministrazioni intervenienti, la previsione di atti di concreto e di intesa; b) riduzione dei termini attualmente prescritti per la conclusione del procedimento; c) regolazione uniforme dei procedimenti dello stesso tipo, che si svolgono presso diverse amministrazioni, ovvero presso diversi uffici della medesima amministrazione, e uniformazione dei relativi tempi di conclusione; d) riduzione del numero dei procedimenti amministrativi e accorpamento dei procedimenti che si riferiscono alla medesima attività; e) semplificazione e accelerazione delle procedure di spesa e contabili»; b) l'art. 20 della legge n. 59/1997, che ha istituito l'obbligo di emanare, entro il 31 maggio di ogni anno, un disegno di legge per la semplificazione e il riassetto normativo (sul punto, v. Mattarella, 2008); c) le varie leggi annuali di semplificazione che si sono succedute nel corso del tempo e i numerosi interventi normativi che, come detto, hanno a più riprese novellato la legge n. 241/1990; d) l'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003, che ha istituito un procedimento semplificato per l'autorizzazione alla costruzione e all'esercizio di impianti produttivi di energia elettrica; e) gli interventi operati dal Governo nel biennio 2011-2012, che con i decreti legge n. 138/2011, 'Salva-Italia' (d.l. n. 201/2011), 'Cresci Italia' (d.l. n. 1/2012) e 'Semplifica Italia' (d.l. n. 5/2012) ha codificato, sia pur avvalendosi una tecnica normativa alquanto singolare, poiché basata su mere affermazioni di principio e che hanno prodotto scarse ricadute sul piano operativo (Gruner, 2012; Longobardi, 2013; Negrelli, 2013), la regola per cui l'esercizio dell'attività economica è improntata alla libertà di accesso e può essere limitata con l'introduzione di previ atti di assenso o di autorizzazione o di controllo, nei soli casi in cui ciò sia giustificato da esigenze imperative di interesse generale; f) il D.L. n. 90/2014, con il quale sono stati tra l'altro adottati «interventi urgenti di semplificazione» di natura programmatica (art. 24), concernenti singoli procedimenti (artt. 25-27), relativi alla razionalizzazione delle norme sulla trasparenza delle pubbliche amministrazioni (art. 24 *bis*), recanti modifiche al codice dell'amministrazione digitale (artt. 24 *ter*-24 *quinqüies*).

Nella stessa prospettiva, si è inoltre diretta la legge n. 124/2015, il cui Capo I è destinato a delegare il Governo ad intervenire con *Semplificazioni amministrative* in materia di conferenza di servizi, silenzio-assenso e S.C.I.A.

La breve disamina delle disposizioni di legge che hanno investito la disciplina dell'azione amministrativa nel corso dell'ultimo ventennio pare dunque confermare quanto osservato in premessa. Ovvero che la 'semplificazione amministrativa' ha assunto il ruolo di 'principio generale': a) che informa l'intera attività delle pubbliche amministrazioni; b) che, ove effettivamente applicato, è idoneo ad assicurare a tutti i 'cittadini' l'effettivo ed uniforme esercizio del «diritto ad una buona amministrazione»; c) e che, seppur non espressamente qualificata come tale, può essere configurata sia come interesse protetto *sub specie* di 'di-

ritto di cittadinanza' (si pensi, ad esempio, alle norme della legge n. 241/1990 in materia di termine di conclusione del procedimento, di silenzio assenso, di conferenza di servizi; oppure alle leggi speciali che disciplinano i c.d. procedimenti di Autorizzazione Unica. In tutti questi casi, infatti, l'ordinamento attribuisce al privato un 'diritto' ad ottenere una specifica 'prestazione' da parte delle pubbliche amministrazioni); sia come 'strumento' utile ad assicurare il godimento di specifici diritti che l'ordinamento attribuisce ai cittadini (tipico, è il caso della S.C.I.A., con la quale è stato riconosciuto il diritto del privato di dare immediato inizio alla propria attività, fermo restando l'esercizio dei poteri inibitori da parte della pubblica amministrazione).

In tal senso, peraltro, si è altresì espressa la giurisprudenza costituzionale, che ha assegnato alla 'semplificazione amministrativa' tale duplice natura, affermando che la medesima costituisce sia «una prestazione specifica», sia una misura «finalizzata ad agevolare l'iniziativa economica (art. 41, primo comma, Cost.)»³.

4. Le politiche di 'semplificazione amministrativa' adottate nell'ordinamento europeo

La 'semplificazione amministrativa' rappresenta una costante anche dell'ordinamento europeo. In particolare, in ambito sovranazionale le politiche di 'semplificazione' hanno caratterizzato l'intero settore del diritto della regolazione economica. Con il ricorso alle misure di 'semplificazione amministrativa', infatti, il legislatore europeo ha mirato ad assicurare l'esercizio della libertà di iniziativa economica rispetto ai potenziali profili di conflitto con i pubblici poteri (Lazzara, 2012).

Il *favor* espresso dalle istituzioni comunitarie verso la 'semplificazione' trova solide basi normative. In proposito, vengono in rilievo, oltre al già menzionato art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, le disposizioni del Trattato sulle quattro libertà fondamentali, che ne promuovono l'esercizio vietando agli Stati membri di introdurre misure restrittive, tra le quali possono essere ricomprese le procedure di controllo preventivo all'intrapresa o all'esercizio delle attività economiche, laddove non giustificate da «esigenze imperative di interesse generale».

In ambito europeo, infatti, le procedure di autorizzazione e, più in generale, i meccanismi che presuppongono il rilascio di un titolo abilitativo per l'esercizio di una determinata attività, ove non effettivamente giustificati da specifici motivi di interesse pubblico, sono considerati in linea di principio illegittimi ed in contrasto con i principi del Trattato.

Nella consapevolezza di ciò, Parlamento, Consiglio e Commissione – supportati dal ruolo attivo rivestito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia –

hanno avviato una politica di ‘semplificazione’, la quale è stata attuata mediante misure ‘generali’ e ‘settoriali’ che hanno impattato notevolmente sull’assetto giuridico ed economico degli Stati membri.

Innumerevoli sono gli esempi che potrebbero essere proposti a questo riguardo. Tra le misure più significative riteniamo utile portare ad esempio quelle introdotte con: a) la Direttiva n. 2006/123/CE, finalizzata a creare un «quadro giuridico generale» (Considerando 7) utile ad assicurare la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi tra gli Stati membri, «mediante la limitazione dell’obbligo di autorizzazione preliminare ai casi in cui essa è indispensabile e l’introduzione del principio della tacita autorizzazione da parte delle autorità competenti allo scadere di un determinato termine» (Considerando 43); b) la Direttiva n. 2001/77/CE, sulla promozione dell’energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell’elettricità; c) la Direttiva n. 96/67/CE, relativa all’accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità; d) la Direttiva n. 97/67/CE, successivamente modificata dalla Direttiva n. 2008/6/CE, recanti regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari; e) le Direttive n. 2002/20/CE (c.d. Direttiva Autorizzazioni), n. 2002/21/CE (c.d. Direttiva Quadro) e n. 2002/77/CE (c.d. Direttiva Concorrenza), in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica; f) la Direttiva n. 2009/12/UE, concernente la disciplina dei diritti aeroportuali.

In ognuno di tali interventi, infatti, la ‘semplificazione amministrativa’ è stata concepita quale ‘strumento’ utile a promuovere processi di liberalizzazione delle attività economiche, mediante la soppressione dei regimi di autorizzazione, delle procedure e delle formalità ritenute eccessivamente onerose e tali da ostacolare la libertà di stabilimento.

Ed infatti, con la Direttiva 2006/123/CE è stato previsto: a) che l’accesso ad una attività di servizio (per tale intendendosi «qualsiasi attività economica non salariata di cui all’articolo 50 del trattato fornita normalmente dietro retribuzione» – art. 4 § 1 n. 1 Direttiva) può essere sottoposto all’obbligo di ottenere il preventivo rilascio di una autorizzazione in casi eccezionali e solamente a condizione che tale regime sia giustificato da un motivo imperativo di interesse generale, il quale, come precisato in più occasioni dalla giurisprudenza, non può risolversi in considerazioni di ordine economico o di carattere meramente amministrativo (art. 9); b) che gli Stati membri devono assegnare le autorizzazioni amministrative all’esito di procedure di evidenza pubblica, solo «qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili» (art. 12); c) l’obbligo per gli Stati membri di istituire procedure e formalità per il rilascio delle autorizzazioni amministrative: chiare e trasparenti; tali da garan-

tire ai richiedenti che la loro domanda sarà trattata con obiettività, imparzialità trasparenza, con la massima sollecitudine e, in ogni modo, entro un termine di risposta ragionevole prestabilito e reso pubblico preventivamente; facilmente accessibili e poco onerose; d) che qualora la pubblica amministrazione non provveda entro il termine stabilito, l'autorizzazione (ove prevista) si considera rilasciata, salvo che non sia istituito un regime diverso, da giustificare con un motivo imperativo di interesse generale, incluso un interesse legittimo di terzi.

Allo stesso modo, le Direttive nn. 2002/20/CE (c.d. Direttiva Autorizzazioni) – 2002/21/CE (c.d. Direttiva Quadro) – 2002/77/CE (c.d. Direttiva Concorrenza), hanno disposto che «la fornitura di reti di comunicazione elettronica o di servizi di comunicazione elettronica», di regola, è «assoggettata soltanto ad un'autorizzazione generale», la quale può essere ottenuta dalla impresa interessata previo obbligo di notifica secondo il meccanismo del silenzio-assenso (art. 3 della Direttiva Autorizzazioni); e che gli Stati membri facilitano l'uso delle frequenze nel quadro di autorizzazioni generali e possono concedere, con provvedimento espresso, diritti individuali di uso solo in casi del tutto eccezionali e, in particolare, allorquando ciò si renda necessario per evitare interferenze dannose, per assicurare la qualità tecnica del servizio, per assicurare un utilizzo efficiente dello spettro, oppure per conseguire altri obiettivi di interesse generale definiti dagli Stati membri conformemente alla normativa comunitaria (artt. 5 e 7 della Direttiva Autorizzazioni).

Nella medesima prospettiva, la Direttiva n. 96/67/CE ha istituito il principio del libero accesso al mercato della prestazione di servizi di *handling* aeroportuale, autorizzando gli Stati membri a derogare a tale regola nel solo caso in cui, per vincoli specifici di spazio o di capacità disponibile, specialmente in funzione della congestione e del coefficiente di utilizzazione delle superfici, risulti impossibile un'apertura del mercato e/o l'effettuazione dell'autoassistenza ai livelli previsti dalla presente direttiva (artt. 3 e 6 Direttiva).

La Direttiva n. 97/67/CE ha a sua volta previsto che per i servizi postali che esulano dall'ambito di applicazione del servizio universale gli Stati membri possano introdurre «autorizzazioni generali» nella misura necessaria per garantire la conformità alle esigenze essenziali, purché non limitate in numero o recanti condizioni tecniche o operative diverse da quelle necessarie per adempiere gli obblighi prescritti dalla disciplina europea.

Inoltre, la Direttiva n. 2009/12/UE ha introdotto due distinti regimi di determinazione dei diritti aeroportuali applicati dai gestori sui rispettivi scali: un primo, 'semplificato', nell'ambito del quale l'ammontare è determinato di comune intesa tra gestore aeroportuale e soggetti interessati, fatto salvo il diritto per ciascuna delle due parti di rivolgersi, in caso di disaccordo, ad una autorità di vigilanza indipendente titolare del potere di esaminare le motivazioni che

corredano la proposta di modifica del sistema o dell'ammontare dei diritti aeroportuali e di decidere nel merito; un secondo, consistente in una procedura nell'ambito della quale l'ammontare dei diritti aeroportuali possa essere determinato o approvato, in via amministrativa, con provvedimento espresso da una autorità di vigilanza indipendente.

La disamina delle disposizioni cui si è appena fatto riferimento, tutte recepite in maniera pressoché pedissequa nell'ordinamento interno, assume un indubbio rilievo, perché conferma che, anche in ambito europeo, la 'semplificazione' si pone al vertice della regolazione dei rapporti in cui i cittadini entrano in contatto con i pubblici poteri, atteggiandosi, di volta in volta: a) come diritto 'strumentale' ad una prestazione amministrativa (si pensi ad esempio, al regime dell'autorizzazione generale istituito nella disciplina sui servizi di comunicazione elettronica); b) come 'strumento' utile all'esercizio delle situazioni giuridiche soggettive che preesistono alla tutela che la pubblica amministrazione può ad esse offrire (il tipico esempio è costituito dalle disposizioni della Direttiva 2006/123/CE che hanno superato il sistema dell'obbligo di ottenere un preventivo rilascio di una autorizzazione all'esercizio delle attività economiche).

5. *Considerazioni conclusive*

L'indagine appena condotta ha consentito di mettere in luce il ruolo sempre più centrale assunto dalla 'semplificazione amministrativa' e la stretta relazione tra quest'ultima e i diritti caratterizzanti la 'cittadinanza amministrativa'.

È stato dimostrato, infatti, come la 'semplificazione' possa essere concepita sia quale autonomo 'diritto di cittadinanza', sia quale 'strumento' utile ad assicurare il godimento dei diritti (*rectius*, degli interessi) di cui dispongono i cittadini nell'ordinamento interno e nell'Unione.

Nell'uno come nell'altro caso, la 'semplificazione' si esprime in misure idonee ad incidere profondamente sull'equilibrio delle situazioni giuridiche soggettive (Lazzara, 2011), sul modo di concepire il pubblico potere e sui rapporti tra privati e pubblica amministrazione.

La connessione tra 'semplificazione' e 'cittadinanza' accresce, infatti, la rilevanza degli interessi strumentali e sostanziali di cui dispongono i privati nei confronti della pubblica amministrazione.

Avvalendosi delle misure di 'semplificazione', infatti, essi si rapportano con i soggetti pubblici presentandosi, in taluni casi, come titolari di diritti ad una prestazione specifica; in altri, come titolari di situazioni soggettive il cui esercizio prescinde da un intervento unilaterale della pubblica autorità.

La prima ipotesi si configura allorché la 'semplificazione' investe la disciplina dell'azione amministrativa, con specifico riferimento al piano funziona-

le e procedimentale; la seconda, invece, quando la 'semplificazione' è utilizzata per attuare misure di 'liberalizzazione' secondo lo schema 'norma-fatto-effetto'.

Grazie alla 'semplificazione', pertanto, il potere amministrativo 'arretra' in favore degli interessi dei 'cittadini', i quali vengono protetti dall'ordinamento a tal punto da assumere la natura di veri e propri 'diritti', il cui esercizio è garantito con meccanismi di legittimazione *ex lege* che operano, non solo nel procedimento amministrativo, ma anche (e soprattutto) al di fuori di questo.

Note

- ¹ Cons. St., sez. VI, 23 luglio 2015, n. 3652.
- ² Cons. St., sez. VI, 10 aprile 2014, n. 1718.
- ³ Corte cost., 20 luglio 2012, n. 203; Id., 9 maggio 2014, n. 121.

Riferimenti bibliografici

- Arena G. 2005, *Il principio di sussidiarietà nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Jovene, Napoli: 179 sgg.
- Bartolini A. 2005, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Giappichelli, Torino: 1 sgg.
- 2012, *Semplificazioni in materia di autorizzazioni per l'esercizio delle attività economiche*, in *Urb. App.*, 6: 623 sgg.
- Basilica F., Barazzoni F. 2014, *Diritto amministrativo e politiche di semplificazione*, Maggioli, Bologna: 1 sgg.
- Battini S. 2014, *Una nuova stagione di riforme amministrative*, in *Giorn. dir. amm.*, 11: 17 sgg.
- Bombardelli M. 1999, *La semplificazione della documentazione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 1: 301 sgg.
- Cassese S. 1998, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3: 699 sgg.
- 2009, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in <<http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/05/Diritto-alla-buona-amministrazione-barcellona-27-marzo.pdf>>: 1 sgg.
- Cavallo Perin R. 2004, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1: 204 sgg.
- Cerulli Irelli V., Luciani F. 2000, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 3-4: 617 sgg.
- Corso C. 2006, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. Cassese (a cura di) *Diz. Dir. pubbl.*, Milano, IV: 3492 sgg.
- Dinelli F. 2011, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Jovene, Napoli: 1 sgg.
- Figorilli F. 2004, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, Torino: 210 sgg.
- Fracchia F. 1996, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Jovene, Napoli: 1 sgg.
- Gnes M. 2014, *La decertificazione*, Maggioli, Bologna: 1 sgg.
- Gruner G. 2012, *Liberalizzazioni e autonomie locali*, in <<http://www.giustamm.it>>: 1 sgg.
- Lazzara P. 2011, *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, in *Dir. amm.*, 4: 679 sgg.
- 2012, *Il principio di semplificazione del procedimento*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano: 533 sgg.
- Longobardi N. 2013, *Liberalizzazioni e attività di impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4: 603 sgg.

- Manganaro F. 2000, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Jovene, Napoli: 1 sgg.
- Mattarella B.G. 2008, *La legge di semplificazione e la qualità della regolazione*, in G. Sciullo (a cura di), *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione: una nuova stagione*, BUP, Bologna: 21 sgg.
- 2011, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, il Mulino, Bologna: 1 sgg.
- Napolitano G. 2014a, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. Amm.*, 4: 1 sgg.
- 2014b, *La logica del diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna.
- 2015, *Liberalizzazione e buona amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 3: 293 sgg.
- Negrelli A. 2013, *Economia di mercato e liberalizzazioni: le (principali) ricadute sul sistema amministrativo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4: 679 sgg.
- Sciullo G. 2009, *La semplificazione dell'organizzazione*, in *Dir. amm.*, 2: 413 sgg.
- Scoca F.G. 1998, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, II, Giuffrè, Milano: 75 sgg.
- Spina G. 2013, *La semplificazione amministrativa come principio dell'essere e dell'agire dell'amministrazione*, Jovene, Napoli: 1 sgg.
- Torchia L. 1998, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2: 385 sgg.
- Travi A. 1998, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3: 645 sgg.
- Vesperini G. 2006, *Semplificazione amministrativa*, in S. Cassese (a cura di), *Diz. Dir. pubbl.*, VI: 5479 sgg.
- 2014a, *L'indennizzo da ritardo: l'ennesima promessa mancata*, in *Giorn. dir. amm.*, 4: 445 sgg.
- 2014b, *La semplificazione, politica comune*, in *Giorn. dir. amm.*, 11: 1019 sgg.

L'ACQUISTO DELLO *STATUS CIVITATIS* NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA: NATURA DELLA FATTISPECIE PROVVEDIMENTALE E DELLE CORRELATE POSIZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE

Daniele Porena

SOMMARIO – 1 Brevi cenni introduttivi all'impianto generale della legislazione italiana. 2 Fattispecie di acquisto della cittadinanza italiana da parte del cittadino straniero. Natura del provvedimento amministrativo, posizioni giuridiche soggettive e casistica giurisprudenziale. 2.1 L'attribuzione della cittadinanza per status familiare acquisito. 2.2 Ulteriori fattispecie di attribuzione della cittadinanza per naturalizzazione dello straniero. 2.3 L'attribuzione della cittadinanza per beneficio di legge.

1. Brevi cenni introduttivi all'impianto generale della legislazione italiana

Come noto, la struttura dell'impianto normativo della legislazione italiana in materia di cittadinanza rimane incentrata, a tutt'oggi, sul criterio di acquisto della stessa in base alla trasmissione *iure sanguinis* (Bariatti, 1996: 15).

Il criterio predetto trova enunciazione già al primo art. della legge 5 febbraio 1992, n. 91 secondo cui cittadino «per nascita» è colui il quale sia «figlio di padre o di madre cittadini».

Invero, tale criterio trova ampia diffusione anche presso gli ordinamenti di Stati stranieri dove, in buona parte dei casi, si trova variamente misurato e bilanciato con il criterio di acquisto della cittadinanza *iure soli* (Clerici, 1993: 309).

Il nostro ordinamento, storicamente come nella legislazione vigente è dunque, come detto, apertamente orientato in favore del criterio di acquisto della cittadinanza *iure sanguinis* (Bonetti, 2003: 25). La nascita sul suolo della Repubblica identifica infatti criterio meramente residuale, cui sono affidate le sorti di chi «è nato nel territorio della Repubblica se entrambi i genitori sono ignoti o apolidi, ovvero se figlio che non segue la cittadinanza dei genitori secondo la legge dello Stato al quale questi appartengono»¹ o, ancora, del «figlio di ignoti trovato nel territorio della Repubblica, se non venga provato il possesso di altra cittadinanza»². Di tipo 'elettivo', nel senso che più avanti si avrà modo di precisare, sembra poi il criterio che consente allo «straniero nato in Italia, che vi abbia risieduto legalmente senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età» di divenire «cittadino se dichiara di voler acquistare la cittadinanza italiana entro un anno dalla suddetta data»³.

Ancora, l'acquisto della cittadinanza per effetto di un legame non parentale e di sangue, ma per effetto di un legame con il territorio, torna in seguito per ca-

ratterizzare una delle ipotesi di naturalizzazione. Si tratta dell'acquisto della cittadinanza da parte dello «straniero che risiede legalmente da almeno dieci anni nel territorio della Repubblica» disciplinato dall'art. 9, comma 1, lett. f), della legge n. 91/1992.

Il compito delle pagine che seguiranno sarà quello di offrire una sistemazione delle principali fattispecie di acquisto della cittadinanza italiana differenti da quella di 'pieno diritto' rappresentata dall'acquisto della cittadinanza *iure sanguinis*.

2. Fattispecie di acquisto della cittadinanza italiana da parte del cittadino straniero. Natura del provvedimento amministrativo, posizioni giuridiche soggettive e casistica giurisprudenziale

2.1 L'attribuzione della cittadinanza per status familiare acquisito

Nell'ampio 'paniere' dei casi di acquisto della cittadinanza attribuita per status familiare acquisito rifluiscono le fattispecie relative all'adozione del minore straniero da parte di cittadino italiano, all'adozione del maggiorenne ed all'acquisto della cittadinanza per matrimonio.

L'esame congiunto delle fattispecie di acquisto della cittadinanza da parte dell'adottato minore ovvero maggiorenne consentirà di coglierne più immediatamente i principali tratti distintivi.

La posizione giuridica vantata dal minore straniero adottato da cittadino italiano sembra essere ricostruita – seguendo il percorso delineato dall'art. 3, comma 1, legge n. 91/1992 – lungo i termini di un vero e proprio automatismo. Dispone infatti la norma citata che «il minore straniero adottato da cittadino italiano acquista la cittadinanza».

Si tratterebbe in altre parole di un diritto soggettivo immediatamente riconosciuto al soggetto per il fatto stesso dell'avvenuta adozione da parte del cittadino italiano.

Tale impostazione sembra confermata dal differente trattamento riconosciuto allo straniero maggiorenne adottato da cittadino italiano. A mente di quanto previsto dall'art. 9, legge n. 91/1992, «allo straniero maggiorenne adottato da cittadino italiano che risiede legalmente nel territorio della Repubblica da almeno cinque anni successivamente alla adozione», la cittadinanza italiana può essere concessa con decreto del Presidente della Repubblica, sentito il Consiglio di Stato, su proposta del Ministro dell'interno.

È evidente la diversa posizione in cui il secondo soggetto viene a trovarsi rispetto al primo.

Il minore straniero adottato da cittadino italiano acquista la cittadinanza. Allo straniero maggiorenne quest'ultima, invece, può essere concessa. Peraltro,

a mente di quanto previsto dal successivo art. 10, il decreto di concessione della cittadinanza non ha effetto se la persona a cui si riferisce non presta, entro sei mesi dalla notifica del decreto medesimo, giuramento di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione e delle leggi dello Stato.

Sembra dunque chiara la diversa portata delle posizioni giuridiche riconosciute alle due diverse categorie prese in esame. Da un lato, il ricorso alla figura concessoria, ed il riconoscimento di un corrispondente margine di discrezionalità ai poteri pubblici (la cittadinanza può essere concessa), sembra identificare, al di là di ogni possibile equivoco, una posizione sostanziale di interesse legittimo. Per altro verso, la lapidaria formulazione dell'art. 3, primo comma, nel delineare un secco automatismo nell'acquisto della cittadinanza, descrive al contrario i caratteri del diritto soggettivo (Cuniberti, 1997: 471).

Prima di verificare l'esatto margine di discrezionalità che si associa all'ipotesi di acquisto della cittadinanza da parte dello straniero maggiorenne adottato, sembra utile articolare qualche riflessione circa le ragioni che si ritiene possano aver indotto il legislatore ad un tale differente trattamento.

L'idea di un acquisto non automatico della cittadinanza da parte dell'adottato maggiorenne sembra confermare, in primo luogo, il superamento del principio di unicità della cittadinanza all'interno del nucleo familiare. Per altro verso, tale elemento introduce tuttavia anche ulteriori e più profonde implicazioni.

L'idea che la cittadinanza non costituisca o, quantomeno, non debba costituire il semplice portato di una 'opzione di tipo amministrativo' ma debba, al contrario, fondarsi su un criterio di più profonda integrazione reciproca nelle relazioni inter-individuali in seno alla consociazione, pare trovare qualche spunto anche nelle norme in esame. Differenziare la posizione soggettiva dello straniero adottato, rispetto all'acquisto della cittadinanza, a seconda che esso sia minorenni o maggiorenne, sembra di fatti riflettere l'idea secondo cui la complessiva legislazione in materia di cittadinanza debba essere essenzialmente declinata secondo una serie variegata di 'indicatori' di integrazione effettiva o, quantomeno potenziale, del soggetto. In questa chiave sembra più coerente e comprensibile sottoporre lo straniero adottato maggiorenne ad una sorta di 'verifica'. Ciò in quanto quest'ultimo, per ragioni anagrafiche e di vissuto personale, si presume aver già sviluppato, a partire dalle proprie origini, non solo una propria autonoma personalità ma anche una propria 'cultura di cittadinanza'. Egli è chiamato, in altri termini, a 'filtrare', su un piano culturale, la propria cittadinanza d'origine: la sua posizione non sembra dunque dissimile rispetto a tutti gli altri casi di naturalizzazione.

La condizione del minore adottato sembra porre, al contrario, sostanziali differenze. Opposte ragioni anagrafiche lasciano presumere in questo caso che la cittadinanza italiana non finisca per 'sovrapporsi', per 'aggiungersi' ad una cit-

tadinanza già maturata dal soggetto: l'età anagrafica costituirebbe in altre parole l'indicatore di un più immediato e naturale assorbimento dell'individuo nelle dinamiche culturali, sociali e politiche della società adottante, rendendone la posizione non dissimile da quella di colui il quale acquista la cittadinanza per il fatto naturale della nascita da cittadini italiani. Anche da quanto osservato sembra dunque discendere l'analogo trattamento normativo accordato alla posizione del minore adottato rispetto a quello riservato al nato da cittadini italiani: non si tratta infatti di un caso di cittadinanza 'elettiva', pure anch'essa caratterizzata dall'assenza di margini discrezionali in capo ai poteri pubblici, ma di vera e propria cittadinanza 'automatica', acquisita in forza di una posizione di pieno diritto immediatamente riconosciuto al soggetto. D'altronde la perentorietà con la quale ambedue le disposizioni si esprimono, la prima nel senso secondo cui «è cittadino per nascita il figlio di padre o di madre cittadini» e la seconda, in forza della quale «il minore adottato acquista la cittadinanza italiana», non lascia spazio, anche nella seconda ipotesi, alla necessità che la cittadinanza debba costituire oggetto di specifica richiesta: essa si configura come effetto automatico, *ope legis*, derivante dal fatto della nascita o dell'adozione.

Diversamente, e comprensibilmente, avviene laddove l'amministrazione dello Stato conservi invece uno spazio valutativo rispetto alla possibilità di concedere la cittadinanza.

Oltre a quanto già osservato, la diversa ricostruzione dei meccanismi di accesso alla cittadinanza nelle ipotesi di straniero minorenni o maggiorenne trova ulteriori elementi di ragionevolezza da un lato nell'esigenza di preservare la volontà dell'adottato e, dall'altro, in quella di introdurre meccanismi cautelativi rispetto alle ipotesi di adozione fittizia, e cioè preordinata al solo fine di acquisire la cittadinanza.

Invero, le ragioni che sembrano aver giustificato sul piano normativo un tale diverso trattamento delle due fattispecie emergono anche da un'ampia serie di arresti della giurisprudenza amministrativa. Tra queste, val la pena ricordare quanto affermato dal TAR Sicilia⁴ secondo cui la discrezionalità di cui gode la pubblica amministrazione nell'atto di concessione della cittadinanza è preordinata a valutare «l'esistenza di un'avvenuta integrazione dello straniero in Italia, tale da poterne affermare la compiuta appartenenza alla comunità nazionale». Ancora, nella stessa direzione sembra orientato anche il TAR Lazio⁵ secondo cui l'inserimento dello straniero nella comunità nazionale (atto tradizionalmente rientrante, secondo l'uniforme interpretazione della dottrina, tra quelli di 'alta amministrazione', cui consegue un altissimo grado di discrezionalità in capo all'amministrazione) è legittimo allorquando l'amministrazione ritenga che quest'ultimo possieda ogni requisito atto ad inserirsi in modo duraturo nella comunità, mediante un giudizio prognostico che esclu-

da che il richiedente possa successivamente creare inconvenienti o, addirittura, commettere fatti di rilievo penale.

Sul piano della legittimità costituzionale della opzione normativa esaminata è, infine, eloquente quanto è stato affermato dalla Corte costituzionale⁶ secondo cui «la previsione – innovativa rispetto alla precedente disciplina, che non conteneva alcun beneficio per l'adottato maggiorenne – del termine quinquennale, invece di quello decennale stabilito per le altre fattispecie di naturalizzazione, costituisce una ragionevole e giustificata cautela del legislatore per evitare l'insorgenza di adozioni fittizie, con la conseguenza che la possibilità – per effetto delle disposizioni della legge nazionale d'origine – che alcuni adottati si trovino temporaneamente senza alcuna cittadinanza, appare giustificata in relazione agli interessi da comparare, tanto più che il riconoscimento amministrativo o giudiziale *medio tempore* dello stato di apolide [...] attribuisce agli interessati la possibilità di ottenere un titolo di viaggio per l'estero e di essere iscritti nel registro dell'anagrafe del Comune di residenza e di essere titolari di tutti gli altri diritti connessi allo stato di apolide, in Italia sostanzialmente equiparato al cittadino».

Volgendo ora l'attenzione alla fattispecie di acquisto della cittadinanza *per matrimonio*, è possibile osservare come la disciplina normativa contenuta nella legislazione vigente aggiorni, sotto vari profili, i contenuti delle disposizioni già sancite nella legge del 1912. Basti in proposito solo un cenno all'art. 10 della legge previgente, secondo cui «la donna maritata non può assumere una cittadinanza diversa da quella del marito anche se esiste separazione personale».

L'impronta della norma rifletteva una concezione dommatica dell'unità patriarcale della famiglia (Quadri, 1957: 327), ricostruendo le posizioni giuridiche afferenti all'acquisto della cittadinanza da parte della moglie addirittura, appunto, in termini di doverosità. Tale concezione si rifletteva poi nella definizione di un meccanismo di acquisto della cittadinanza *ope legis*.

La disciplina da ultimo richiamata – già oggetto nel quadro del previgente impianto normativo di altalenanti interventi della giurisprudenza costituzionale come anche di progressivi interventi legislativi volti via via ad adeguarne i contenuti – ha trovato organica rivisitazione nella legge n. 91/1992. A mente di quanto disposto dall'originario art. 5 della predetta legge «il coniuge, straniero o apolide, di cittadino italiano acquista la cittadinanza italiana quando risiede legalmente da almeno sei mesi nel territorio della Repubblica, ovvero dopo tre anni, se non vi è stato scioglimento, annullamento o cessazione degli effetti civili e se non sussiste separazione legale».

Attraverso le disposizioni introdotte con la legislazione del 1992, è stato dunque definitivamente superato ogni riferimento alla sussistenza di condizioni differenziate in capo ai coniugi.

Ad una prima lettura, la norma sembrava peraltro aver voluto conservare il principio dell'automatismo *ope legis*: il coniuge acquista la cittadinanza italiana, non la riceve cioè per 'concessione discrezionale' della pubblica amministrazione. Il successivo art. 6 introduce tuttavia una serie di ipotesi preclusive rispetto all'acquisto della cittadinanza per matrimonio.

Da un lato, figurano le ipotesi di condanna, inflitta al coniuge straniero, per determinate categorie di delitti. In tal caso la preclusione non apre alcuno spazio valutativo discrezionale in capo alla pubblica amministrazione: la sentenza di condanna esclude in tal caso, e salvo riabilitazione, l'attribuzione della cittadinanza, mentre il semplice avvio dell'azione penale, con riferimento alle medesime fattispecie criminose, sospende l'acquisto della stessa.

Dall'altro lato, l'ipotesi preclusiva di cui alla lett. c), comma 1, art. 6, legge n. 91/1992, incentrata sulla sussistenza di comprovati motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica, lascia invece un certo spazio, benché non così esteso, alle valutazioni discrezionali della pubblica amministrazione.

D'altronde, che l'acquisto della cittadinanza in tali casi non configuri un automatico effetto *ope legis*, risulta peraltro confermato da quanto disposto dal successivo art. 7, secondo cui, nelle ipotesi di cui all'art. 5, la cittadinanza si acquista comunque su istanza dell'interessato e con decreto del Ministro dell'Interno.

Come per lo più noto, gli ampi spazi lasciati aperti dalla normativa richiamata hanno prodotto, nel corso degli anni ed in corrispondenza delle crescenti pressioni migratorie, un aumento esponenziale dei matrimoni 'di comodo', contratti al solo fine di estendere al coniuge fittizio i benefici correlati allo *status* di cittadino italiano.

Tale fenomeno ha suggerito la necessità di un intervento normativo in chiave restrittiva sulle disposizioni esaminate. Ed è così che, di recente, con la legge n. 94/2009, sono state apportate significative modificazioni a quanto in origine disposto dalla legge n. 91/1992.

A mente di quanto previsto all'art. 1, comma 11, della legge da ultimo citata, il coniuge, straniero o apolide, di cittadino italiano può acquistare la cittadinanza italiana quando, dopo il matrimonio, risiede legalmente da almeno due anni nel territorio della Repubblica, oppure dopo tre anni dalla data del matrimonio se residente all'estero, qualora, al momento dell'adozione del decreto di cui all'art. 7, comma 1, non sia intervenuto lo scioglimento, l'annullamento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio e non sussista la separazione personale dei coniugi. Prevede inoltre la novellata disposizione che i termini predetti siano ridotti della metà in presenza di figli nati o adottati dai coniugi. La revisione di recente apportata, oltre a richiedere la presenza di più robusti requisiti temporali, offre ulteriori elementi di novità sui quali è bene intrattenersi brevemente.

Da un lato l'espressione utilizzata dal legislatore in ordine all'attribuzione della cittadinanza non sembra più foriera di equivoci: il coniuge straniero non «acquista» più la cittadinanza ma, solo, «può acquistare la cittadinanza». L'accorgimento richiamato sottolinea l'intenzione del legislatore di ricostruire la posizione vantata dal soggetto istante nei termini dell'*interesse legittimo* discrezionalmente valutabile, e non di diritto soggettivo immediatamente operante *ex lege*.

Inoltre, la nuova normativa muove nella direzione di rafforzare la necessità di un legame effettivo alla base del vincolo matrimoniale: e ciò, in particolare, laddove è richiesta la permanenza del vincolo coniugale «al momento dell'adozione del decreto» ministeriale con il quale la cittadinanza viene concessa.

In ogni caso, e conclusivamente sul punto, il margine di discrezionalità di cui l'Amministrazione gode nell'esame delle istanze prodotte nel quadro della fattispecie descritta risulta, senz'altro, piuttosto ristretto.

Benché «il carattere discrezionale non viene meno neanche nel caso contemplato dall'art. 9, lett. b), essendo anche in esso presente l'indicazione "può" sintomatica di esercizio di un potere nel quale l'amministrazione effettua valutazioni di opportunità»⁷ l'ampiezza di tale margine valutativo sembra, come detto, del tutto esiguo.

È di conforto al rilievo operato quanto di recente affermato anche dal TAR Lazio⁸.

L'arresto richiamato ricorda infatti come la concessione della cittadinanza per matrimonio, disciplinata dall'art. 5 della legge n. 91 del 1992, attiene ad una situazione giuridica soggettiva avente la consistenza di diritto soggettivo. In tale ambito, l'unica causa preclusiva alla concessione della cittadinanza, che risulta essere demandata alla valutazione discrezionale della competente amministrazione, è quella di cui all'art. 6, comma 1, lett. c), della legge n. 91 del 1992, ossia la sussistenza, nel caso specifico, di «comprovati motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica». Soltanto in tale evenienza, la citata situazione di diritto soggettivo risulterebbe affievolita in interesse legittimo, con conseguente radicamento della giurisdizione in capo al giudice amministrativo⁹.

Tutte le altre cause preclusive, invece, non richiedendo alcuna valutazione discrezionale da parte dell'amministrazione, determinano dunque il mantenimento della giurisdizione in capo al giudice ordinario¹⁰.

2.2 *Ulteriori fattispecie di attribuzione della cittadinanza per naturalizzazione dello straniero*

Tratti i brevi cenni che precedono in ordine alle principali ipotesi di naturalizzazione per effetto di *status* familiari acquisiti, è bene ora spendere alcune riflessioni con riguardo alle problematiche relative alle principali ulteriori ipotesi di naturalizzazione.

Le fattispecie sulle quali ci si vuole soffermare sono essenzialmente rappresentate dai casi elencati nell'art. 9 della legge sulla cittadinanza. Si farà a meno di indugiare nuovamente sulla ipotesi di cui alla lett. b), comma 1, relativa all'acquisto della cittadinanza da parte dello straniero maggiorenne adottato da cittadino italiano, sulla quale qualche breve cenno è già stato illustrato.

Un primo gruppo di fattispecie è disciplinato alla lett. a), primo comma, art. 9, legge n. 91/1992.

Si tratta dei casi di concessione della cittadinanza allo straniero del quale il padre o la madre, o uno degli ascendenti in linea retta di secondo grado, siano stati cittadini per nascita o, ancora, che sia nato nel territorio della Repubblica e che, in entrambi i casi, vi risieda legalmente da almeno tre anni.

L'ipotesi descritta sostanzialmente riprende lo spirito della previgente disposizione, normata con l'art. 3, legge n. 555/1912. L'intervento normativo si è preoccupato non solo della equiparazione delle linee di ascendenza femminili a quelle maschili, ma anche della riduzione dei termini di residenza richiesti: dagli originari dieci anni richiesti dalla normativa del 1912, si è infatti passati agli attuali tre anni di residenza nel territorio della Repubblica.

Anche la seconda fattispecie, ossia quella del figlio di stranieri nato sul territorio della Repubblica, ha ricevuto analogo trattamento con la riduzione dei termini di residenza da dieci a tre anni.

Altra fattispecie è poi quella dello straniero che abbia prestato servizio, anche all'estero, per almeno cinque anni alle dipendenze dello Stato. La norma, cui specularmente si affianca quella di cui all'art. 12 in materia di perdita di cittadinanza, segna anch'essa una modificazione rispetto alla previgente disciplina. Tuttavia, curiosamente, questa volta l'innovazione muove nel senso opposto, ossia quello di un prolungamento dei termini temporali in origine previsti. L'art. 5, legge n. 555/1912 prevedeva difatti la possibilità di concedere la cittadinanza con decreto, sentito il Consiglio di Stato, allo straniero che avesse prestato servizio, anche all'estero, in favore dello Stato italiano per almeno tre anni.

È ragionevole ritenere che tale opzione legislativa sia nata dalla constatazione circa la progressiva proliferazione dei casi concreti, in passato assai più rari, di servizio prestato all'estero allo Stato italiano da parte di cittadini stranieri.

Un terzo gruppo di ipotesi è poi quello che condiziona la concessione della cittadinanza alla maturazione di determinati requisiti temporali legati a differenziati periodi di residenza.

Si tratta delle ipotesi che l'art. 9 della vigente disciplina elenca alle lettere d), e) ed f).

Le disposizioni ivi enunciate operano una sorta di articolazione "selettiva" dei termini di residenza richiesti per la concessione della cittadinanza, e ciò a seconda delle diverse condizioni del soggetto istante.

Quattro anni di residenza sono sufficienti al cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea per rivolgere istanza di concessione della cittadinanza italiana. Ne occorrono cinque all'apolide, mentre il termine è elevato a dieci anni di residenza legale per lo straniero extracomunitario.

Secondo quanto osservato da una parte della dottrina, la normativa richiamata si mostra non del tutto ragionevole per una molteplicità di aspetti.

In primo luogo, si è detto, la differenziazione delle posizioni tra straniero comunitario e non comunitario non sembra coerente rispetto ad un maggior concreto interesse che il secondo coltiverebbe rispetto all'acquisto della cittadinanza. Il cittadino comunitario, grazie alla titolarità della cittadinanza comunitaria, già disporrebbe infatti di una serie di posizioni tali da rendere in concreto meno appetibile l'acquisto della cittadinanza di un diverso Stato membro. La cittadinanza comunitaria conferisce, ad esempio, il diritto di circolare o soggiornare liberamente nel territorio di tutti gli Stati membri. Ancora, lo stesso esercizio di attività economiche o di taluni diritti politici è già riconosciuto allo straniero comunitario indipendentemente dall'acquisto da parte dello stesso della cittadinanza italiana.

Per quanto detto sarebbe ragionevole ritenere 'secondario' l'interesse dello straniero comunitario all'acquisto della cittadinanza italiana rispetto a quello dello straniero extracomunitario. Tuttavia – e qui la presunta irragionevolezza normativa – il termine di residenza richiesto per la naturalizzazione dello straniero extracomunitario è maggiore rispetto a quello richiesto per l'attribuzione della cittadinanza al cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea. E, per giunta, tale termine risulta raddoppiato nella vigente normativa rispetto alle previsioni contenute nella legislazione del 1912.

Un'indispensabile chiave di lettura rispetto alla ripartizione sistematica delle fattispecie illustrate ruota intorno alla posizione giuridica soggettiva vantata rispetto alle ipotesi di acquisto della cittadinanza.

In questo senso si è osservato che le varie ipotesi di naturalizzazione illustrate sarebbero per lo più accomunate dalla titolarità, in capo al soggetto istante, di una posizione di interesse legittimo.

Ciò che occorre a questo punto indagare è dunque l'esatta estensione del margine discrezionale di cui l'amministrazione dello Stato dispone nell'esercizio delle funzioni correlate alla naturalizzazione dello straniero.

A questo proposito, invero, dalla disciplina normativa non è sempre stato possibile trarre indicazioni di assoluta chiarezza. Per la verità, sembrano addirittura più i casi in cui siano state le stesse disposizioni di legge – caso emblematico quelle sulla naturalizzazione per matrimonio – ad aver determinato sul punto l'insorgenza di equivoci di non lieve entità.

È alla giurisprudenza amministrativa che viceversa va il merito di aver chiarito, negli ultimi anni, quale fosse il margine di esercizio delle scelte discrezionali a disposizione della pubblica amministrazione.

I rilievi sollevati dalla giurisprudenza amministrativa sembrano in più punti confermare parte del ragionamento poc' anzi prospettato.

L'idea che l'acquisizione della cittadinanza debba intervenire laddove esistono condizioni fattuali tali da far ritenere la sostanziale 'integrabilità' dello straniero nella comunità statale emerge con chiarezza, ad esempio, in quanto di recente osservato dal TAR Lazio¹¹ laddove si ricorda che la sintesi dei principi normativi in materia evidenzia come «l'inserimento dello straniero nella comunità nazionale è legittimo allorquando l'Amministrazione ritenga che quest'ultimo possieda ogni requisito atto ad inserirsi in modo duraturo nella comunità, mediante un giudizio prognostico che escluda che il richiedente possa successivamente creare inconvenienti o, addirittura, commettere fatti di rilievo penale».

Con specifico riferimento poi all'estensione del margine di discrezionalità di cui l'amministrazione disporrebbe rispetto al provvedimento di concessione della cittadinanza, la costante giurisprudenza amministrativa ha affermato come – rispetto alle ipotesi di naturalizzazione relative agli stranieri che abbiano maturato un periodo di residenza legale di almeno dieci anni – tale provvedimento sia atto ampiamente discrezionale, in ordine al cui rilascio si possono forse ravvisare aspettative giuridicamente tutelate, ma non certo diritti soggettivi¹².

Ancora, in proposito, significativi sono i rilievi operati dal Consiglio di Stato laddove ha osservato che «l'amministrazione, dopo aver accertato l'esistenza dei presupposti per proporre la domanda di cittadinanza, deve effettuare una valutazione ampiamente discrezionale sulle ragioni che inducono lo straniero a chiedere la nazionalità italiana e delle sue possibilità di rispettare i doveri che derivano dall'appartenenza alla comunità nazionale, ivi compresi quelli di solidarietà economica e sociale»¹³.

In linea con gli approdi già raggiunti, la giurisprudenza amministrativa ha poi osservato che la normativa relativa al rilascio della cittadinanza italiana dispone in ordine a requisiti necessari ed a cause ostative, ma permane in ogni caso in capo all'amministrazione il potere di esercitare valutazioni e scelte ampiamente discrezionali, come tali idonee ad attrarre le relative controversie alla giurisdizione generale di legittimità.

Ancora, la discrezionalità in questione – è stato osservato – non può che tradursi in un apprezzamento di opportunità circa lo stabile inserimento dello straniero nella comunità nazionale: ciò sulla base di un complesso di circostanze, atte a dimostrare l'integrazione del soggetto interessato nel tessuto sociale, sotto il profilo delle condizioni lavorative, economiche, familiari e di irreprensibilità di condotta. I limiti della valutazione in questione non possono pertanto che es-

sere quelli generalmente riconosciuti in tema di esercizio di poteri discrezionali, come tali necessariamente orientati all'effettuazione, nel caso concreto, delle migliori scelte possibili per l'attuazione dell'interesse pubblico¹⁴.

L'ampio margine di discrezionalità richiamato risulterebbe peraltro confermato dall'ulteriore elemento in base al quale la valutazione dell'amministrazione rientrerebbe negli apprezzamenti di merito non sindacabili se non per travisamento dei fatti ed illogicità¹⁵.

Dall'esame della posizione dello straniero maggiorenne adottato, la giurisprudenza amministrativa ha poi avuto modo di osservare come l'inserimento dello straniero nella comunità nazionale configuri atto tradizionalmente rientrante, secondo l'uniforme interpretazione dottrina e giurisprudenziale, tra quelli di 'alta amministrazione' cui consegue, come noto, un altissimo grado di discrezionalità in capo all'amministrazione¹⁶.

Non dissimile sembra peraltro il trattamento riservato alla ipotesi di concessione della cittadinanza allo straniero maggiorenne adottato rispetto al caso dello straniero che vanti il requisito della residenza decennale. Benché parte della dottrina abbia ritenuto che, sul piano pratico, le ragioni ostative rispetto al rilascio del provvedimento si inquadrino, per lo più, in profili attinenti all'ordine pubblico ed alla sicurezza dello Stato, non vi è dubbio, nei casi passati sotto esame, che il potere di scelta vantato dalla pubblica amministrazione sia pieno e del più ampio margine discrezionale.

In particolare, la valutazione della pubblica amministrazione ben potrà estendersi, come in effetti avviene, al riscontro di quei requisiti di tipo reddituale che assicurino l'inserimento del nuovo cittadino nella collettività nazionale con piena acquisizione dei diritti e dei doveri che competono ai suoi membri tra i quali, come noto, quelli connessi all'obbligo di concorrere alla realizzazione delle finalità che lo Stato persegue.

In questo senso è utile ricordare quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa¹⁷, secondo la quale «anche se non previsto da nessuna norma di legge, nell'ambito della valutazione discrezionale che presso il Ministero dell'Interno si effettua per esprimere parere favorevole o meno alla concessione della cittadinanza, l'aspetto del reddito assume una rilevanza importante. In altre parole, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, l'amministrazione segue (ragionevolmente) il criterio generale secondo il quale lo straniero che vuole inserirsi nella collettività nazionale deve contribuire al progresso, anche materiale, del paese e non gravare fin dall'inizio sulle spese dello Stato». In generale, il Consiglio di Stato ha più volte ribadito che è onere dello straniero che chiedi di essere ammesso nella comunità nazionale, quello di documentare la disponibilità di adeguati mezzi economici nonché l'adempimento degli obblighi fiscali¹⁸.

Per altro verso, ancora, va segnalato come sia interesse dello Stato, nei procedimenti avviati in *subiecta materia*, verificare che le condizioni reddituali dell'istante siano tali da non esporre lo Stato italiano all'esborso di 'eventuali provvidenze' gravanti sul pubblico Erario.

La complessità della valutazione discrezionale alla quale è chiamata l'amministrazione nelle ipotesi richiamate sembra, in ultimo, efficacemente sintetizzata da quanto affermato dal TAR Sicilia¹⁹, secondo cui «l'amministrazione, in caso di richiesta, conduce un'attività distinguibile in due fasi: la prima di accertamento dell'assenza di elementi preclusivi al riconoscimento; la seconda, di verifica sulla sussistenza di elementi positivi, quali l'assimilazione all'ambiente nazionale, l'autosufficienza economica ed il concorso alla realizzazione delle finalità istituzionali e solidaristiche della comunità nazionale, tutti elementi che concorrono a formulare un giudizio complessivamente favorevole del soggetto aspirante alla naturalizzazione italiana».

All'indagine predetta non sembra dunque estranea una considerazione anche 'utilitaristica' da parte dell'ordinamento italiano al quale compete di valutare anche se il consenso nazionale possa trarre giovamento dall'inserimento nel suo ambito di un nuovo soggetto, il cui inserimento non può gravare, sotto l'aspetto economico, sulla comunità.

È quindi consequenziale che solo la dimostrazione del possesso di mezzi economici adeguati ad assicurare il regolare adempimento dei doveri di solidarietà consente di apprezzare quei presupposti minimi che rendono ammissibile la concessione della cittadinanza²⁰.

Addirittura, si è osservato, la valutazione discrezionale dell'Amministrazione deve tenere conto, oltre che dell'aspirazione all'acquisto della cittadinanza italiana e della possibilità di assumere gli obblighi di carattere economico derivanti dall'ammissione alla comunità dello Stato, anche della serietà delle ragioni che inducono ad abbandonare la collettività di origine per scegliere la nazionalità italiana²¹.

Da quanto riepilogato non sembra, in conclusione, che nei casi richiamati possa prescindersi dal considerare la natura altamente discrezionale dei provvedimenti della pubblica amministrazione i quali, in definitiva, «presuppon[gono] una valutazione di opportunità»²².

Coerentemente con gli indirizzi espressi dalla giurisprudenza amministrativa, ed a conferma del ragionamento prospettato, si sono poi nel tempo consolidati, nella prassi adottata dalla pubblica amministrazione, taluni elementi di riferimento rispetto alla verifica dei presupposti evidenziati.

A questo proposito, la capacità dell'interessato di disporre di mezzi adeguati e garantirgli l'autosufficienza economica e il soddisfacimento degli obblighi di solidarietà è stata, in particolare, ancorata al parametro previsto dall'art. 3 del

d.l. n. 382 del 25 novembre 1989, convertito con legge 25 gennaio 1990 n. 8, per l'esenzione dalla partecipazione alla spesa sanitaria, pari a circa 8.300 euro²³.

2.3 *L'attribuzione della cittadinanza per beneficio di legge*

Un'analisi che tenga conto della necessità di operare una rigorosa partizione che, sul piano concettuale, sappia articolare i differenti presupposti di accesso alla cittadinanza lungo categorie omogenee, non può che riconoscere nelle ipotesi di acquisto dello *status civitatis* per 'beneficio di legge' una sfera di autonomia rispetto a quelle già passate in rassegna.

Ciò che sembra caratterizzare le ipotesi di acquisto della cittadinanza per beneficio di legge è la circostanza in base alla quale la semplice manifestazione di volontà dello straniero consentirebbe in tali casi l'acquisto dello *status*, e ciò senza che la pubblica amministrazione possa esercitare alcun genere di valutazione discrezionale. Non dunque un acquisto automatico *ope legis*, né d'altronde un'istanza sottoposta alle prerogative valutative della pubblica amministrazione: si tratta piuttosto di un *tertium genus* autonomo, in cui la volontà dichiarata dal soggetto avente titolo identifica nel contempo l'esercizio e la richiesta di riconoscimento di un diritto.

In questo senso si propende per definire 'elettiva' la cittadinanza acquisita per beneficio di legge: l'ingresso dello straniero nella comunità dei cittadini avviene difatti, in questi casi, per effetto di una libera scelta praticata dall'avente titolo, senza che la posizione giuridica dello stesso possa in alcun modo essere condizionata, compressa o sacrificata in ragione di diversi e prevalenti interessi.

A fronte della posizione residuale che le ipotesi identificate nei termini che precedono assumono nel vigente articolato normativo, l'espressione 'cittadinanza elettiva' viene sovente impiegata anche con riferimento a casi ed ipotesi estranee alla dinamica descritta.

Assai spesso l'approccio al tema dell'accesso alla cittadinanza è proposto, introduttivamente, attraverso una sorta di contrapposizione tra la categoria della cittadinanza 'elettiva' e quella della cittadinanza 'etnica', acquisita *iure sanguinis* (Grosso, 2000: 505). Ancora, in genere, tale partizione viene identificata mediante il riferimento esemplificativo al modello di cittadinanza 'elettiva' francese da un lato, ed a quello tedesco, di tipo 'etnico-culturale', dall'altro (Brubaker, 1997: 238).

Invero, nei termini in cui l'espressione è utilizzata nel presente approfondimento, non sembra si possa estendere il significato della categoria sino ai confini paventati nelle pur tradizionali ricostruzioni cui si è fatto cenno.

Ove si intenda l'espressione 'cittadinanza elettiva' attribuendo alle parole il significato loro proprio, non sarà difatti difficile constatare come le ipotesi ascri-

vibili al suddetto meccanismo – caratterizzato da un accesso essenzialmente libero del soggetto alla comunità statale – risultino quasi ovunque del tutto residuali e comunque assai distanti dal descrivere una generale opzione di tipo ordinamentale.

In questo senso, persino la cittadinanza francese, da molti descritta come archetipo del modello preso in esame, sembra in realtà non lasciare spazi amplissimi a soluzioni ‘elettive’ nel senso proprio del termine.

Il problema terminologico sembra risiedere nella circostanza secondo cui si tende talora ad assimilare alcune ipotesi di naturalizzazione all’idea della ‘cittadinanza elettiva’, e ciò quasi come se tutta la varia casistica relativa alla acquisizione dello *status civitatis* per effetto di percorsi differenti da quelli tipici della cittadinanza *iure sanguinis* rifluisse nella cittadinanza elettiva. Sembra invero che le cose non possano essere descritte nei termini da ultimo rappresentati. La naturalizzazione rappresenta infatti un percorso sostanziale cui si sovrappone un procedimento amministrativo volto a ‘saggiare’ esistenza e consistenza del primo. Ancora, come visto, la naturalizzazione richiede la presenza di presupposti indispensabili che nel contempo integrano la funzione di ‘indicatori da misurare’: caso ben diverso è invece quello di una semplice manifestazione di volontà del soggetto, di un’adesione cioè ‘pura e semplice’ dello stesso alla consociazione. In tal caso, sembra evidente, non si tratta di un ‘matrimonio’ contratto per l’incontro di *due volontà*: la volontà manifestata è solo una, ed è quella di colui il quale, già per qualche ragione ‘legato alla famiglia’, decida di rientrarvi nuovamente.

I riferimenti da ultimo operati all’idea della famiglia, benché ovviamente atecnici, non hanno tuttavia una funzione esclusivamente suggestiva. A questo proposito sarà opportuno scendere nell’esame delle diverse ipotesi di acquisto della cittadinanza per beneficio di legge per meglio comprendere il significato del parallelismo operato.

A mente di quanto previsto dall’art. 4 della legge n. 91/1992, è possibile che, in presenza di determinate condizioni, lo straniero o l’apolide, del quale il padre o la madre o uno degli ascendenti in linea retta di secondo grado siano stati cittadini italiani, diventi cittadino italiano.

Le condizioni in presenza delle quali tali soggetti possono ottenere il riconoscimento della cittadinanza italiana sono tre. La prima è rappresentata dalla prestazione del servizio militare per lo Stato italiano. La seconda dall’assunzione di un pubblico impiego, anche all’estero, alle dipendenze dello Stato. L’ultima ipotesi è invece integrata dalla contorta fattispecie dello straniero che, al raggiungimento della maggiore età, risieda legalmente da almeno due anni nel territorio della Repubblica e dichiari, entro un anno, di voler acquistare la cittadinanza italiana.

Un ultimo caso di acquisto della cittadinanza per beneficio di legge è poi separatamente normato al secondo comma dell’articolo in commento. Si tratta

della ipotesi dello straniero nato in Italia, che vi abbia risieduto legalmente senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età e che dichiari, entro un anno, di voler acquistare la cittadinanza italiana.

Accantonato solo per un momento quest'ultimo caso, che sembra invero identificare l'unica autentica ipotesi di *acquisto iure soli* normata dal nostro ordinamento, è utile spendere qualche parola d'insieme sulle altre tre fattispecie, in qualche modo accomunate da presupposti uniformi.

Le chiavi di lettura del meccanismo sembrano risolversi essenzialmente in due elementi principali: il presupposto 'atavico' e la dichiarazione del soggetto avente titolo.

Lo spirito con il quale il legislatore sembra aver approcciato le vicende disciplinate dalla prima parte della norma di cui all'art. 4 offre peraltro conferme in ordine all'orientamento generale della complessiva legislazione in materia.

L'elemento rappresentato dal vincolo naturale di sangue finisce per essere valorizzato al punto tale da consentire la trasmissione della cittadinanza anche da parte di chi non sia più, sul piano giuridico, cittadino italiano.

La ricostruzione normativa sembra cioè più che sfiorare l'idea che la cittadinanza rappresenti, in primo luogo, la veste giuridica di un fatto naturale e, come tale, trasmesso per vie naturali: la norma avalla l'idea che il presupposto della cittadinanza, quale *status* giuridico formale, risieda nell'essere italiani, nell'appartenere in qualche modo alla Nazione.

D'altronde la norma, sul punto, non sembra equivoca: il presupposto della trasmissione della cittadinanza non è in questo caso la titolarità dello stato giuridico di cittadino in capo al genitore, ma unicamente la discendenza naturale di quest'ultimo da cittadini italiani.

Il significato della norma emerge peraltro con assoluta chiarezza da quella indicazione, contenuta nella disposizione, secondo cui chi trasmette la cittadinanza dev'essere stato cittadino, o figlio di cittadini, per nascita. È il vincolo etnico, e non altro, a rappresentare cioè quel presupposto rispetto al quale la cittadinanza sembra porsi come mero riconoscimento giuridico-formale.

Il fatto che la norma aggiunga una serie di ulteriori requisiti, paralleli al primo, non sembra cambiar molto il senso della questione. La prestazione del servizio militare o di un servizio alle dipendenze dello Stato o, ancora, la decorrenza di un termine di residenza minimo nel territorio della Repubblica sembrano assumere la valenza, per così dire, di elementi 'certificativi': un'ulteriore testimonianza del vincolo di appartenenza del soggetto alla comunità. Come cioè se la norma richiedesse, per il formale riconoscimento di cittadinanza, non solo 'l'essere italiano' per discendenza ma anche 'l'essere italiano' sulla base di una pratica partecipativa concreta e, ancora, la dimostrazione di tale legame per il tramite di una serie di condotte che evidenzino un persistente collegamento dell'individuo alla comunità.

Sembra, in altri termini, che nelle ipotesi richiamate la norma si sia preoccupata di richiedere non solo un legame identitario di tipo formale, vale a dire la discendenza, tra l'individuo e la Comunità nazionale ma, anche, un legame di tipo sostanziale, espresso nei termini di una concreta partecipazione alla vita della Comunità stessa, e testimoniato dalle condotte richieste dalla norma.

Ulteriore, significativo elemento comune alle fattispecie descritte è dato dalla attività meramente dichiarativa richiesta al soggetto avente titolo.

La maturazione dei requisiti richiesti dalla norma esige, quale unico ulteriore elemento aggiuntivo per l'acquisto della cittadinanza, che lo straniero dichiari di voler acquistare la cittadinanza italiana. Il soggetto non chiede la concessione della cittadinanza, ma semplicemente dichiara di volerla acquistare. In questo si traduce il senso della cittadinanza elettiva: nella scelta cioè operata dal soggetto, nella dichiarazione della stessa e nella immediata 'immissione' nello *status* giuridico, senza dunque che la pubblica amministrazione possa reclamare alcun margine valutativo.

Venendo ora all'esame della fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 4 quest'ultima, pur apparendo di consistenza residuale nell'economia complessiva dell'impianto normativo, offre indicazioni di principio tutt'altro che irrilevanti.

La norma, evolutasi lungo progressioni legislative di tipo restrittivo, conferma infatti come in linea di principio il legame consolidato con il territorio possa finire per assurgere ad elemento equipollente rispetto al vincolo di sangue. Lo straniero nato in Italia assume, entro determinate condizioni, la stessa posizione dello straniero nato da italiani (già cittadini per nascita). Il legame carnale che è presupposto delle fattispecie cui si è poc'anzi fatto cenno si traduce, in quella da ultimo richiamata, in un legame fisico del soggetto con il territorio; legame la cui profondità è testimoniata dalla residenza legale ed ininterrotta sino al compimento della maggiore età. Unico caso nella vigente disciplina – si è detto – di autentico *ius soli*. Ed infatti si tratta dell'unico caso in cui il legame con il territorio è di per sé idoneo a far sorgere in capo al soggetto la titolarità di un vero e proprio diritto: anche in questo caso il soggetto è chiamato unicamente a dichiarare la propria volontà di acquistare la cittadinanza e, anche in questo caso, l'amministrazione dello Stato non dispone di prerogative diverse da quelle integranti una mera presa d'atto della volontà del soggetto.

La diversa inclinazione assunta dalla legislazione con riferimento all'acquisto della cittadinanza per beneficio di legge sembra quasi avallare l'idea che il ruolo dei poteri pubblici sia, per così dire, ridotto alla funzione di registrare la volontà espressa dal soggetto avente titolo e che il perfezionamento del relativo *iter* amministrativo sprigioni essenzialmente un'efficacia di tipo dichiarativo.

In effetti, la normale portata costitutiva dei provvedimenti di tipo concessorio adottati dall'amministrazione nelle diverse ipotesi di acquisto della cittadi-

nanza per naturalizzazione sembra, nei casi di cittadinanza elettiva, essere sostituita dall'idea che il soggetto avente titolo dichiara, per l'appunto, di voler 'giuridicizzare' una condizione di fatto già esistente: voglia cioè certificare l'appartenenza sostanziale alla comunità mediante l'accesso alla cittadinanza.

La portata dichiarativa delle fattispecie da ultimo considerate sembra inoltre confermata dal relativo *iter* procedimentale. Alla dichiarazione effettuata dal soggetto avente titolo consegue difatti una attività di natura meramente accertativa dei requisiti richiesti. Tale attività è svolta dal Ministero dell'Interno se l'acquisto deriva dalla prestazione del servizio militare o dall'assunzione di un pubblico impiego, o dal Sindaco del Comune di residenza nelle ipotesi di cui alla lett. c), comma 1, ed al comma 2 dell'art. 4, legge n. 91/1992.

L'automatismo alla base delle ipotesi di acquisto della cittadinanza per beneficio di legge trova ampi riscontri nella giurisprudenza amministrativa. È stato in proposito osservato che il caso della cittadinanza acquistata per beneficio di legge «sopravvive nell'ordinamento come ipotesi di acquisto "automatico" (se pure condizionato da una espressa manifestazione di volontà del soggetto)»²⁴.

In base alla normativa vigente, il giudice amministrativo ha inoltre ritenuto, escludendo che possa trattarsi di una pura e semplice concessione sottoposta alla valutazione discrezionale della domanda, che «gli organi competenti possono assumere solo atti a carattere dichiarativo e non costitutivo», che «in presenza dei presupposti richiesti dalla legge (nascita in Italia, residenza ininterrotta e manifestazione di volontà entro un anno dal raggiungimento della maggiore età) è configurabile un vero e proprio diritto soggettivo dell'istante» e, conclusivamente ed a conferma dei due precedenti assunti, che «sussiste difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario»²⁵.

Le considerazioni da ultimo svolte non hanno invero grossa rilevanza sul piano delle conseguenze giuridiche. Invero, pur volendo sottilmente distinguere tra efficacia costitutiva o dichiarativa del perfezionamento degli *iter* procedurali in esame ciò avrebbe unicamente lo scopo di cogliere lo spirito delle norme alla base dell'acquisto della cittadinanza per beneficio di legge. Su un piano pratico non sembra infatti che ciò possa determinare alcuna conseguenza in capo al soggetto: non vi sono posizioni giuridiche pregresse che egli può reclamare a posteriori né diritti correlati ad una sorta di 'anzianità di iscrizione' nella comunità dei cittadini.

Note

- ¹ Così dispone l'art. 1, comma 1, lett. b), l. 16.8.1992, n. 91.
- ² Cfr. art. 1, comma 2, l. 16.8.1992, n. 91.
- ³ Cfr. art. 4, comma 2, l. 16.8.1992, n. 91.
- ⁴ Cfr. TAR Sicilia, Palermo, 9.3.2009, n. 486.
- ⁵ Cfr. TAR Lazio, Roma, 27.4.2009, n. 4218.
- ⁶ Cfr. C. cost., 10.7.2003, ord. n. 293.
- ⁷ Cfr. TAR Sicilia, Palermo, 21.12.2007, n. 3487.
- ⁸ Cfr. TAR Lazio, 17.1.2012, n. 527.
- ⁹ Cfr. Cons. St., 31.3.2009, n. 1891.
- ¹⁰ Cfr. TAR Lombardia, Milano, 19.10.2010, n. 6999; TAR Piemonte, Torino, 28.5.2010, n. 2715; TAR Lazio, Roma, 26.1.2010, n. 945; TAR Lazio, Roma, 10.11.2009, n. 11019; TAR Veneto, Venezia, 28.7.2009, n. 2240.
- ¹¹ Cfr. TAR Lazio, Roma, 10.11.2009, n. 11015.
- ¹² Cfr. Cons. St., 1.10.2008, n. 4748.
- ¹³ Cfr. Cons. St., 16.9.1999, n. 1474.
- ¹⁴ Cfr. Cons. St., 26.1.2010, n. 282.
- ¹⁵ Cfr. TAR Lazio, Roma, 10.11.2009, n. 11015.
- ¹⁶ Cfr. TAR Lazio, Roma, 28.10.2009, n. 10518.
- ¹⁷ Cfr. TAR Lazio, Roma, 4.3.2009, n. 2234.
- ¹⁸ Cfr. Cons. St., 18.3.1998, pareri nn. 3619/94, 9.4.2003, n. 1030/03, 1.6.2003, n. 1863/2003.
- ¹⁹ Cfr. TAR Sicilia, Palermo, 21.12.2007, n. 3487.
- ²⁰ Cfr. TAR Lazio, Roma, 16.3.1995, n. 606; TAR Piemonte, Torino, 24.2.2000, n. 206; TAR Toscana, Firenze, 7.4.2003, n. 1309; TAR Liguria, Genova, 17.1.2004, n. 68.
- ²¹ Cfr. Cons. St., 17.7.2000, n. 3958; Cons. St., 16.9.1999, n. 1474; Cons. St., 2.6.1999, n. 942.
- ²² Cfr. TAR Abruzzo, L'Aquila, 7.12.2006, n. 946.
- ²³ Cfr. Circolare Ministero Interno del 5 gennaio 2007.
- ²⁴ Cfr. TAR Campania, Napoli, 22.3.2007, n. 2724.
- ²⁵ Cfr. TAR Campania, Napoli, 22.3.2007, n. 2724.

Riferimenti bibliografici

- Amirante C. 2003, *Cittadinanza (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, Agg. XI, vol. VI: 1 sgg.
- Bariatti S. 1996, *La disciplina giuridica della cittadinanza italiana*, vol. II, Giuffrè, Milano.
- Biscottini G. 1960, *Cittadinanza*, in *Enc. dir.*, Milano: 159 sgg.
- Bonetti P. 2003, *Ammissione all'elettorato e acquisto della cittadinanza: due vie dell'integrazione politica degli stranieri. Profili costituzionali e prospettive legislative*, in *Federalismi.it*, 11.
- Brubacker R. 1997, *Citoyenneté et nationalité en France et en Allemagne*, Belin, Parigi.
- Castorina E. 1997, *Introduzione allo studio della cittadinanza. Profili ricostruttivi di un diritto*, Giuffrè, Milano.
- Cerrone F. 2001, *La cittadinanza e i diritti*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di) *I diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino: 209 sgg.
- Clerici R. 1989, *Cittadinanza*, in *Dig. discipl. pubbl.*, Torino, III: 136 sgg.
- 1993, *La cittadinanza nell'ordinamento giuridico italiano*, Cedam, Padova.
- Costa P. 2005, *Cittadinanza*, Laterza, Roma-Bari.
- Cuniberti M. 1997, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova.
- Grosso E. 2000, *Cittadini per amore, cittadini per forza: la titolarità soggettiva del diritto di voto nelle Costituzioni europee*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, II: 505 sgg.
- Lippolis V. 2006, *Il disegno do legge Amato e i requisiti per l'acquisto della cittadinanza: perché non ripensare il sistema della doppia cittadinanza?*, in <<http://www.forumcostituzionale.it>> (10/2016).
- Panella L. 2009, *La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Piccione D. 2003, *L'adottato extracomunitario maggiorenne, tra cittadinanza ed apolidia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, IV: 2363 sgg.
- Porena D. 2011, *Il problema della cittadinanza. Diritti, sovranità e democrazia*, Giappichelli, Torino.
- Quadri R., 1957, *Cittadinanza*, in *Noviss. dig. it.*, Torino: 327.
- Rescigno G.U., 2000, *Note sulla cittadinanza*, in *Diritto pubblico*, 1: 751.

PARTE TERZA
DOVERI

FISCAL COMPACT: DOVERI DELLO STATO E DIRITTI DI CITTADINANZA AL TEMPO DELL'EQUILIBRIO DI BILANCIO

Livia Mercati

SOMMARIO – 1. Il bilancio come luogo di confluenza dei diritti e dei doveri dello Stato e dei cittadini nel passaggio dalla finanza pubblica ‘neutrale’ alla finanza pubblica ‘funzionale’ (a Costituzione invariata). 2. Il dovere di rispettare l’equilibrio di bilancio prima della sua costituzionalizzazione. 3. *Fiscal compact* e doveri dello Stato. 3.1 *Fiscal compact* e inesistenza di un dovere giuridico di riformare la Costituzione 3.2 Vincoli europei e doveri di bilancio. 4. Equilibrio di bilancio e dovere di garantire i diritti. 5. L’equilibrio di bilancio dopo la sua costituzionalizzazione. 6. Diritti sociali, equilibrio di bilancio e Corti europee.

1. Il bilancio come luogo di confluenza dei diritti e dei doveri dello Stato e dei cittadini nel passaggio dalla finanza pubblica ‘neutrale’ alla finanza pubblica ‘funzionale’ (a Costituzione invariata)

Il bilancio dello Stato è il principale ‘luogo’ all’interno del quale confluiscono tutti i diritti sociali e i servizi definibili come tali secondo l’ampio angolo visuale offerto dallo studio della cittadinanza amministrativa.

Più precisamente, nel bilancio vengono definiti, annualmente e in ottica pluriennale, i confini finanziari dei diritti e dei servizi, confini che ne delineano in gran parte le rispettive fisionomie.

Questa constatazione vale, seppure non sempre in modo così diretto, anche per quelli che sono stati definiti come «nuovi diritti verso l’amministrazione», potendosi ad essi applicare il ragionamento che la scienza politica usa nella identificazione del costo dei c.d. «diritti negativi» (Holmes, Sustain, 2000: 12, 17, 31 e *passim*).

In altre parole, il bilancio quantifica l’aspetto finanziario di tutti i diritti di cittadinanza, tenendo conto dell’ammontare delle risorse disponibili; tra queste, quelle provenienti dal prelievo fiscale, frutto, a loro volta, dell’adempimento di uno dei principali doveri di cittadinanza.

È nel bilancio che si colloca, cioè, molta parte della definizione politica e giuridica del calibro dei doveri e diritti dello Stato e dei cittadini nei loro rapporti reciproci e con le istituzioni pubbliche (Luciani, 2013: 6).

Queste constatazioni di apertura possono oggi suonare quasi ovvie, poiché insite nell’idea stessa di Stato e di bilancio statale, ancor prima che in quella di Stato sociale e di bilancio dello Stato sociale.

Si tratta, invece, di consapevolezze che si sono definitivamente sedimentate proprio nel corso degli ultimi cinquanta anni, essendo totalmente assenti all'epoca dell'unificazione amministrativa ed essendo ancora assenti al momento della celebrazione del centenario.

Nel periodo più remoto, in vigore dello Statuto albertino, il tema di fondo in relazione al bilancio statale era quello della distribuzione dei poteri nella composizione degli equilibri tra Governo e Parlamento: un problema di forma di governo, soprattutto, che ruotava intorno al riconoscimento di un vero e proprio *diritto al bilancio*. Con le leggi di unificazione amministrativa, invece, ci si preoccupò essenzialmente di conseguire l'«unificazione, anche sotto il profilo contabile, della gestione dei Comuni e delle Province»¹ (Buscema, 1968: 385).

Anche nella legislazione post-unitaria prevale la regolazione contabilistica delle procedure di amministrazione (cioè di gestione) del bilancio medesimo, con minuziose indicazioni sull'organizzazione e sull'esercizio dei poteri di spesa, che si traducono in regole procedurali finalizzate principalmente al controllo quantitativo della medesima².

Se si osserva lo stesso periodo sotto il profilo del 'dovere fiscale', ci si avvede del fatto che lo stesso è definito come «proporzionale» ai «carichi dello Stato»³. Mancando, cioè, il principio della capacità contributiva (Moschetti, 2006), l'obbligazione di pagare i tributi assume «una connotazione puramente contrattualista» (Poggi, 2014: 87), mentre la legislazione di unificazione amministrativa tenta di fornire una sistemazione unitaria e organica della fiscalità locale (Albini, 1968: 288-289; Perugini, 1968: 445-446).

Nella Costituzione repubblicana, invece, il principio della capacità contributiva consente di collegare finalisticamente le entrate alla rimozione degli ostacoli economici che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei singoli, impediscono il pieno sviluppo della persona umana.

Il dettato costituzionale lega cioè la politica fiscale e di bilancio al conseguimento di finalità non soltanto tributarie, ma anche redistributive del carico fiscale e della ricchezza, secondo il modello della finanza pubblica funzionale (Giovannini, 2013; Gallo, 2012: 19 sgg.; Antonini, 1996: 200 sgg. e 347 sgg.).

Il chiaro passaggio alla finanza funzionale espresso in Costituzione ha però faticato molto a trovare concreta traduzione nel diritto positivo e nelle elaborazioni dottrinali relative alla legge di bilancio, appiattite sulle asciutte disposizioni dell'art. 81 Cost. e sulla convinzione della sua essenza di legge in senso solo formale (Giannini, 1970: 44).

A metà degli anni '60, pur in presenza dell'esigenza di rendere la struttura del bilancio più significativa dal punto di vista funzionale⁴, il luogo delle 'scelte' di politica economica e della conciliazione tra le esigenze economiche e sociali si può individuare, al di fuori del sistema e dei documenti di bilan-

cio, nei tentativi riguardanti la programmazione quinquennale⁵, scelta, questa, che si aggancia concettualmente all'art. 41, terzo comma, Cost., ma non all'art. 81, Cost.

Occorre attendere gli anni '70 del secolo scorso per un vero e proprio mutamento di prospettiva, che si verifica perché «la questione del bilancio comincia ad essere posta nei termini del necessario contenimento della spesa pubblica e quindi nella prospettiva dei contenuti della decisione di bilancio (peraltro riferiti più alla spesa che all'entrata e più alla sua quantità che alla sua qualità) piuttosto che in quella della sua forma» (Luciani, 2013: 6).

I vincoli di bilancio cominciano in quegli anni ad entrare nell'agenda politica dei governi condizionando, da un lato, il procedere della giurisprudenza costituzionale e, dall'altro, la produzione normativa che arricchisce il percorso governativo e parlamentare della decisione di bilancio, con strumenti normativi in grado di modificare la vigente legislazione di entrata e di spesa (cosa che alla legge di bilancio, *ex art. 81 Cost.*, è preclusa) e con l'introduzione di un più articolato percorso di programmazione.

Si crea progressivamente, attraverso i molteplici interventi normativi a Costituzione invariata, un vero e proprio 'sistema' di bilancio, basato sullo stretto legame tra indirizzo politico/economico, programmazione e gestione.

In altre parole, le leggi che hanno contribuito alla costruzione del diritto *del* bilancio nel senso appena descritto hanno definito, nell'arco di tre decenni, un percorso nella costruzione delle scelte politiche ed una struttura di bilancio idonea (almeno in teoria) ad esplicitarne in modo coerente le azioni e le grandezze finanziarie⁶.

2. Il dovere di rispettare l'equilibrio di bilancio prima della sua costituzionalizzazione

L'art. 81 Cost., nella sua versione originaria, vietava al bilancio di introdurre «nuove entrate e nuove spese» rispetto alla legislazione vigente e conteneva l'obbligo/dovere di indicare la copertura delle nuove o maggiori spese rispetto a quelle previste in bilancio; l'articolo era in tal modo «orientato a garantire meccanismi preventivi per il controllo della spesa senza però introdurre limiti predeterminati all'indirizzo finanziario, considerati incompatibili sia con la forma di governo parlamentare, che con la tutela dei diritti fondamentali» (Paparella, 2013: 96).

L'impostazione complessiva dell'articolo, com'è stato più volte sottolineato, lasciava cioè «per intero al governo e alla sua maggioranza la responsabilità politica dell'individuazione in concreto della misura dell'equilibrio finanziario di bilancio», che avrebbe anche potuto «essere di segno negativo» (Merlini, 1993: 449), consentendo una gestione flessibile della manovra (Della

Cananea, 1996: 92 sgg.), con possibilità pressoché illimitata di ricorrere al deficit e al disavanzo.

La Corte costituzionale, fin dagli anni '60 del secolo scorso, ha ricavato da quelle disposizioni il principio del mantenimento dell'equilibrio complessivo del bilancio presente e di quelli futuri⁷, poi progressivamente affinato ed espresso come «equilibrio tendenziale fra entrate e spese la cui alterazione, in quanto riflettentesi sull'indebitamento, postula una scelta legata ad un giudizio di compatibilità con tutti gli oneri già gravanti sugli esercizi futuri»⁸.

È evidente che l'equilibrio di bilancio, così espresso, lascia margini di decisione politica assai ampia e che il 'contenimento della spesa pubblica' è solo una delle possibili politiche tra quelle finalizzate a mantenere in equilibrio il bilancio.

Se però si osserva la giurisprudenza costituzionale dell'ultimo decennio, emerge che, pur senza alcun esplicitato collegamento con i vincoli derivanti dall'appartenenza all'UE, l'equilibrio finanziario e le esigenze di contenimento della spesa diventano parametri gradualmente preponderanti, il rispetto dei quali è necessario per valutare come costituzionalmente legittime anche disposizioni relative ad alcuni fondamentali diritti sociali⁹ (Salmoni, 2009: 428-429), introducendo surrettiziamente un pure surrettizio limite per la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni e per la perequazione.

Il drammatico bilanciamento tra diritti sociali ed equilibrio finanziario a vantaggio di quest'ultimo ha portato così ad affermare la gradualità nell'attuazione dei diritti sociali, il loro contenimento con il principio finanziario e l'inviolabilità del (solo) contenuto minimo essenziale (Midiri, 2011; Scagliarini, 2012: 13).

3. *Fiscal compact e 'doveri' dello Stato*

La riforma costituzionale del 2012, finalizzata ad adeguare il nostro ordinamento alle regole UE in materia di finanze pubbliche, ha avuto come sua più appariscente conseguenza giuridica la modifica dell'art. 81 Cost.¹⁰, oltre alla disciplina decisamente innovativa dei contenuti della legge di bilancio statale, introdotta con la l. (c.d. rinforzata) 24.12.2012, n. 243, che riunisce in un'unica legge il bilancio e la legge di stabilità (Viterbo, Crisotta, 2012: 325).

Ricordato che non viene costituzionalizzato il pareggio di bilancio, ma l'equilibrio finanziario (Brancasi, 2012a: 2), occorre innanzi tutto chiedersi, continuando a ragionare sui 'doveri' dello Stato, se il *Fiscal compact* davvero recasse con sé un vero e proprio dovere di introdurre la regola dell'equilibrio a livello costituzionale.

In secondo luogo, proprio perché l'equilibrio di bilancio è indubbiamente diventato un 'dovere' per lo Stato e per le pubbliche amministrazioni in generale – essendo sancito, oltre che dall'art. 81 Cost., anche dall'art. 97 Cost. –

occorre interrogarsi sulla sua reale portata e su quanto la sua ‘nuova’ consistenza potrà incidere sui diritti e sui doveri di cittadinanza.

3.1 *Fiscal compact e inesistenza di un dovere giuridico di riformare la Costituzione*

La celeberrima lettera del 5 agosto 2011 firmata dal Governatore della BCE Jean-Claude Trichet (insieme al successore Mario Draghi) indicava all’Italia i settori nei quali la spesa avrebbe dovuto essere ridotta mediante decreto-legge da convertire entro la fine del mese successivo; la medesima sottolineava, inoltre, l’«opportunità» di una «constitutional reform tightening fiscal rules».

Sebbene in quel documento non fosse contenuto alcun riferimento né all’introduzione in Costituzione del principio dell’equilibrio di bilancio, né ad un obbligo in tal senso, le Camere, appena avutane conoscenza, hanno cominciato a lavorare sulla revisione costituzionale, divenuta definitiva nell’arco di pochi mesi (Luciani, 2013: 22); il relativo dibattito politico, dal canto suo, ha tradotto verso l’opinione pubblica l’idea che la costituzionalizzazione dell’obbligo del pareggio (*scilicet* equilibrio) di bilancio fosse, a sua volta, un dovere ‘imposto dall’Europa’.

In realtà, un’imposizione in tal senso non è rintracciabile non solo nella lettera Trichet-Draghi, ma in nessuno dei Patti che ne costituiscono prologo e cornice, le cui disposizioni lasciano agli Stati membri la facoltà di scegliere sia «lo specifico strumento giuridico nazionale cui ricorrere» – pur chiedendo loro di far sì «che abbia una natura vincolante e sostenibile sufficientemente forte (ad esempio costituzione o normativa quadro)» – che la «forma della regola», per la quale si richiede che garantisca «la disciplina di bilancio a livello sia nazionale che subnazionale»¹¹.

È dunque pienamente condivisibile quella dottrina che ha rilevato l’inesistenza di «un autentico dovere giuridico (internazionale) di revisione costituzionale» sia all’interno del c.d. Patto *Euro Plus* che nei documenti successivi, come quelli compresi nel c.d. *Six Pack*, che, infine, nel c.d. *Fiscal compact*¹² (Brancasi, 2012b; Luciani, 2013: 24-25; Tosato, 2014: 6).

Peraltro, il *Fiscal compact* è caratterizzato da scarsi elementi di novità rispetto ai Trattati precedenti, limitandosi per la gran parte a replicare regole già esistenti, ponendo piuttosto in rilievo la necessità del loro rispetto «lungo tutto il processo nazionale di bilancio»¹³ (De Ioanna, 2013: 23).

La valenza delle regole europee in relazione ai processi di bilancio degli Stati membri ben emerge se si osservano gli ordinamenti che, prima dell’Italia, hanno introdotto apposite disposizioni costituzionali.

In questo senso sono interpretabili le specifiche disposizioni in materia di bilancio nella Costituzione spagnola, con la riforma dell’art. 135¹⁴, la quale, tut-

tavia, introduce la regola in base alla quale tutte le amministrazioni pubbliche dovranno adeguarsi al principio della stabilità di bilancio, «estabilidad presupuestaria», concetto per la cui traduzione in termini concreti la norma costituzionale rimanda ai parametri stabiliti dall'Unione europea.

Anche in Francia la recente riforma non introduce in Costituzione indicazioni puntuali relative ai saldi di bilancio o ai limiti del ricorso all'indebitamento, ma definisce un nuovo assetto complessivo mediante il quale la previsione, all'art. 34, della nuova categoria delle *lois-cadres d'équilibre des finances publiques*, che sostituiscono le previgenti leggi di programmazione della finanza pubblica; saranno dunque queste leggi quadro a determinare le misure di finanza pubblica necessarie a realizzare e a mantenere l'equilibrio dei conti pubblici, già introdotto dalla *Loi constitutionnelle* n. 2008-724, nel rispetto degli impegni assunti dalla Francia nel quadro del Patto di stabilità e crescita¹⁵.

Ne risulta un quadro generale del sistema delle fonti in materia di finanza pubblica che vede, al vertice, la Costituzione con l'affermazione del principio di equilibrio dei conti delle pubbliche amministrazioni; è poi la legge organica a dare contenuto a tale principio e a definire le modalità di elaborazione delle leggi-quadro d'equilibrio delle finanze pubbliche, nel rispetto della quale dovranno essere stabilite le disposizioni delle leggi finanziarie e delle leggi per il finanziamento del sistema di sicurezza sociale. Il Consiglio costituzionale sarà chiamato a sindacare la conformità delle leggi rispetto alla fonte di grado superiore e, per interposizione di questa, all'equilibrio dei conti stabilito dalla Costituzione (Dickmann, 2012: 52-53). È stato lo stesso Consiglio costituzionale, peraltro, ad escludere espressamente che dal *Fiscal compact* possa farsi derivare un obbligo di revisione costituzionale¹⁶.

Né diversamente si potrebbe argomentare osservando la Germania, che è stato il primo Paese dell'Unione a orientarsi verso riforme costituzionali, utili al rafforzamento delle regole fiscali al fine di evitare indebitamenti eccessivi; le regole tedesche, numerose e dettagliate, infatti, non solo hanno preceduto il *Fiscal compact*, ma hanno anche preceduto la stipulazione del Patto *Euro Plus*, probabilmente influenzandone il contenuto¹⁷ (Delle Donne, 2011: 483 sgg.; Perez, 2011: 6; De Grazia, 2012).

A fronte di una portata giuridica limitata, però, va sottolineato il preponderante ruolo politico che il *Fiscal compact* ha avuto sia nei confronti degli Stati membri che degli elettori interni.

Per l'Italia, in particolare, il *Fiscal compact* e la lettera Trichet-Draghi, pur non recando, come si è detto, alcun dovere in tal senso, hanno avuto l'effetto di far apparire come inevitabile la riforma costituzionale, probabilmente per la contestualità (ingenerando per la verità qualche dubbio sulla reale entità del rapporto causa/effetto) dell'innalzamento parossistico dello *spread* che ha recato con

sé, a sua volta, la necessità di adottare decisioni volte a rassicurare i mercati sulla disciplina fiscale (Delle Donne, 2011) e a restituire credibilità alle politiche macroeconomiche (Maré, Sarcinelli, 2013: 17): «una spinta di fatto», dunque, ma non «un vincolo giuridico» (Luciani, 2013: 27, n. 72).

3.2 Vincoli europei e 'doveri' di bilancio

È piuttosto diffusa l'opinione che «la funzione di indirizzo politico ed economico esercitata dal Parlamento e dai Governi nazionali sia sostanzialmente svuotata» e che sia ormai rotto «il nesso tra la determinazione degli indirizzi di Governo e la responsabilità della relativa azione» (Bilancia, 2012: 2; Paparella, 2013: 93).

L'affermazione è oggettivamente condivisibile, ma le ragioni che la sostengono non risiedono tutte e solo nei vincoli europei (Perez, 2012: 515-516).

Infatti, i vincoli alle scelte di bilancio degli Stati membri contenuti nel *Fiscal Compact*, sostanzialmente ripetitivi di quelli contenuti negli atti precedenti, non pongono direttamente e in modo rigido limiti quantitativi o qualitativi; la loro formulazione mostra piuttosto una consistenza 'elastica' quanto al raggiungimento degli obiettivi numerici¹⁸ mentre i procedimenti sanzionatori da applicare nel caso di disavanzi eccessivi sono connotati da un'ampia discrezionalità politica (Luciani, 2013: 28-29), così riducendo molto, se non eliminando del tutto, le conseguenze giuridiche sugli atti e sulle omissioni degli Stati (Luciani, 2013: 30)¹⁹.

In buona sostanza, i vincoli europei lasciano comunque liberi gli ordinamenti nazionali di orientare la spesa verso politiche sociali e redistributive (Tosato, 2014) e/o di diversamente calibrare il dovere fiscale; l'irrigidimento si verifica invece a livello interno, poiché, a mente del nuovo art. 81 della Cost., il dovere di tenere il bilancio in equilibrio, accompagnato da un sostanziale divieto di indebitamento, condizionano l'ampiezza della possibilità di definire indirizzi che richiedano finanziamenti di tale natura e ciò tanto più profondamente quanto più se il nuovo debito impatta con quantità eccessive e qualità non buone di debito già contratto.

In altre parole, il dovere di raggiungere e mantenere l'equilibrio strutturale di bilancio non è la causa diretta del limite alle scelte politiche (e dunque alla democrazia), ma produce questo effetto se il debito già esistente è di cattiva qualità, cioè non determina crescita e non si autofinanzia, così progressivamente erodendo, insieme alla democrazia, i diritti e i doveri di cittadinanza (De Ioanna, 2013: 15).

Di contro, sebbene la Strategia di Lisbona in origine mostrasse di voler affidare un ruolo importante alle politiche sociali, nel corso del tempo essa è

stata ricalibrata «sulla crescita e sull'occupazione lasciando allo spazio nazionale ogni prerogativa in materia di “welfare”» (Tangorra, 2013: 156; Galetta D.U., 2013: 1175).

Anche questo dato, unito al volume del debito pregresso esistente nel nostro ordinamento, enfatizza non solo la discrasia tra una virtualmente infinita espansione dei nuovi diritti e la progressiva limitatezza delle risorse finanziarie necessarie al loro soddisfacimento (Scagliarini, 2012: 57), ma, ancor più, la necessità di contrarre i volumi di ‘spesa per i diritti’, ma anche di ‘spesa per i doveri’ assicurati negli anni passati.

4. Equilibrio di bilancio e dovere di garantire i diritti

Ciò non esclude ma, anzi, conferma che la scelta di ciò che si deve/vuole ‘sacrificare’ in relazione alla ‘doverosità’ del graduale abbattimento dell’indebitamento pregresso è strettamente connessa alla responsabilità politica propria di ogni Stato membro la quale, a sua volta, affonda le sue radici nel passato e dunque nelle scelte che hanno contribuito a determinare quel livello di indebitamento.

Valgano, a tale proposito, alcuni esempi, che sono temporalmente collocabili nello stesso periodo in cui le Camere ragionavano sull’introduzione dell’equilibrio di bilancio in Costituzione: il Fondo per l’assistenza agli anziani non autosufficienti, introdotto dal Governo Prodi nel 2007, è stato totalmente azzerato nel 2011; in un solo anno il Fondo nazionale per le politiche sociali è stato ridotto del 50% (dato del 2011, in paragone con quello del 2010); il taglio dei trasferimenti agli enti locali è stato costante e molto consistente, ed ha messo a rischio la possibilità per le autonomie di continuare ad erogare servizi, a meno di non optare per un aumento della pressione fiscale a livello locale e di fare investimenti, con chiaro effetto depressivo dell’economia.

Di contro, l’ammontare complessivo di questi tagli è stato superiore a quanto risparmiato sulle poste di spesa statali negli anni corrispondenti.

Rimane, però, l’ineludibile dovere dello Stato di garantire i livelli essenziali delle prestazioni e la perequazione; entrambi sono funzionalmente collegati alla fruizione positiva dei diritti civili e sociali in tutti i territori della Repubblica e si implementano nell’ordinamento positivo attraverso «un’operazione di costruzione tecnica che passa necessariamente per un vincolo economico finanziario». Questo era vero ragionando sulla versione originaria dell’art. 81 Cost., e deve essere vero anche ragionando sulla versione attuale e sulla nuova legge di bilancio²⁰, nella quale ogni regolazione quantitativa riferibile ai livelli sociali essenziali «deve sempre essere mediata dal dato normativo se destinata a modificare la struttura e/o il perimetro di queste situazioni soggettive» (De Ioanna, 2013: 36).

Se così non fosse, si concretizzerebbe un'enorme difficoltà, se non, in alcuni casi, l'impossibilità di accedere ai servizi, all'istruzione, alla sanità, al lavoro, arrivando a condizionare negativamente non solo la fruizione dei diritti, ma anche l'adempimento dei doveri dei cittadini e così manifestando veri e propri indicatori di *deficit* di cittadinanza (Balibar, 2012: 67 sgg.).

5. *L'equilibrio di bilancio dopo la sua costituzionalizzazione*

A fronte di queste considerazioni, numerosi sono gli interrogativi che rimangono aperti e numerose le possibili risposte.

Quale criterio seguirà la Corte costituzionale per valutare la legittimità costituzionale delle leggi alla luce del nuovo art. 81, Cost.?

Quale sarà, di volta in volta, il *calibro* assegnato agli elementi di rigidità e di flessibilità che le sue disposizioni indubbiamente contengono?

Sarà sufficiente che una legge sia finalizzata al 'conseguimento dell'equilibrio di bilancio' per ritenerne costituzionalmente legittime le disposizioni che incidono negativamente su uno o più dei 'diritti di cittadinanza' (tenuto anche conto del fatto che i diritti sociali non sono gli unici diritti che costano)?

Al momento, sono riscontrabili due diversi 'atteggiamenti' della Corte costituzionale, espressi, il primo, in materia di blocco della indicizzazione di alcuni trattamenti pensionistici e il secondo con riguardo al blocco dei trattamenti economici dei dipendenti pubblici²¹.

Nella prima pronuncia la Corte non ha preso affatto in considerazione il nuovo art. 81 Cost. e le regole di bilancio in esso contenute; secondo la Consulta alcune disposizioni della c.d. legge Fornero²², limitandosi a richiamare «esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio», hanno prodotto un sacrificio irragionevole che dunque va eliminato dall'ordinamento, a prescindere da qualunque considerazione in ordine agli effetti finanziari sul bilancio statale, il cui 'equilibrio' non viene in alcun modo ricondotto in motivazione.

I diritti connessi al rapporto previdenziale, fondati su inequivocabili parametri costituzionali, sono qualificati come «fondamentali» e la Corte non prevede alcun temperamento degli effetti economici derivanti dalla pronuncia, ritenendo evidentemente non discutibile la prevalenza sugli interessi economici della «proporzionalità del trattamento di quiescenza, inteso quale retribuzione differita (art. 36, primo comma, Cost.) e la sua adeguatezza (art. 38, secondo comma, Cost.)», poiché espressione «certa, anche se non esplicita, del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e al contempo attuazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma, Cost.» ; più di recente, la Corte ha esplicitamente affermato che: «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»²³.

Diversamente sembra avere ragionato la Corte costituzionale nella pronuncia n. 178/2015; il Giudice delle leggi, in questo caso, riconosce l'irragionevolezza del protrarsi del 'blocco' delle retribuzioni, che si pone in contraddizione con il criterio di proporzionalità della retribuzione, strettamente correlato alla contrattazione collettiva. Afferma che «il carattere ormai sistematico di tale sospensione sconfinata [...] in un bilanciamento irragionevole tra libertà sindacale [...] ed esigenze di razionale distribuzione delle risorse e controllo della spesa, all'interno di una coerente programmazione finanziaria», seppure in modo sopravvenuto e dunque a far data dalla pubblicazione della sentenza, ma rimette al legislatore il compito di «dare nuovo impulso all'ordinaria dialettica contrattuale, scegliendo i modi e le forme che meglio ne rispecchiano la natura, disgiunta da ogni vincolo di risultato».

Si può affermare che, a fronte di norme sostanzialmente analoghe, rispondenti all'identica esigenza di contenimento della spesa e risanamento dei conti pubblici, la Corte abbia effettivamente *bilanciato* i diritti fondamentali coinvolti con il principio dell'equilibrio di bilancio solo nel secondo caso, riconoscendoli invece assolutamente incompressibili nei primi due.

6. *Diritti sociali, equilibrio di bilancio e Corti europee*

È infine da chiedersi, dato che comunque occorre ragionare nell'ambito di un sistema di tutela *multilevel*, se e in che misura le fonti europee e comunitarie in materia di diritti fondamentali possano assumere la natura di canone interpretativo vincolante per i giudici comunitari chiamati a valutare le norme del diritto interno (Ruggeri, 2011: 6).

Sul punto, la Corte di giustizia, sollecitata più volte con domande di pronuncia pregiudiziale, esprime una posizione che oscilla sul perno del «necessario rilievo europeo» delle fattispecie; più in particolare, poiché i diritti fondamentali della Carta di Nizza si applicano a misure nazionali solo nel caso in cui queste siano adottate «in attuazione del diritto dell'Unione» e in materie che rientrino nelle competenze UE²⁴, la Corte si è ritenuta incompetente a pronunciare con riguardo alla compatibilità con la Carta di Nizza (art. 31) della riduzione del salario dei dipendenti pubblici, adottata dal Portogallo proprio in relazione ai vincoli europei di bilancio²⁵.

La medesima questione, portata anche dinanzi al Tribunale costituzionale portoghese, è stata invece risolta, in base alla teoria dei 'controlimiti', con il riconoscimento dell'illegittimità costituzionale di quelle norme, affermando «la necessità di un bilanciamento tra principi del diritto dell'Unione e principi inderogabili della costituzione interna», quali quelli di uguaglianza e proporzionalità²⁶ (Tosato, 2014: 31; Salvino, 2013).

La costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio, neutralizzando *ab initio*, all'interno del nostro ordinamento, la dialettica fra obblighi internazionali e interessi costituzionalmente protetti, potrebbe finire per comportare, insieme all'impossibilità di ragionare secondo la teoria dei 'controlimiti', la prevalenza del principio economico sui diritti sociali.

Rimarrebbe allora, come ultimo 'baluardo', la Corte europea dei diritti umani, la quale, qualificando quali *beni* suscettibili di protezione in base all'articolo 1 del Primo protocollo addizionale alla Carta EDU, ad esempio, le prestazioni previdenziali e assistenziali, l'assegno sociale riservato ai diversamente abili, il diritto alla pensione di vecchiaia ancorché maturata sotto la vigenza di un regime che prescinde dai contributi versati²⁷, offre loro tutela a prescindere da ogni considerazione con riguardo al conseguimento e al mantenimento agli equilibri di bilancio (Mercati, 2014, 373)²⁸.

Note

- ¹ Cfr. l. 20.3.1865, n. 2248, All. A.
- ² Cfr. ad esempio, l. 22.4.1869, n. 5026; r.d. 4.5.1885, n. 3074; r.d. 18.12.1923, n. 2440, tutti in materia di «amministrazione e contabilità generale dello Stato».
- ³ V. art. 25 dello Statuto albertino: «[i regnicoli] contribuiscono indistintamente, nella proporzione dei loro averi, ai carichi dello Stato».
- ⁴ Ad esempio con l'introduzione della classificazione economica e funzionale delle poste di bilancio introdotta dalla l. 1.3.1964, n. 62, «Modificazioni al regio decreto 18.11.1923, n. 2440, per quanto concerne il bilancio dello Stato e norme relative ai bilanci degli enti pubblici» (c.d. l. Curti).
- ⁵ Nota presentata al Parlamento dal Ministro del Bilancio, on. Ugo La Malfa, 22 maggio 1962.
- ⁶ Cfr. l. 5.8.1978, n. 468, con la quale è stata introdotta la legge finanziaria e il bilancio pluriennale; l. 23.8.1988, n. 362, con la quale è stato introdotto il documento di programmazione economica e finanziaria (dpef); l. 3.4.1997, n. 94 e d.lgs. 7.8.1997, n. 279, di riforma della struttura del bilancio; e, infine, la l. 31.12.2009, n. 196, *Legge di contabilità e finanza pubblica*.
- ⁷ C. cost., 7.1.1966, n. 1.
- ⁸ C. cost., 15.10.1991, n. 384.
- ⁹ C. cost., 18.3.2005, n. 111.
- ¹⁰ L. cost. 20.4.2012, n. 1.
- ¹¹ Così espressamente il c.d. Patto *Euro plus*, allegato alle Conclusioni del Consiglio europeo dei 24-25 marzo 2011; analoga considerazione vale per i documenti successivi compresi nel c.d. *Six Pack*.
- ¹² Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* dell'Unione economica e monetaria, sottoscritto a Bruxelles il 2 marzo 2012 da 25 Stati dell'Unione Europea, ad eccezione di Regno Unito e Repubblica Ceca. Il *fiscal compact* è composto da un preambolo e da 16 articoli, suddivisi in sei Titoli. Il Titolo I è relativo all'oggetto e all'ambito di applicazione; il Titolo II è relativo alla coerenza e al rapporto con il diritto dell'Unione; nel Titolo III è contenuto proprio il *fiscal compact* o patto di bilancio; il Titolo IV disciplina il coordinamento delle politiche economiche e convergenza; il Titolo V riguarda la *governance* della zona euro e il Titolo VI contiene le disposizioni generali e finali.
- ¹³ Cfr. art. 3, par. 2, del *Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria (Fiscal Compact)*.
- ¹⁴ L. n. 329-1, *Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre 2011*.
- ¹⁵ Le conclusioni del *Rapport Camdessus*, pubblicato nel 2010, hanno indotto il Governo a presentare un progetto di legge di riforma costituzionale (*Texte adopté* n. 722), «relatif à l'équilibre des finances publiques», che ha ricevuto l'approvazione dei due rami del Parlamento e, da ultimo, il 13 luglio 2011, dell'Assemblea Nazionale in terza lettura (cfr. <http://www.assemblee-nationale.fr/dossiers/equilibre_finances_publique.asp>, 10/2016).
- ¹⁶ *Conseil constitutionnel*, 9.8.2012, n. 2012.653 DC, in particolare i *Considerando* 19-23.
- ¹⁷ *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 91c, 91d, 104b, 109, 109a, 115, 143d) – Föderalismusreform II*.
- ¹⁸ Cfr., ad esempio, art. 3, par. 3, *Fiscal Compact*.
- ¹⁹ Cfr. artt. 7 e 8, *Fiscal Compact*.
- ²⁰ L. 243/2012, adottata in base all'art. 81, co. 6, Cost., introdotto dalla l. cost. n. 1/2012.
- ²¹ La prima pronuncia è C. cost., 6.5.2015, n. 70; la seconda è C. cost., 23.7.2015, n. 178, che ha dichiarato, con decorrenza dalla pubblicazione della sentenza, l'illegittimità costituzionale sopravvenuta del regime del blocco della contrattazione collettiva per il lavoro pubblico, quale risultante dalle norme impugnate e da quelle che lo hanno prorogato.

- ²² Più in particolare, il giudizio di legittimità costituzionale ha avuto ad oggetto l'art. 24, comma 25, d.l. 6.12.2011, n. 201 (Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 22.12.2011, n. 214.
- ²³ Cfr. Corte cost., n. 70/2015, cit.; C. cost., 16.12.2016, n. 275.
- ²⁴ Art. 51, n. 1 della Carta dei diritti fondamentali; art. 6, n. 1, T.U.E. e la Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona.
- ²⁵ C. giust., ord. 7.3.2013, causa C-128/12, *Sindicato do Bancarios do Norte*.
- ²⁶ Cfr. Tribunale costituzionale portoghese, *Acórdão* 5.4.2013, n. 187.
- ²⁷ V., rispettivamente, C. eur. dir. uomo, 7.6.2011, *Agrati et al. C. Italia*; C. eur. dir. uomo, 30.9.2003, *Poirrez v. Francia*; C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 18.2.2009, *Andrejeva c. Lettonia*; C. eur. dir. uomo, Sez. II, 8.10.2012, *António Augusto da Conceição Mateus e Lino Jesus Santos Januário c. Portogallo*.
- ²⁸ Cfr., ad es., C. eur. dir. uomo, II Sezione, 24.9.2013, n. 43892/04 – Pennino c. Italia, in *Giur. it.*, 2014, 373.

Riferimenti bibliografici

- Albini A. 1968, *La finanza provinciale*, in Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, *L'ordinamento comunale e provinciale*, 2. *Le province*, a cura di A. Amorth, Neri Pozza, Vicenza: 288 sgg.
- Antonini L. 1996, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Giuffrè, Milano.
- Balibar É. 2012, *Cittadinanza*, Bollati Boringhieri, Torino.
- Bilancia F. 2012, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista Aic*, 2: 1 sgg.
- Branca A. 2012a, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in <<http://www.osservatoriosullefonti.it>>, 2: 1 sgg.
- 2012b, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in <<http://www.forumcostituzionale.it>>, 10 gennaio: 1 sgg.
- Buscema S. 1968, *I bilanci comunali*, in Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, *L'ordinamento comunale e provinciale*, 1. *I Comuni*, a cura di M.S. Giannini, Neri Pozza, Vicenza: 385 sgg.
- Cerina Ferroni G., Ferrari G. F. 2012, *Crisi economica e interessi dello Stato, Modelli comparati e prospettive*, Giappichelli, Torino.
- De Grazia D. 2012, *Crisi del debito pubblico e riforma della Costituzione*, in *IANUS*, 7: 153 sgg.
- De Ioanna P. 2013, *Fiscal compact tra istituzioni ed economia*, in *Riv. giur. Mezz.*, 1-2: 23 sgg.
- Della Cananea G. 1996, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, il Mulino, Bologna.
- Delle Donne G. 2011, *La procedura di bilancio tra equilibri della forma di governo e ricerca della stabilità economica: una ricostruzione comparatistica dell'esperienza francese e tedesca*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*: 470 sgg.
- Dickmann R. 2012, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Federalismi.it*, 4.
- Galetta D.U. 2013, *La tutela dei diritti fondamentali (in generale, e dei diritti sociali in particolare) nel diritto UE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Riv. it dir. pubbl. comunit.*: 1175 sgg.
- Gallo F. 2012, *L'uguaglianza tributaria*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Giannini M.S. 1970, *Diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano.
- Giovannini A. 2013, *Capacità contributiva*, in *Diritto-online, Treccani.it*, Roma.
- Holmes S., Sustain Cass. R. 2000, *Il costo dei diritti: perché la libertà dipende dalle tasse*, trad. it. di E. Cagliero, il Mulino, Bologna.
- Luciani M. 2013, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, Relazione tenuta al LVIII Convegno di Varenna, *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Varenna, 20-22 settembre, in *Astrid Rassegna*, 3: 1 sgg.

- Maré M., Sarcinelli M. 2013, *La regola del bilancio in pareggio: come assicurarla e quale livello di Governo?*, Relazione svolta al Seminario su *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Corte Costituzionale, Roma, 22 novembre, in <<http://www.cortecostituzionale.it>> (10/2016).
- Mercati L. 2014, *Il dissesto degli enti locali dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Giur. it.*: 373 sgg.
- Merlini S. 1993, *Proposte di modifica dell'art. 81 Cost, e forma di governo*, in *Quad. cost.*: 449 sgg.
- Midiri M. 2011, *Diritti sociali e vincoli di bilancio nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Editoriale Scientifica, Napoli: 2235 sgg.
- Moschetti F. 2006, *Il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto tra singolo e comunità*, in L. Perrone, C. Berliri (a cura di), *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli: 45 sgg.
- Nardini M. 2011, *Politica di bilancio e programmazione della spesa. Dalla legge n. 62/1964 alla legge n. 196/2009 di riforma della contabilità dello Stato*, in <<http://www.amministrazioneincammio.luiss.it>> (10/2016).
- Paparella E. 2013, *Crisi economica e trasformazioni degli assetti istituzionali nella UE e negli Stati membri: primi effetti sul welfare*, in F.R. Pizzuti (a cura di), *Rapporto sullo Stato sociale 2013. Crisi, istituzioni, beni comuni e welfare state*, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli: 96 sgg.
- Perez R. 2011, *La nuova disciplina di bilancio in Germania*, in *Giorn. dir. amm.*, 2: 6 sgg.
- 2012, *Cessioni di sovranità e poteri di bilancio*, in *Riv. Corte dei conti*, 5-6: 515 sgg.
- Perugini U. 1968, *Le finanze comunali*, in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, L'ordinamento comunale e provinciale*, 1. *I Comuni*, a cura di M.S. Giannini, Neri Pozza, Vicenza: 445 sgg.
- Poggi A.M. 2014, *I diritti delle persone. Lo Stato sociale come Repubblica dei diritti e dei doveri*, Mondadori, Milano.
- Ruggeri A. 2011, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della Cedu e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost., n. 80/2011)*, in <<http://www.giurcost.it>>: 6 sgg.
- Salmoni F. 2009, *Equilibrio finanziario, vincoli comunitari e giurisprudenza costituzionale*, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del Convegno di Milano, 6-7 giugno, Quaderni del "Gruppo di Pisa", a cura di M. D'Amico, B. Randazzo, Giappichelli, Torino: 428 sgg.
- Salvino T. 2013, *I controlimiti al tempo della crisi finanziaria: note a margine della sentenza portoghese relativa alle misure di austerità imposte dalla UE*, in *Diritti Comparati.it*, 9, 12 settembre.
- Scagliarini S. 2012, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in *Atti del Convegno di Trapani*, 8-9 giugno (versione elettronica), in <<http://www.gruppodipisa.it>>: 13 sgg.

- Tangorra R. 2013, *La dimensione sociale della Strategia Europa 2020*, in F.R. Pizzuti (a cura di), *Rapporto sullo Stato sociale 2013. Crisi, istituzioni, beni comuni e welfare state*, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli: 156 sgg.
- Tosato G.L. 2014, *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, in *Riv. dir. internaz.*: 5 sgg.
- Viterbo A., Crisotta R. 2012, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al Fiscal Compact*, in *Dir. Un. Eur.*: 325 sgg.

I DOVERI NELLA NUOVA FRONTIERA DELLA CITTADINANZA

Serenella Pieroni

SOMMARIO – 1. Premessa. 2. L'origine dei doveri del 'cittadino amministrativo': il dovere di solidarietà. 2.1 Dovere di solidarietà e partecipazione procedimentale. 2.2 Dovere di solidarietà e sussidiarietà orizzontale. 2.3 Dovere di solidarietà e volontariato. 3. Integrazione europea e 'nuovi' doveri del cittadino: dovere di solidarietà e tutela ambientale. 4. Conclusioni.

1. Premessa

È noto come nell'ambito del rapporto tra pubblica amministrazione e privato, la tematica dei 'doveri' di quest'ultimo – ferma la distinzione, seguita dai più, tra dovere giuridico, obbligo e obbligazione di romaniana memoria (Romano, 1983: 104 sgg.) – non sia stata oggetto di specifica riflessione dottrinarica, *maxime* assorbita dalle più nuove e già complesse caratterizzazioni e tutele dei diritti.

Difatti, altre problematiche catturarono l'attenzione degli studiosi anche nell'ambito del «Congresso celebrativo del centenario delle Leggi Amministrative di unificazione», ove ben diverso spessore aveva l'obbligo scolastico in un'epoca in cui ancora si discuteva del 'fare gli italiani' anche ricorrendo alla loro alfabetizzazione mediatica con le celebri lezioni del maestro Manzi (Abbamonte, 1967: 40 sgg.).

In quella sede trapelò comunque la consapevolezza della necessità di una «superiore integrazione (non più nazionale quanto) continentale questa volta [...] [per] [...] sbloccare l'*impasse* della macchina burocratica» e così far tramontare «mito, riti e feticci» delle 'intoccabili' Leggi di unificazione, che neanche l'avvento della Costituzione repubblicana era riuscito a scalfire, se non minimamente (Miglio, 1969: 43; Benvenuti, 1969: 84).

La ricerca di una tutela reale del cittadino nei confronti dell'amministrazione (tutela sostanziale e giustiziale) ha fatto obliterare i corrispondenti doveri in capo al medesimo che, di contro, sempre più sono venuti concretizzandosi proprio con l'aumentare delle loro pretese.

Indubitabile, dunque, l'attenuarsi dell'allora lamentato distacco da parte di Benvenuti tra 'paese legale e paese reale', non solo sotto il profilo della specificazione dei diritti verso la p.a., ma anche con riferimento alla configurazione di un cittadino che doverosamente è chiamato a concorrere al mantenimento e progresso della *civitas* in cui vive e da cui pretende quella qualità della vita cui egli stesso deve contribuire (Gallo, 2002: 482).

A tal fine, in una prospettiva dei doveri nella cittadinanza amministrativa nel senso di «appartenenza ad una comunità diversa da quella sovrana, con legittimazione a posizioni soggettive che non dipendono dallo *status* di cittadino-sovrano» (Cavallo Perin, 2004: 203 sgg.), sembra utile brevemente rammentare l'evolversi del rapporto tra individuo ed amministrazione, che vede il cittadino come risorsa per la p.a. Invero, l'analisi compiuta da autorevole dottrina (cui si deve anche la quadripartizione dei modelli che segue) disvela il graduale transito ad una posizione sempre più attiva del cittadino considerato come 'risorsa' per l'amministrazione (Arena, 2010) che, nella prospettiva che qui interessa, sono stati interpretati come titolarità di doveri sempre più concreti.

Si principia dal modello bipolare autoritario, in cui l'interesse generale è esclusiva cura della p.a., caratterizzato – anche per questo – dalla pressoché totale posizione di subordinazione del cittadino considerato come risorsa finanziaria e risorsa umana. In tale fase di *status* passivo del medesimo i suoi doveri si possono dunque configurare essenzialmente sul piano fiscale e della leva obbligatoria.

Si passa poi ad un modello bipolare temperato (*postea* l. 7.8.1990 n. 241) in cui l'interesse generale si sgancia da una visione verticalista e si configura come 'temperato dall'ascolto' delle esigenze concrete degli amministrati, di cui la p.a. necessita per migliorare i servizi erogati (risorsa in quanto portatore di conoscenze). Proprio per questo la 'comunicazione dei propri saperi' può essere individuata quale ulteriore dovere nei confronti dei cittadini-utenti, ancora collocati in uno *status* passivo.

Nel successivo modello policentrico condiviso (*governance*) il potere si ripartisce fra diversi centri di riferimento di interesse, anche non pubblici, con la configurazione di uno *status* meno passivo per il cittadino per l'affermarsi di una partecipazione al processo decisionale con relativa assunzione di responsabilità, che si può leggere come dovere di partecipazione del cittadino considerato quale 'risorsa per competenze proprie'.

Nel più recente modello pluralista e paritario, il principio di sussidiarietà orizzontale fa assurgere i cittadini ad uno *status* finalmente attivo, di soggetti che hanno, appunto, un dovere di cooperazione, solidarietà sociale, rispetto dell'ambiente, conferendo risorse proprie non sempre quantificabili (tempo, relazioni sociali...) per il soddisfacimento degli interessi della collettività cui appartengono (c.d. risorse civiche). Invero, nel comune intendimento la cittadinanza amministrativa «si compone di coloro che contribuiscono attivamente a gestire la cosa pubblica, è uno strumento di composizione e conservazione del legame sociale» (Arena, 2006: 142 sgg.).

Tutto ciò trova corrispondenza nel dovere costituzionale primario di ciascun individuo, *naturaliter* membro della formazione sociale in cui vive e alle cui sorti concorre, concordemente ravvisato nel principio solidaristico espresso dall'art.2

Cost., che possiamo indicare quale matrice, segnatamente, dei doveri della cittadinanza amministrativa.

Trattasi di dovere da collocare pur sempre nella visione personalista (Polacchini, 2013: 234 e *passim*), ma non individualista, della costituzione, in termini di responsabilità del cittadino (contitolare della sovranità) nei confronti di tutta la società civile, come trapela anche dall'art. 4 Cost., c. 2 che contiene la «enunciazione sintetica, ma molto significativa, dei doveri fondamentali di ogni cittadino a riprova di quali siano, in estrema sintesi, i requisiti costituzionali per essere cittadini: appunto, chi sente di *svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, [...] un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società* cui appartiene, nella quale vive» (Forte, 2008: 10). Dovere, per questo, che parrebbe non strettamente politico, quanto piuttosto 'amministrativo' (impositivo di un *facere* in senso ampio, di un attivarsi...) in quanto rivolto alla collettività-amministrazione di appartenenza, più o meno lata che sia.

L'analisi muoverà, dunque, dalla indicazione della doverosità formalizzata nella costituzione per giungere a tratteggiare una categoria dei doveri della cittadinanza amministrativa forse più socialmente colorata, ma non per questo meno giuridica.

Si può anzi affermare che proprio una breve riflessione sui 'doveri inderogabili' potrebbe costituire la connotazione più peculiare e caratterizzante della 'cittadinanza amministrativa' la quale, resistendo al rilevato ossimoro della 'cittadinanza globale' (Cavallo Perin, 2005: 211 sgg.), non può essere superata da questa, poiché si colloca nell'ambito del rapporto personalistico privato-pubblica amministrazione, in certo senso sintesi di tutte le cittadinanze, «a riprova che ciò che conta per il cittadino è soprattutto la pubblica amministrazione, elemento centrale di ogni società» (Gallo, 2002: 481).

2. L'origine dei doveri del 'cittadino amministrativo': il dovere di solidarietà

La dottrina non ha mancato di rilevare come il disegno costituzionale ravvisi la qualificazione primaria dei doveri (non tanto nella inderogabilità che viene a caratterizzare i medesimi a fronte della inviolabilità dei diritti, quanto) nella solidarietà che, nella sua triplice declinazione, riempie di sé il 'dovere inderogabile', lasciando al legislatore il compito di articolare in concreto ed ulteriormente specificare siffatti – inderogabili – doveri. Il fondamento stesso (l'essenza) dei doveri, come concordemente sostenuto dagli studiosi (Tarli-Barbieri, 2006), andrebbe ravvisato dunque nella solidarietà politica, economica e sociale che – in disparte qualsivoglia implicazione di ordine morale – proietta la propria ombra etica (che peraltro assurge a giuridica rilevanza nella disciplina dei vari 'codici deontologici') anche sui diritti inviolabili dell'uomo (... non del mero cittadino...), specularmente considerati nell'art. 2 Cost.

Specifici doveri costituzionali declinazione del principio di solidarietà (Violante, 2014: 70), ad esempio, sono il ricordato dovere di svolgere una attività o funzione che «concorra al progresso materiale o spirituale della società» (art. 4); il dovere di istruzione (art. 34); il «dovere civico» di votare (art. 48); il «sacro dovere» di difesa della Patria (art. 52); «il dovere di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva» (art. 53); volutamente per ultimo il dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della costituzione e delle leggi (art. 54), per la sua ampia portata ed imprescindibilità in quanto «lega alle regole della civile convivenza chiunque risieda anche non stabilmente sul territorio nazionale e ne goda i diritti, imponendo il rispetto di valori fondamentali dell'ordinamento comuni all'uomo in una condivisione di valori che valorizza il quadro giuridico in cui si vuole vivere, proprio di una determinata collettività» (Gallo, 2002: 488).

D'altro canto è lo stesso principio di solidarietà a costituire la *ratio* sottesa al potere conformativo di alcuni diritti fondamentali: come dimenticare la 'funzione sociale' della proprietà¹ (art. 42) o, ancora, la 'finalità' e 'l'utilità sociale' della iniziativa economica privata (art. 41)?

Ma accanto ai già noti doveri costituzionali, per così dire del cittadino 'politico', la solidarietà viene a costituire fondamento anche dei 'doveri del cittadino amministrativo' che rende attivo, in termini di doverosa concretezza, il senso di appartenenza alla collettività in cui vive.

Nella chiave di lettura che si propone, dunque, i doveri della cittadinanza amministrativa vengono a costituire differenti declinazioni del principio costituzionale di solidarietà, e, per questo, con forma e cogenza diversa. Così alcuni sono mediati dalla appartenenza, altri dalla sussidiarietà, altri ancora dalla legalità, ma in tutti ricorre il *medium* della 'appartenenza sociale', ove l'appartenenza al territorio non costituisce il presupposto per una chiusura identitaria, ma è invece la base per una cittadinanza condivisa.

2.1. *Dovere di solidarietà e partecipazione procedimentale*

Sul versante più strettamente amministrativistico, che qui interessa, è noto come, sulla scorta della ravvisata centralità delle regole procedimentali, in capo alla p.a. siano stati ravvisati numerosi obblighi nei confronti del cittadino amministrato, sul quale, per converso, grava un rilevante dovere collaborativo, che lo trasforma da amministrato in amministratore dell'interesse pubblico, pur nella consapevolezza che la vera spinta collaborazionista è il soddisfacimento della utilità personale.

Nondimeno, è stato autorevolmente evidenziato che è proprio «nel collegamento con il diritto-dovere dell'individuo di adempiere agli obblighi di solida-

rietà sociale che la partecipazione si trova indissolubilmente legata con la cittadinanza, intesa non già come mera appartenenza dell'individuo al territorio, bensì in termini di «cittadinanza sociale», sì da configurarsi una «partecipazione “solidale” del nuovo cittadino» alla attività della pubblica (Saitta, 2006: 343).

Dovere di informare, dunque, *ex parte privatorum*, che consente ed impone finanche all'individuo una partecipazione attiva alle scelte della collettività cui appartiene, in una prospettiva, è vero, di raggiungimento dell'utilità personale, ma attraverso il perseguimento del comune interesse. Dovere di informazione amministrativa di particolare valore in quanto intesa come «richiesta di un contesto di opzioni realmente possibili» ove «la considerazione della progettualità individuale [...] consente il recupero della dimensione collettiva [...]» (D'Orsogna, 2005: 45-46).

Il profilo doveroso della partecipazione non emerge solo in quanto volta a garantire alla amministrazione la completezza delle informazioni per la ottimizzazione dell'interesse pubblico in concreto perseguito. Piuttosto si manifesta «come esigenza di informazione piena e consapevole sulla consistenza e sulla rilevanza delle decisioni amministrative *in fieri* e di conseguente loro contestabilità dai diversi punti di vista presenti nelle comunità interessate» (Sorace, 2008: 8).

Trattasi di un dovere, poi, che assume carattere ancor più incisivo nei procedimenti a carattere generale (Cocconi, 2010), poiché il cittadino viene coinvolto, per il tramite della partecipazione al procedimento amministrativo, nell'esercizio della sovranità 'orizzontale' (Merusi, 2010: 942 sgg.; Gaboardi, 2015) È quanto avviene, ad esempio, nella partecipazione alla formazione degli atti di natura regolamentare delle Autorità amministrative indipendenti (Banca d'Italia, CONSOB, ISVAP e COVIP *ex art. 23 l. 28.12.2005, n. 262*) ove la partecipazione realizza la dialettica propria delle strutture rappresentative, contribuendo a colmare il deficit di legittimazione democratica proprio delle autorità indipendenti (Clarich, 2005: 163 sgg. e 2004: 201 sgg.; Cocconi, 2010: 141).

Al dovere di partecipazione procedimentale è, altresì, strettamente connesso il dovere di correttezza e buona fede «intesa come onestà e veridicità del comportamento», considerata, peraltro, la più significativa espressione del dovere di solidarietà anche nei rapporti di diritto privato (Cippitani, 2010: 53) Solo in tale evenienza la partecipazione potrà dirsi declinazione del dovere di solidarietà. Ed anzi, nei rapporti con la p.a. il dovere di buona fede, mediato anche dal principio di legalità, è un «vero e proprio dovere civico di dare un leale contributo al raggiungimento del fine pubblico, del quale il cittadino è solidalmente responsabile: da qui il dovere del cittadino partecipante di essere sincero e non reticente [...] non solo non riferendo il falso, ma anche non tacendo alcunché di potenzialmente rilevante». Invero, il principio di parità delle armi, sempre invocato dal cittadino nei confronti della p.a., deve trovare applicazione bilate-

rale, con conseguente responsabilità del soggetto il quale, per omessa o inesatta informazione, abbia fuorviato l'amministrazione, analogamente a quanto avviene per la violazione dell'obbligo di correttezza nell'ambito dei contratti pubblici² (Saitta, 2006: 343 e 2005: 113-114 e *passim*; Mangano, 1995: 147). In tale evenienza potrebbe anche riscontrarsi una vera e propria riserva mentale del soggetto, il quale potrebbe attendere l'emanazione del provvedimento per impugnarlo davanti al giudice amministrativo in uno con la richiesta di risarcimento del danno. Nondimeno, la giurisprudenza non ha mancato di sanzionare il privato che, pur potendolo fare, non abbia reso noti all'amministrazione gli elementi in suo possesso. Difatti il giudice, in tale evenienza, ha ravvisato una forma di acquiescenza del privato nei confronti dell'atto da adottare, con conseguente preclusione dell'azione giurisdizionale, in quanto in contrasto con il comportamento tenuto in precedenza³ (Barone, 2006).

Attraverso la lente della partecipazione, poi, anche l'istituto degli accordi *ex art. 11 l. n. 241/90* disvela un profilo di doverosità nella misura in cui si appalesa come strumento di sollecitazione del cittadino per la realizzazione dell'interesse della collettività alla chiusura non solo del procedimento ma del possibile conflitto ad esso sotteso (Romano Tassone, 2002: 269 sgg.).

Ed ancora, la stretta connessione della solidarietà alla responsabilità (e al senso di responsabilità) per il tramite della buona fede trova corrispondenza con il dovere di non ostacolare il buon andamento dell'azione amministrativa anche attraverso il corretto uso dell'autocertificazione. Ne è riprova la stessa creazione di origine pretoria degli istituti del soccorso istruttorio e del c.d. falso innocuo, in materia di contratti pubblici, entrambi volti a rimediare a 'sviste' del privato nel pur pregevole intento di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie. Quanto al primo, recentemente avallato dal legislatore, consente la regolarizzazione delle dichiarazioni prodotte, ma con inevitabile allungamento dei tempi procedurali a discapito del buon andamento della azione amministrativa⁴. La stazione appaltante, infatti, deve assegnare al concorrente un termine (non superiore a dieci giorni) affinché provveda alla integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni (Saitta, 2014; Mastragostino, 2014)⁵, con il rischio di una certa trascuratezza del partecipante il quale sa che, comunque, può contare sul soccorso istruttorio e sull'ulteriore termine di legge...

Quanto al falso innocuo, gli stessi Giudici di Palazzo Spada non hanno mancato di rilevare come l'istituto, nato in campo penale nei reati contro la fede pubblica e poi esteso alle procedure ad evidenza pubblica, possa essere fonte di disguidi e ritardi. Per questo si precisa che «[...] il falso è innocuo quando non incide neppure minimamente sugli interessi tutelati. Nelle procedure di evidenza pubblica la completezza delle dichiarazioni, invece, è già di per sé un valore

da perseguire perché consente [...] la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara»⁶ e, dunque, «spetta al concorrente il dovere della diligenza nella osservanza delle disposizioni di legge e concorsuali proprio ai fini della tutela dell'interesse al concorso»⁷.

Per altro verso, poi, il ridetto legame con la responsabilità rammenta altresì il principio *ignorantia legis non excusat*, da cui derivare un generale dovere di informarsi da parte del cittadino che, nel suo rapporto con la p.a. può avvenire non solo tramite gli sportelli ma soprattutto attraverso i siti web. Ecco riemergere, allora, un diverso e più attuale obbligo di istruzione nel senso della necessaria alfabetizzazione digitale dei soggetti ai fini della consultazione di siti web delle pubbliche amministrazioni, quantomeno in condizione di reciprocità con una amministrazione ormai obbligata alla digitalizzazione⁸.

2.2. *Dovere di solidarietà e sussidiarietà orizzontale*

Questo tentativo di smussamento del primigenio paradigma bipolare che vede(va) l'individuo contro l'amministrazione trova conferma nel principio di sussidiarietà orizzontale *ex art. 118 cost.*, ovvero in una collaborazione dei cittadini che oscilla tra doverosità e volontariato. La norma, che rivolgendosi ai 'cittadini' e non ai 'privati' sottolinea il legame con la comunità di quanti si attivano nell'interesse generale (Arena, 2006: 147), riconosce non solo la libertà ma finanche l'esistenza di un dovere di solidarietà e responsabilità che nasce dal riconoscimento del principio di sussidiarietà e l'imposizione alle amministrazioni di un corrispondente obbligo di ausilio (*rectius* di lasciarsi aiutare... sia per coprire le mancanze che per integrare i servizi esistenti). Si viene così a modificare l'impostazione di quel rapporto introducendo al suo interno, oltre ai diritti nei confronti dell'amministrazione, anche poteri autonomi quali, appunto, quelli previsti dall'art. 118, u.c. Cost. Per questa via si giunge a quelle forme di partenariato pubblico-privato che si collocano tra solidarietà e sussidiarietà (Di Giovanni, 2012; De Geronimo, 2012; Dugato, 2011), caratterizzate dalla assunzione della obbligazione, da parte del privato, della realizzazione di opere pubbliche o di pubblico interesse (scuole, ospedali, carceri) a fronte di un pagamento (in genere rateizzato) con diverse modalità del servizio reso.

Questa nuova forma di partecipazione democratica che si viene a configurare non sembra riconducibile né alle categorie tradizionali della partecipazione politica né a quelle più recenti della partecipazione al procedimento amministrativo, sottolineandosi, anzi, la necessità di un 'essere per gli altri' (Benvenuti, 1994: 128; Giglioni, 2009: 218). In forza del principio che giustifica la sussidiarietà orizzontale, si passa da una «cittadinanza legale» (che si ispira a criteri meramente formali), ad una «cittadinanza amministrativa», cioè attiva (legata a

criteri sostanziali) (Arena, 2006: 142 sgg.; Gaboardi, 2015). In buona sostanza, questa forma di sussidiarietà «dinamica» rende i membri di una comunità soggetti attivi che svolgono la loro attività nell'interesse generale di tutta la collettività come «popolazione amministrativa» che qualifica in concreto ciò che è stabilito prima in astratto (D'Atena, 2001: 13; Salerno, 2010: 13 sgg.; Arena, Cotturri, 2010: 139 sgg.; Costa, Pizzolato, 2013). Come è stato affermato questo consente all'individuo di «recuperare sempre più concretamente la propria identità personale come cittadino, ma orientato al bene comune [...] convocato (secondo l'etimologia della parola la quale risale al latino *citatorium*) perché si associ in vista del bene comune» (Papa Francesco, 2013: 43 sgg.) che deve contribuire a realizzare e del quale, ovviamente, anch'egli si avvantaggia.

Il dovere di solidarietà, che nel nostro ordinamento si declina anche nella partecipazione alla vita cittadina, pare configurarsi come *quid proprium* della cittadinanza amministrativa, caratterizzata così da un continuo evolversi, in sintonia con l'evolversi dei principi costituzionali fondanti la medesima, da una cittadinanza-appartenenza (Arena, 2006: 144) ad una cittadinanza-attiva: intimamente connessa, come accennato, al dovere partecipativo e collaborativo dell'individuo nella realizzazione del bene comune ('comune', appunto, non 'alieno' né 'altrui', ma anche 'proprio').

2.3 *Dovere di solidarietà e volontariato*

Ove si considerino, peraltro, le molteplici modalità di espressione della cittadinanza attiva, il principio della sussidiarietà orizzontale viene a costituire pietra angolare anche per l'attività dei cittadini volontari (c.d. cittadini-extra) i quali «fanno volontariamente cose che i cittadini normali farebbero solo se costretti e che i cittadini-parassiti non farebbero in nessun caso» (Tarli-Barbieri, 2006: 2069). In effetti, i volontari sommano ai già esistenti doveri di cittadinanza ulteriori nuovi 'doveri' senza obbligo alcuno in tal senso, superando lo schema tradizionale pubblico-privato, per fondare una società basata sul pluralismo delle formule organizzative grazie alla collaborazione di quanti interpretano la cittadinanza come un dover attivarsi per il bene comune. Non dimentichiamo che la stessa Corte Costituzionale ha ritenuto il volontariato «la più diretta manifestazione del principio di solidarietà sociale», per il quale la persona non agisce per utilità personale né per imposizione di un'autorità, «ma per libera espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa»⁹. In effetti il carattere della doverosità viene fortemente attenuato nel volontariato, ove permane solo in senso etico e morale, ma sempre espressione di una partecipazione attiva dei cittadini promossa anche in ambito europeo¹⁰. La stessa Corte di Giustizia¹¹ ha considerato non contrastante con i principi di libertà di stabilimento e di li-

bera prestazione di servizi la normativa nazionale, nella specie la l. 11.8.1991, n. 266 (*Legge quadro sul volontariato*), che preveda l'affidamento diretto in via prioritaria e senza alcuna forma di pubblicità alle associazioni di volontariato convenzionate, a condizione che l'attività di queste ultime contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio perseguiti con la disciplina interna.

A ben considerare nella stessa prospettiva può trovare collocazione la disciplina relativa al servizio civile¹², *medium* attraverso il quale anche il sacro dovere di difesa della patria diventa declinazione del principio solidaristico. Secondo il *dictum* ormai consolidato della Corte Costituzionale, trattasi, infatti, di una forma spontanea di «impegno sociale non armato» per la salvaguardia e promozione dei valori comuni, un'altra forma di difesa della comunità in cui l'individuo vive, che si traduce nella prestazione di servizi rientranti nella solidarietà e nella cooperazione a livello nazionale ed internazionale (attività che investono i più diversi ambiti) materiali, come l'assistenza sociale, la tutela dell'ambiente, la protezione civile .

Particolarmente significativa, peraltro, in questa lettura evolutiva dell'art. 52 Cost. alla luce dei doveri inderogabili di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.¹⁴, si appalesa la recentissima decisione con cui la Corte ha pronunciato l'incostituzionalità dell'art. 3, c.1, del d.lgs. 5.4.2002, n. 77, nella parte in cui prevede il requisito della cittadinanza italiana ai fini dell'ammissione allo svolgimento del servizio civile. Asserisce, difatti, la Corte che appare del tutto irragionevole escludere i cittadini stranieri, che risiedono regolarmente in Italia, dalle attività cui si riconnettono tali doveri, anche perchè «l'estensione del servizio civile a finalità di solidarietà sociale, nonché l'inserimento in attività di cooperazione nazionale ed internazionale, di salvaguardia e tutela del patrimonio nazionale, concorrono a qualificarlo – oltre che come adempimento di un dovere di solidarietà – anche come un'opportunità di integrazione e di formazione alla cittadinanza»¹⁵.

3. Integrazione europea e 'nuovi' doveri del cittadino: dovere di solidarietà e tutela ambientale

Rinviando la problematica 'europea' dei doveri della cittadinanza amministrativa alla trattazione *ad hoc*, non può sottacersi come ai sensi dell'art. 20 T.F.U.E., par. 2 sia genericamente previsto che «I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati», i quali fanno riferimento a quelli presenti nelle legislazioni nazionali. Manca, per vero, uno specifico elenco di doveri per i cittadini europei, circostanza che trova giustificazione nel fatto che, ad oggi, l'Unione non si può configurare come un ente dotato delle stesse caratteristiche dello Stato nazionale, con reciprocità di diritti e doveri nei

confronti dei cittadini, come accade nei singoli ordinamenti. «Sul piano politico per la funzione simbolica che è chiamata a svolgere ai fini di un'identificazione dei cittadini con l'Unione tale qualifica si impernia più sui diritti che sui doveri». Del resto è significativo il fatto che l'art. 25 T.F.U. disciplina una procedura semplificata di revisione dei trattati per integrare il contenuto dello status di cittadino dell'Unione solo per completare i diritti di cittadinanza elencati all'art. 20 par. 2, non anche i doveri (Adam, Tizzano, 2014: 397). Nondimeno potrebbe essere possibile rintracciare un nucleo di doveri che sembrano costituire il fondamento stesso dell'Unione, ovvero il rispetto della diversità delle culture europee ed il dovere di solidarietà (Lepore, 2009). Dovere, questo, che appare anche specificamente nella Carta europea dei diritti dell'uomo nella Città (Saint Denis, 18.5.2000). Si riconosce, difatti, a tutti gli abitanti, indipendentemente dalla propria nazionalità, il 'diritto alla Città', il diritto, cioè, di risiedere in una Città e di trovarvi le condizioni necessarie per appagare le proprie aspirazioni dal punto di vista politico, sociale ed ambientale assumendo nel contempo i propri doveri di solidarietà (artt. I e VI). Più di recente, ancora, nel Parere del Comitato delle regioni sul tema *Relazione sulla cittadinanza UE 2010-2011/C 166/02* tra gli 'Obiettivi prioritari degli enti regionali e locali' viene indicata 'la cittadinanza attiva' raccomandasi il potenziamento della partecipazione attiva dei cittadini alla vita delle comunità locali e la necessità di sostenere a tal fine, come accennato, l'azione del volontariato.

Ecco dunque emergere, pure in ambito europeo, quel dovere di solidarietà di cui si è discusso finora a livello di ordinamento interno, da collegare ad una cittadinanza rapportata non tanto allo *ius soli* quanto piuttosto allo *ius loci*, formula questa con significato più profondo, che suggerisce una «presa in considerazione dei territori come luoghi complessi di formazione delle società entro cui operano i soggetti non scissi dal contesto politico, sociale e culturale» (Azzariti, 2011: 449, n. 33). Dovere che contribuisce alla emersione di una accezione poliedrica della cittadinanza amministrativa, nel senso cioè, di 'non sferica' (la quale, invece, si associa al massificato che annulla il principio personalista), diversificata per la diversità dei partecipanti, ma che tuttavia consente al cittadino di conservare «la sua peculiarità personale [...] ma inserito in una comunità [...] (secondo ciò che) dà fondamento (alla) caratteristica essenziale dell'essere cittadino, la prossimità» (Papa Francesco, 2013: 67-68).

I problemi che si pongono, in proposito, riguardano essenzialmente la difficoltà di una individuazione esaustiva (del contenuto) dei doveri 'sociali' la cui violazione, comunque, non comporta il venir meno della 'cittadinanza' europea, così come non inficia la 'cittadinanza amministrativa'. Non pare ancora chiaramente riscontrabile un'Europa dei doveri che incidano direttamente sulla cittadinanza (Adam R., 2014: 38; Adam, Tizzano, 2014: 397), pur senza trascura-

re che i doveri degli Stati ricadono indirettamente sui cittadini i quali diventano essi stessi strumenti della attuazione del diritto comunitario (doveri), creandosi una sinergia tra ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale, che divengono così complementari. Invero, la cittadinanza europea fa sentire i suoi effetti più sulla posizione del cittadino all'interno degli Stati membri che non nei confronti dell'Unione, in via di estrema sintesi seguendo lo schema: cittadinanza politica = appartenenza ad uno Stato; cittadinanza europea = appartenenza ad uno Stato membro; cittadinanza amministrativa = appartenenza ad un territorio. In questa prospettiva, si può comunque individuare un dovere di stretta derivazione comunitaria, anch'esso declinazione del principio di solidarietà, ovvero il dovere di tutela ambientale, ché anzi dalla natura, ove «gli uomini vivono in simbiosi (fra di loro e con essa) [...] sorge il profondo valore della solidarietà come vincolo indefettibile dell'umanità» (Benvenuti, 1994: 89). Negli anni più recenti autorevole dottrina ha chiaramente enunciato la condivisibile e persuasiva tesi che l'ambiente sia espressione di un dovere di solidarietà politica, economica e sociale, di cui all'art. 2 Cost., la cui più significativa manifestazione possiamo ravvisare nel principio dello sviluppo sostenibile, il quale «soddisfa i bisogni delle generazioni presenti senza compromettere le possibilità per le generazioni future di soddisfare i propri»¹⁶. Qui emerge ancor più sensibilmente la dimensione etica del principio di solidarietà, cui si è già accennato, configurandosi, per la violazione del dovere di tutela ambientale, una assunzione di responsabilità nei confronti delle generazioni future che coinvolge l'idea stessa di umanità (Fracchia, 2002; Grasso, 2003: 581 e 2007; Martines, 1996: 23; Morbidelli, 1996: 1166).

Questo il substrato etico, il pre-giuridico, della disciplina interna sulla tutela dell'ambiente (non solo di settore), che pare costituire chiave di lettura anche nel rapporto tra cittadino e p.a nella materia *de qua*. Ciò non esclude, peraltro, che il giuridico positivizzato, in una declinazione della solidarietà mediata dalla legalità, preveda specifiche e consistenti sanzioni¹⁷ a carico di quanti violino le norme poste a tutela dell'ambiente (sia considerato nella sua unitaria accezione valoriale che nelle sue articolazioni settoriali).

4. Conclusioni

L'evoluzione del sistema, come accennato in principio, sembra condurre al passaggio da quella che è stata definita una «cittadinanza di status» e sociale ad una «cittadinanza amministrativa (concretamente) partecipata», una cittadinanza includente anche i migranti in quanto in grado di coinvolgere tutti i soggetti che si attivano nell'interesse generale attorno a progetti di pubblica utilità, nei limiti delle loro possibilità e competenze (Azzariti, 2011: 442-443; Rodotà, 2014).

Difatti, la breve disamina fin qui condotta, induce a ritenere che è attraverso la manifestazione di una solidarietà 'partecipata' che si rende concreto il senso di 'appartenenza' e autentico il far parte della collettività in cui si vive, di tal che fondamento stesso della cittadinanza amministrativa non si appalesa il rapporto *tout court* con l'amministrazione, né la mera convivenza quanto, piuttosto, l'atteggiamento attivo proprio della 'doverosità partecipativa' e 'solidaristica'.

Trattasi, in buona sostanza dei cosiddetti doveri di collaborazione civica, riproduzione dei sempre esistiti principi di solidarietà in situazioni emergenziali (pericolo o danno), che hanno come punto di riferimento la collettività locale (Giannini, 1993: 178; Gallo, 2002: 488). Il dovere nella lettura che si è proposta perde allora quella dimensione individuale che invece riscontriamo nei diritti del cittadino amministrativo il quale «conquista in tal modo [...] anche la coscienza di un essere per gli altri» (Benvenuti, 1994: 128).

In tale prospettiva, ciò che rende cittadini attivi sembra essere quel dovere funzionalizzato che già conosciamo come *sollen* in capo alla p.a. per il perseguimento del bene comune. Come lo Stato è divenuto *welfare* con l'aumentare dei propri doveri, così anche il cittadino è sempre più cittadino (amministrativo) 'effettivo' con l'aumentare dei suoi doveri i quali si configurano come posizioni (doverosamente) attive.

Questo consentirà forse di pervenire «ad un più maturo e leale rapporto tra amministrazione e cittadino, dimodoché la c.d. libertà attiva di quest'ultimo trovi nella partecipazione e nella solidarietà i suoi specifici elementi di qualificazione» (Saitta, 2005: 128).

Note

- ¹ «[...] la quale esprime, accanto alla somma dei poteri attribuiti al proprietario nel suo interesse, il dovere di partecipare alla soddisfazione di interessi generali, nel che si sostanzia la nozione stessa del diritto di proprietà come viene modernamente intesa e come è stata recepita dalla nostra Costituzione» (C. cost., 23.4.1986, n.108; C. cost. 30.4.2015, n.71).
- ² TAR Lombardia, Milano, sez. II, 20.3.2014, n. 736.
- ³ TAR Puglia, sez. I, 9.5.2002, n. 2269.
- ⁴ Cons. St., A.P., 25.2.2014, n. 9; Cons. St., A.P., 30.7.2014, n. 16.
- ⁵ Art. 38, c. 2 *bis*, e art. 46 c. 1 *ter*, d.lgs. 12.4.2006 n.163 (*Codice dei contratti pubblici dei lavori, servizi e forniture*), mod. dalla l. 11.8.2014, n. 114, di conv. del d.l.n. 90/2014, previgente. La modifica dell'intero Codice, peraltro, nonostante significative novità, lascia termine e *ratio* inalterati, ed anzi, il d.lgs. 18.4.2016, n. 50, intitola espressamente l'art. 83, *Criteri di selezione e soccorso istruttorio*, richiedendo la regolarizzazione anche delle mere irregolarità formali, ovvero dei casi di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali (c. 9).
- ⁶ Cons. St., sez. III, 16.3.2012, n. 1471.
- ⁷ Cons. St., sez. III, 8.9.2014, n. 4543.
- ⁸ D.lgs. 7.3.2005, n. 82 (*Codice dell'amministrazione digitale*); d.lgs. 14.3.2013, n. 33 (*Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*); d.p.r. 13.11.2014, in G.U. Serie Generale n. 8 del 12-1-2015 (*Regole tecniche in materia di formazione, trasmissione, copia, duplicazione, riproduzione e validazione temporale dei documenti informatici... delle pubbliche amministrazioni*).
- ⁹ C. cost., 28.2.1992, n.75 e C. cost., 31.12.1993, n. 500.
- ¹⁰ Decisione 27 novembre 2009 del Consiglio dell'UE che ha designato il 2011 come *Anno europeo delle attività di volontariato che promuovono la cittadinanza attiva*.
- ¹¹ C. giust., 11.12.2014, C-113/13, *ASL n.5 Spezzino et al. c. San Lorenzo Soc. coop. sociale e Croce Verde Cogema onlus*.
- ¹² D.lgs. 5.4. 2002, n. 77 (*Disciplina del Servizio civile nazionale a norma dell'articolo 2 della L. 6 marzo 2001, n. 64*).
- ¹³ C. cost., 16.7.2004, n.228.
- ¹⁴ C. cost., 10.12.2013, n. 309.
- ¹⁵ C. cost., 25.6.2015, n. 119.
- ¹⁶ Rapporto Brundtland, *Our Common Future*, 1987.
- ¹⁷ ...tanto da indurre il legislatore, con recentissima normativa, a prevedere nuove fattispecie criminose (non più meramente contravvenzionali) a tutela dell'ambiente l. 22.5.2015, n. 68, *Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente*.

Riferimenti bibliografici

- Abbamonte G. 1967, *Diritto all'istruzione e l'obbligo scolastico*, in C.M. Iaccarino, *L'istruzione, Atti del Congresso celebrativo del centenario delle Leggi Amministrative di unificazione*, Neri Pozzi, Vicenza: 37 sgg.
- Adam R. 2014, *Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione* (ed. orig. 1992), in F. Dal Pozzo, M.C. Reale (a cura di), *La cittadinanza europea*, Giuffrè, Milano: 31 sgg.
- Adam R., Tizzano A. 2014, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino.
- Arena G. 2006, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all'Italia*, Laterza, Roma-Bari.
- 2008, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè, Milano: 37 sgg.
- 2010, *La cittadinanza amministrativa. Una nuova prospettiva per la partecipazione*, in *Espaço Jurídico Joaçaba*, XI (2): 522-529, in <<http://editora.unoesc.edu.br>> (10/2016).
- Arena G., Cotturri G. (a cura di) 2010, *Il valore aggiunto. Come la sussidiarietà può salvare l'Italia*, Carocci, Roma.
- Azzariti G. 2011, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. pubbl.*: 425 sgg.
- Barone G. 2006, *I modelli di partecipazione procedimentale*, in *Giust.amm.*, <<https://www.giustamm.it/bd/dottrina/2528>> (10/2016).
- Benvenuti F. 1969, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in F. Benvenuti, G. Miglio (a cura di), *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti, Atti del Congresso celebrativo del centenario delle Leggi Amministrative di unificazione*, Neri Pozzi, Vicenza: 65 sgg.
- 1994, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio, Venezia.
- Berti G. 1997, *Cittadinanza, cittadinanze e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. cost.*: 3 sgg.
- Caputi Jambrenghi M.T.P. 2008, *Volontariato Sussidiarietà Mercato*, Cacucci, Bari.
- Cavallo Perin R. 2004, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. Amm.*: 201 sgg.
- 2005, *L'ossimoro della locuzione "cittadinanza globale"*, in *Dir. Amm.*: 211 sgg.
- Cerri A. 1988, *Doveri pubblici*, in *Enc. giur.*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, XII.
- Cianferotti G. 2011, *L'attività interna nella storia dell'amministrazione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 725 sgg.
- Cippitani R. 2010, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Università degli Studi di Perugia, Perugia.
- Clarich M. 2004, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Studi economico-giuridici – In memoria di F. Ledda*, I, Giappichelli, Torino: 201 sgg.
- 2005, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, il Mulino, Bologna.
- Cocconi M. 2010, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Cedam, Padova.

- Costa P., Pizzolato F. 2013, *Il lato oscuro della sussidiarietà*, Giuffrè, Milano.
- D'Atena A. 2001, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 1: 13 sgg.
- D'Orsogna M. 2005, *Informazione ed invalidità dell'azione amministrativa*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto di informazione*, Giappichelli, Torino: 8 sgg.
- De Geronimo P.G. 2012, *Il ruolo del privato nella programmazione per accordi. Dalla contrattazione programmata alla programmazione negoziata*, Aracne, Roma.
- Di Giovanni A. 2012, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Giappichelli, Torino.
- Dugato M. 2011, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Giappichelli, Torino: 55 sgg.
- Forte P. 2008, *Appunti per una base costituzionale della cittadinanza*, in *Amministrazione in cammino*, <<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/2008/10/02>> (10/2016).
- Fracchia F. 2002, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art.2 e doveri di solidarietà ambientale*, in *Il dir. dell'econ.*: 215 sgg.
- Gaboardi F. 2015, *Sovranità e cittadinanza nella costituzione repubblicana*, in *Il Diritto Amministrativo*, <<http://www.ildirittoamministrativo.it/studi/index.php?anno=2015>> (10/2016).
- Gallo C.E. 2002, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. Amm.*: 481.
- Giannini M.S. 1970, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- 1993, *Diritto amministrativo* (III ed.), vol. I, Giuffrè, Milano.
- Gigliani F. 2009, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, in *Foro amm. C.d.S.*: 2909 sgg.
- Grasso G. 2003, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra Costituzioni nazionali, Carta dei diritti e progetto di Costituzione europea*, in *Pol. Dir.*: 581 sgg.
- 2007, *L'ambiente come dovere pubblico 'globale': qualche conferma nella giurisprudenza del giudice delle leggi?*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice delle leggi*, Giappichelli, Torino: 386 sgg.
- Kelsen H. 1945 (trad. it. 1994), *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milano.
- Lepore V. 2009, *Le nuove frontiere della cittadinanza: il ruolo delle Città e delle Amministrazioni locali*, in *Cittalia*, <<http://www.cittalia.it/index.php/lafondazione/pubblicazioni/item/1775>> (10/2016).
- Lombardi G. M. 1967, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano.
- Manganaro F. 1995, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, ESI, Napoli.
- Martines T. 1996, *L'ambiente come oggetto di diritti e di doveri*, in V. Pepe (a cura di), *Politica e legislazione ambientale*, ESI, Napoli: 23 sgg.

- Mastragostino F. (a cura di) 2014, *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove Direttive europee e del D.l. 90 del 2014*, Giappichelli, Torino.
- Merusi F. 2010, *Per il ventennale della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 939 sgg.
- Miglio G. 1969, *Le contraddizioni dello stato unitario*, in F. Benvenuti, G. Miglio (a cura di), *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti, Atti del Congresso celebrativo del centenario delle Leggi Amministrative di unificazione*, Neri Pozzi, Vicenza: 25 sgg.
- Morbidelli G. 1996, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, II, Giuffrè, Milano: 1121 sgg.
- Papa Francesco 2013, *Noi come cittadini, Noi come popolo*, Jaca Book, Milano.
- Pizzolato F., Buzzacchi C. 2008, *Doveri costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. III, Utet, Torino: 319 sgg.
- Polacchini F. 2013, *Il principio di solidarietà*, in L. Mezzetti (a cura di), *Diritti e doveri*, Giappichelli, Torino: 227 sgg.
- Police A. 2002, *Federalismo "asimmetrico" e dequotazione dell'eguaglianza: le fragili fondamenta della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. econ.*: 489 sgg.
- Rodotà S. 2014, *Solidarietà, un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari.
- Romano S. 1983, *Frammenti di un dizionario giuridico* (ed. orig. 1947), Rist. inalt., Laterza, Roma-Bari.
- Romano Tassone A. 2002, *Il controllo del cittadino sulla nuova amministrazione*, in *Dir. amm.*: 269 sgg.
- Saitta F. 2005, *Del dovere del cittadino di informare la pubblica amministrazione e delle sue possibili implicazioni*, in Manganaro F., Romano Tassone A. (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto di informazione*, Giappichelli, Torino: 111 ss.
- 2006, *Cittadinanza, partecipazione procedimentale e globalizzazione (appunti preliminari sulla funzione dell'istituto partecipativo nell'era del diritto globale)*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone (a cura di), *Codice delle cittadinanze*, Giuffrè, Milano: 331 sgg.
- 2014, *Forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi: considerazioni sparse sull'art. 39 del decreto legge n. 90 del 2014, convertito con legge n. 114 del 2014*, in *LexItalia*, <<http://www.lexitalia.it/a/2014/37552>> (10/2016).
- Salerno G.C. 2010, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'unione europea*, Giappichelli, Torino.
- Sorace D. 2008, *La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60° anniversario della Costituzione*, in *Costituzionalismo*, <<http://www.costituzionalismo.it/articoli/277/>> (10/2016).
- Tarli-Barbieri G. 2006, *Doveri inderogabili*, in *Dizionario dir. pubbl.*, dir. da S. Cassese, vol. III, Giuffrè, Milano: 2066 sgg.
- Violante L. 2014, *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, Torino.

CONCETTO DI *STATUS* NEL DIRITTO EUROPEO.
DOVERI INESPRESSI A FRONTE DEI DIRITTI SANCITI
DALL'UNIONE EUROPEA

Valentina Colcelli

SOMMARIO – 1. Quadro di riferimento iniziale. 2. La rilevanza degli *status* soggettivi nel processo di integrazione europea. 3. *Status* di cittadino e soggettività giuridica europea. 4. Cittadinanza UE come *status* fondamentale e principio di non discriminazione: una nuova strada per la questione sociale nell'Europa 'unitaria'. 5. *Status* di familiare e di cittadino: formazione dello *status* nel Paese di provenienza, le conseguenze nello Stato di destinazione. 6. *Status* di cittadino dell'Unione europea: ... *avoid alienage*. 7. Doveri inespresi quale breve riflessione conclusiva.

1. Quadro di riferimento iniziale

Il presente lavoro cercherà di analizzare lo *status* di cittadino europeo nella sua duplice estensione di chiara espressione di diritti e meno certa esistenza di doveri, partendo dalla funzione che può essere assegnata nel sistema giuridico dell'Unione europea alla nozione di *status*.

Nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, infatti, con il diritto di circolare liberamente circola anche lo *status* della persona, ovvero circolano tutte le pre-condizioni che sono supposte dalla normativa UE per la sua stessa operatività e soprattutto per la realizzazione dei fini del sistema.

Il legislatore dell'Unione europea, infatti, per la realizzazione del suo mercato e dei suoi obiettivi (artt. 2, 3 e 6 T.U.E.) emana atti legislativi ordinandoli secondo la tipologia dei soggetti destinatari, individuando insiemi di vicende economiche attorno alle quali raggruppare la disciplina di ogni sua attività (v. *infra*, § 2). Questi, pertanto, ha modificato gli *status* individuali che provengono dalla tradizione civilista (lo *status* di lavoratore – v. *infra*, § 2 –, lo *status* di cittadino – v. *infra*, § 4 – ecc.), ma ha anche dato dignità nuova a quegli *status* definiti «occulti» o indiretti che sono nati per perpetuare discriminazioni – come quello di omosessuale o convivente di fatto – eliminandoli ovvero attribuendo a questi la dignità dello *status* di familiare, di padre o di madre (v. *infra*, § 5).

La normativa richiamata ha creato e crea, inoltre, *status* nuovi rispetto a quelli che derivano dalla tradizione delle categorie civilistiche, come quegli *status* economici direttamente connessi alla creazione del mercato interno (es. lo *status* di consumatore) (v. *infra*, § 2).

Alla luce del diritto UE, la nozione di *status* trova, inoltre, nuovo vigore nella lettura realizzata dalla Corte di Giustizia che introduce l'espressione 'stato fondamentale' di ciascun cittadino a riguardo della cittadinanza europea¹.

Va invero ricordato che l'Unione Europea (anche contraddittoriamente – o più o meno consciamente – rispetto alle sue stesse politiche economiche e di austerità nei confronti degli Stati membri), facendo del cittadino lo *status* fondamentale e garantendone la libertà di circolazione, afferma altresì il diritto di movimento della sua dimensione sociale.

Con lo *status* circola la condizione sociale della persona connotata nel proprio paese di origine e destinata a trovare una sua dimensione non solo economica nello stato membro di destinazione.

La riflessione riguardante gli *status* personali, rispetto alla libera circolazione delle merci e dei cittadini, oscilla tra l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento e del principio di non discriminazione in base alla cittadinanza. Ad esempio la nozione di *status* di familiari e di figlio avrà una lettura più ampia ovvero maggiormente restrittiva a seconda che il riferimento sia la sentenza *Reed* e la Direttiva n. 2004/38 o invece essa discenda da una lettura giurisprudenziale connessa al rispetto dei diritti fondamentali come base giuridica comune e all'applicazione del Regolamento n. 2201/2003.

L'uno e l'altro orientamento rispecchiano il duplice approccio che l'Unione riserva alla persona nel suo sistema, proteso come è tra il mercato e i diritti fondamentali dove la libertà di circolazione è strumento di bilanciamento tra l'uno e gli altri.

Seppure, invero, si possa essere portati a pensare che la legislazione dell'Unione europea sia caratterizzata dalla sovranità della dimensione economica e del diritto connesso alla sua regolamentazione, è indirettamente l'individuo al centro dell'ordinamento giuridico dell'Unione e comunque è l'individuo il destinatario primo, così come anche indiretto di quella stessa normativa (Bartolini, 2005: 51), sia sul piano dei rapporti verticali che su quello degli orizzontali (Colcelli, 2013a: 265).

La libera circolazione per i cittadini europei significa, infatti, anche diritto di soggiorno, vantaggi sociali, diritto alla stipula dei contratti (contratti di lavoro non solo) e l'estensione di alcuni diritti anche ai familiari (Libera circolazione dei lavoratori – realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità – COM (2002) 694). Così il diritto alla libera circolazione dei cittadini, in ragione del principio di non discriminazione, ha un effetto diretto e indiretto sullo stato della persona e il rispetto dei diritti fondamentali e di quelli sociali, ma anche sul diritto di famiglia, dei contratti e sul *welfare state* del paese di destinazione.

Pare, allora che, cittadinanza, libera circolazione, benessere individuale in ragione dei flussi di migrazione regionale all'interno degli stati membri, vada

oramai letto anche alla luce della distribuzione del reddito e della sostenibilità dei sistemi di *welfare* nazionali (v. infra, § 6). Pertanto può essere utile la ricerca (non pacifica nella dottrina) di possibili doveri di cittadinanza europea che non siano diretti soltanto agli Stati, ma ripartiti su gli stessi cittadini (v. infra, § 7).

2. *La rilevanza degli status soggettivi nel processo di integrazione europea*

Gli aspetti della personalità che la dottrina moderna eleva a diritti soggettivi sono, di regola, disciplinati dal diritto privato, di solito nei codici civili e nelle costituzioni. «Elevare a dignità costituzionale gli aspetti della persona è conquista recente e appartiene oramai ai valori fondamentali degli ordinamenti democratici» (Alpa, 1993: 56). Se è infatti diretta espressione del potere degli ordinamenti giuridici quella di attribuire rilevanza agli interessi dei singoli e di salvaguardarli elaborando molteplici modelli di protezione, questa evidenza trova oggi la necessità di confrontarsi quotidianamente con una sovranità statale costantemente erosa dall'adesione degli Stati a realtà sovranazionali complesse chiamate a realizzare processi di profonda integrazione regionale come l'Unione europea.

Si afferma (Rescigno, 1973: 209) che confrontata con lo *status*, la situazione giuridica abbia carattere episodico e temporaneo. Essa identifica la selezione degli interessi rilevanti in un ordinamento giuridico (Palazzo, 2003: 23). Al contrario, lo *status* richiama l'idea di una condizione personale che è destinata a durare, ma che soprattutto è capace di dar luogo a prerogative e doveri che sono il presupposto – così come la giustificazione – di vicende molteplici che riguardano la persona, la sua vita, le sue attività.

Per l'ordinamento giuridico UE ciascuno rileva come individuo in ragione delle sue attività o della sua condizione giuridica, trovandosi in una qualche connessione diretta od indiretta con la normativa dell'Unione europea. Le attività di ciascun individuo «might have involved, for example, exercising a right of free movement as a worker, or as a student or freedom to provide, or (indeed receive) a service or freedom of establishment. Or they may have the status of retired persons or merely that of persons not otherwise enjoying rights under Community law who have sufficient resources to avoid becoming a burden on the social assistance system» (Barret, 2003: 371).

Si pensi come paradigma di quanto affermato, che nell'ordinamento EU essere lavoratore significa essere nella pre-condizione soggettiva presupposta per dar vita a certe vicende che riguardano la persona, l'esistenza, le attività. L'attuale art. 45 T.F.U.E., già art. 39 T.C.E., afferma che per libertà di circolazione di un lavoratore si intende – seppur in termini non esaustivi – il diritto di rispondere ad un'offerta di lavoro, il diritto di spostarsi liberamente, così come di svolgere un'attività lavorativa in maniera conforme alla normativa applicata ai lavoratori nazionali.

Libera circolazione significa pure diritto di rimanere sul territorio di uno Stato anche dopo aver occupato un impiego².

Di questi diritti godono tutti i soggetti che possono essere qualificati secondo la giurisprudenza dell'Unione Europea come lavoratori. Sono tali, con l'esclusione dei dipendenti pubblici³, le persone fisiche che svolgono realmente ed effettivamente un'attività a favore e sotto la direzione di un'altra persona, percependo una retribuzione⁴. Il verificarsi di queste condizioni è accertato dal giudice in base a circostanze concrete⁵.

Tale ultimo dato ha permesso anche l'ampliamento del significato di lavoratore nel diritto UE che ha finito per inglobare in questa nozione situazioni nel diritto interno non storicamente connesse a questa condizione soggettiva, *recitius* allo *status* di lavoratore. Tra l'altro il riferimento al lavoratore quale condizione prima alla quale era assicurata la libertà di circolazione, spostata sul piano europeo la necessità di ripensare l'idea di *status* legata ad una dinamica che sia solo organica, come è stato fatto – seppur autorevolmente (Cicu, 1965: 81) – in Italia. Il riferimento al rapporto di lavoro pone l'attenzione sul fondamento contrattuale della pre-condizione richiesta dall'allora CEE per l'esercizio della libertà di circolazione (Maine, 1963). Già a partire dagli anni Novanta del Novecento, ai fini del riconoscimento ed attribuzione dei diritti soggettivi connessi allo *status* di lavoratore all'interno della Comunità, l'aderenza al caso positivo portò la giurisprudenza comunitaria ad ampliare significativamente la qualificazione della condizione soggettiva in esame e quindi a modificarla rispetto alla nozione positiva proveniente dal diritto interno.

Sono rientrate, allora, nella definizione giurisprudenziale di lavoratore anche forme di collaborazione non strettamente riconducibili al rapporto dipendente. È stato qualificato come 'lavoratore' la persona che svolge un progetto individuale di reinserimento presso un ente con finalità sociali e assistenziali. Ciò anche qualora egli percepisca benefici in natura come il vitto e l'alloggio, oppure piccole somme di denaro a titolo di rimborso⁶. È noto, poi, il caso della lettura giurisprudenziale che fa anche del tirocinante un lavoratore⁷, così come del titolare di una pensione⁸. La definizione giurisprudenziale di lavoratore si riferisce infatti non solo i rapporti di lavoro dipendente in senso stretto, ma anche a quelli di lavoro autonomo parasubordinato e altri rapporti di lavoro c.d. atipici⁹.

Rispetto, poi, a quelli che ci consegna la tradizione continentale delle categorie civilistiche, la normativa in esame crea *status* – come pre-condizione qualificata – riferiti ad entità nuove e complesse, trasferite dal mondo dell'etica a quello del diritto in quanto connesse con la regolazione del mercato.

La regolamentazione del consumo in UE si articola, per esempio, attraverso l'individuazione delle posizioni soggettive garantite ai consumatori – pre-con-

dizione per l'applicazione delle norme UE sul tema –, determinando poi le tecniche di tutela dei diritti riconosciuti in capo a questi ultimi.

Per la creazione e la regolazione del mercato unico, prima, interno, poi, si è avvertita invero l'esigenza di identificare i soggetti che in quel mercato si muovono per poi regolarne l'azione.

Esisteva, infatti, un crescente bisogno – dettato dalla nascita del mercato interno – di procedere in Europa all'individuazione di categorie e principi, generali ed uniformi, per attribuire ai cittadini europei, o a chiunque operasse nel mercato¹⁰, una medesima tutela anche in luoghi che hanno una cultura giuridica tra loro differente (Sassi, 2008: 117).

Una concorrenza non effettiva sul mercato, infatti, può non garantire una alternativa seria nelle scelte degli acquirenti e più in generale degli operatori per la soddisfazione delle loro domande. Le regole che sovrintendono la creazione del mercato interno vengono, allora, poste anche ai fini della protezione di alcune categorie di soggetti – persone fisiche o meno – che in questo mercato si muovono.

Riconosciuta, allora, l'esistenza di soggetti parte di rapporti negoziali nei quali si riviene una condizione di debolezza rispetto a chi si muove professionalmente sul mercato, si è dedicato ad essi una copiosa normazione, creando nel contempo una pre-condizione/*status* di natura economica non esistente prima nell'ordinamento UE – il consumatore – così come la pre-condizione o *status* di chi si trova nella posizione diametralmente opposta alla precedente¹¹: il professionista.

A fianco, poi, a coloro che hanno una situazione direttamente regolata dalla legge dell'Unione vi sono coloro ai quali ci si può riferire come «derivative addressees of Community law». Ovvero persone beneficiarie della normativa UE in ragione della connessione che esse possiedono con altre persone, come, per esempio, i familiari di una persona lavoratrice in uno Stato membro: «such persons may be said to enjoy “derived” rights, not necessarily because the rights they enjoy are conferred any less directly by the Community legal system, but rather because the interest which Community law has in conferring rights upon them derives from the relationship which these individuals enjoy with another person, whose benefit is the main interest of Community law» (Barret, 2003: 371). In ogni caso la giurisprudenza della Corte di Giustizia accoglie un'idea di *status* familiare che non è più «rapporto organico di ordine formale, ma un rapporto intersoggettivo basato sul contenuto dell'*affectio* che si costruisce tra i suoi membri che si presentano degni di protezione all'interno della comunità familiare» (Palazzo, 2011: 71).

3. *Status di cittadino e soggettività giuridica europea*

Da queste considerazioni si potrebbe essere portati a riflettere e a discutere dell'esistenza di uno *status* soggettivo di derivazione 'unitaria' ex comunita-

ria, quale «insieme aperto di situazioni di indifferenza positive o negative in cui l'uomo viene a trovarsi nei rapporti sociali» (Friedmann, 1962: 222) e rilevanti, in questo caso, per il diritto UE in quanto idonee a generare prerogative e doveri dal medesimo presupposti per regolare vicende personali ed economiche. Nel contempo, la considerazione che ai fini dell'applicazione della norma giuridica UE portatrice di situazioni giuridiche individuali (Colcelli, 2013b: 575), gli *status* soggettivi nell'ordinamento in esame siano presupposti – se esistenti – o creati e modificati se non tali, ne porta inevitabilmente in altra con se, quella ovvero di soggettività giuridica in dimensione EU.

Nell'originaria impostazione dei Trattati la libera circolazione delle persone era riferita essenzialmente alla possibilità di ogni cittadino comunitario di esercitare liberamente l'attività lavorativa in ogni Stato membro. Il Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, al suo art. 45, riconosce oggi espressamente ai lavoratori subordinati (con la sola esclusione dei dipendenti pubblici) di spostarsi liberamente nei territori dei paesi membri, di fissarvi dimora, di rimanere senza impedimenti per svolgere la propria attività lavorativa¹².

Dopo il Trattato di Maastricht, è noto, che la libertà circolazione e di soggiorno nel territorio di uno Stato membro, sia stata estesa ad ogni cittadino europeo – quindi non solo al lavoratore, sia esso autonomo o dipendente – prescindendo dallo svolgimento di ogni attività lavorativa (art. 21 T.F.E.U.).

Quanto affermato indica, quindi, la possibilità per ogni individuo che possiede lo *status* di cittadino di uno Stato membro, e quindi conseguentemente lo *status* di cittadino europeo, di stipulare contratti e dare attuazione ad ogni situazione giuridica connessa al suo *status* in tutti gli Stati dell'Unione, senza alcuna limitazione legata alla nazionalità ed al principio di reciprocità.

Il riconoscimento della soggettività giuridica nel sistema UE implica, quindi, anche il superamento – almeno sul piano dei diritti patrimoniali e per qualche diritto c.d. patrimonialmente neutro (Sassi, 2008) – di alcune regole di diritto privato internazionale o di diritto interno (si pensi al caso dell'eventuale acquisto degli immobili di un cittadino italiano in Svizzera prima della attuale convezione che regola appunto gli acquisti immobiliari) che talvolta limitano la stessa soggettività giuridica in relazione alla nazione di provenienza. È tra l'altro rintracciabile proprio nel diritto privato – nel periodo del 'Rinascimento del diritto civile' e della nascita del codice civile francese – l'attuale evoluzione del concetto di cittadinanza in dimensione sovra-nazionale (Palazzo, 2012: 218).

Si pensi al caso italiano della reciprocità di cui all'art. 16 delle preleggi che alla luce dell'ordinamento UE non è certo più applicabile a chi possiede lo *status* di cittadino europeo (Cippitani, 2007: 57), seppur già nella lettura costituzionalmente orientata era già circoscritto alla stipulazione dei contratti, all'assunzione delle obbligazioni, alla proprietà mobiliare ed immobiliare, al diritto

di agire e di resistere in giudizio, escluso invece ogni riferimento ai diritti fondamentali della persona (Rescigno, 1991).

A chi possiede lo *status* di cittadino europeo nei territori degli Stati membri non può più essere opposta alcuna limitazione, connessa alla propria nazionalità di provenienza, sul piano dei possibili rapporti giuridici.

4. Cittadinanza UE come status fondamentale e principio di non discriminazione: una nuova strada per la questione sociale nell'Europa 'unitaria'

Per la Corte di Giustizia lo *status* di cittadino europeo è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri¹³, si che nessuna norma di diritto interno può porsi in contrasto con lo *status* di cittadino UE¹⁴. Qualora la norma interna avesse l'effetto di privare il cittadino dell'effettivo godimento del nucleo essenziale dei diritti correlati allo *status* di cittadinanza EU, ovvero ostacolare l'esercizio del diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio di uno Stato membro¹⁵, questa norma non gli sarebbe applicabile¹⁶. Ogni cittadino di uno Stato membro gode, infatti, dello *status* di cittadino dell'Unione ai sensi dell'art. 20, n. 1, T.F.U.E. – che è norma dotata di diretta applicabilità – anche nei confronti del suo Stato d'appartenenza, ed in particolare gode del diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, quale conferito dall'art. 21 T.F.U.E.¹⁷

In ogni caso la cittadinanza europea non è un semplice 'caricamento' aggiuntivo di norme sopra il *set* di leggi interne con le quali si attiva la cittadinanza degli Stati membri e la si regola. Soprattutto la legislazione UE in materia di cittadinanza, apportando numerose innovazioni nei diritti individuali dei cittadini, implica che lo *status* di cittadino, se di Stato membro, non rilevi più solo sul piano del diritto interno¹⁸.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha costantemente affermato che la cittadinanza europea non è rilevante nelle sole situazioni interne, ma individua nella non discriminazione l'obiettivo principale dell'Unione Europea come un diritto fondamentale per la costruzione del suo *welfare* ai sensi degli artt. 2 e 3, del T.F.U.E.

Nel caso *Lucy Stewart v. Secretary of State for Work and Pensions*, la Corte di Giustizia ha chiaramente esplicitato che al cittadino dell'Unione deve essere concesso, in tutti gli Stati membri, lo stesso trattamento giuridico accordato ai cittadini dello Stato di destinazione che si trovino nella stessa situazione.

Ed invero, sarebbe incompatibile con il diritto alla libera circolazione che si potesse applicare ad una persona, nello Stato membro di cui è cittadino, un trattamento meno favorevole di quello di cui beneficerebbe se non avesse usufruito delle facilitazioni concesse dal Trattato in materia di circolazione. Tali fa-

citazioni non potrebbero dispiegare pienamente i loro effetti se un cittadino di uno Stato membro potesse essere dissuaso dal farne uso dagli ostacoli posti alla sua libertà di circolare e soggiornare in un altro Stato membro a causa di una normativa nazionale che penalizzi il fatto che egli ne abbia usufruito. La Corte, allora, esaminando l'applicazione del Regolamento n. 1408/71 ricorda che se il diritto comunitario deve essere applicato in modo uniforme, concetti di prestazioni di malattia e di invalidità di cui all'articolo 4 (1) (a) e (b), del regolamento richiamato sono da determinare, ai fini dell'applicazione del regolamento medesimo, non in funzione del tipo di una normativa nazionale contenente le disposizioni che conferiscono tali prestazioni, ma in base alle norme comunitarie che definiscono ciò che queste prestazioni sono anche nello Stato membro di destinazione. Pertanto, lo *status* di cittadinanza UE sostanzia il diritto alla libera circolazione con la giustizia distributiva, attraverso la possibilità di aderire ai servizi essenziali e benefici negli Stati membri di destinazione (COM (2002) 694)¹⁹.

L'articolo 34 del Trattato dell'Unione europea riconosce il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali. Assicura pertanto protezione in casi quali maternità, malattia, infortuni sul lavoro, la vecchiaia, e nei casi perdita del lavoro. Assicura un'esistenza dignitosa per tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti (art. 34, par. 3, T.U.E.). Norme in materia di servizi di interesse generale a scopo di tutelare gli utenti, le persone, i consumatori o le imprese che accedono ai servizi sono dirette, nei Trattati in particolare, a combattere l'esclusione sociale e la povertà mediante il diritto all'assistenza sociale e alle abitazioni. Prescrivono invero anche il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche (art. 35 T.E.U.).

Tuttavia, l'accesso ai servizi sociali non è solo garantito dal principio di solidarietà, questo in conformità con la legge e le leggi nazionali e le prassi (art. 34, par. 2, del T.F.U.E.), distingue tra diverse categorie di prestazioni di sicurezza sociale, così che l'ambito di competenza di ciascuna prestazione deve essere preso in considerazione.

Nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, i servizi pubblici di cui all'articolo 14 del T.F.U.E. (servizi sociali e sicurezza sociale) diventano invero più propriamente servizi pubblici di interesse generale, acquisendo così un proprio rango fondamentale.

L'avvocato Generale La Pergola nella causa C-85/96, *Maria Martinez Sala v. Freistaat Bayern* propone che il principio di non discriminazione si applichi come corollario diretto del nuovo istituto della cittadinanza europea e del diritto primario di circolare e risiedere in ogni Stato membro. Nel caso oggetto di causa, per La Pergola, il cittadino comunitario avrebbe diritto all'indennità di educazione prevista nella legislazione tedesca, indipendentemente dal

possesto di un valido permesso di soggiorno ed alle stesse condizioni dei cittadini di quel paese.

La libertà di movimento e lo *status* di cittadino EU, allora, sembrano che non possano essere separati dal carattere sociale che accompagna la condizione dell'individuo al momento dal passaggio *pre-border* e il proprio insediamento in un altro Stato membro. Un esempio significativo è proprio l'elaborazione del concetto di familiare del cittadino che esercita la libertà di circolazione, la formazione del suo *status* nel paese di origine, le conseguenze della sua presenza nello Stato di destinazione.

5. Status di familiare di cittadino: formazione del suo status nel Paese di provenienza, le conseguenze nello Stato di destinazione

Il diritto dell'Unione europea e l'elaborazione giurisprudenziale da parte della sua Corte di Giustizia pone in rilievo i legami familiari e li esalta alla luce dell'effettività della libertà di circolazione dei cittadini, conseguentemente quello del diritto di famiglia, benché estraneo alla competenze dell'Unione Europea, è terreno che misura significativamente come lo *status* della persona acquisito in un ordinamento nazionale si esalti alla luce delle circolazione della persone nel mercato interno.

La protezione della famiglia, il rispetto della vita familiare ed il diritto a sposarsi sono considerati valori fondamentali della costruzione dell'Unione e ad essi si deve orientare l'interpretazione del diritto derivato UE e di quello nazionale²⁰.

La nozione di vita familiare è evidente che assume principalmente rilievo in particolari aspetti del diritto dell'UE, quale il diritto all'asilo, l'ammissione ed espulsione degli stranieri, il ricongiungimento familiare, il rispetto delle libertà dei Trattati, ovvero gli aspetti della vita della persona connessi alle competenze di cui gode l'UE, funzionali alla realizzazione del suo mandato.

La Carta di Nizza, dal 2009 con valore giuridico di Trattato, rinvia inoltre alle norme degli ordinamenti civili degli Stati e qui ritraccia il riferimento e l'applicazione dei diritti e doveri derivanti dagli *status* familiari. Aspetti, questi ultimi, che invece mancano nelle norme fondamentali e di diritto derivato UE diverse dalla Carta di Nizza.

Il riferimento che la Carta di Nizza compie alle norme di diritto intero degli ordinamenti civili degli Stati membri segna nel contempo anche l'accoglimento nell'ordinamento UE di un'idea di famiglia e di comunità familiare diversa da quella tradizionale mononucleare e fondata solo sul matrimonio. Se le fonti cui fanno riferimento i giudici di Lussemburgo sono non soltanto quelle di diritto positivo comunitario e/o degli Stati, ma anche le tradizioni culturali dei singoli ordinamenti²¹, questi ne possono offrire una lettura non sempre uniforme.

La famiglia dei diversi ordinamenti degli Stati europei ha storicamente i caratteri di comunità mononucleare quale è segnata dalle Costituzioni dei singoli Stati. Molte volte, però, nel tempo si è presentata allargata e modificata per via dei rapporti di filiazione che derivano da matrimoni successivi e da relazioni non matrimoniali.

Partendo dall'analisi della realtà degli ordinamenti interni – si pensi a quello spagnolo, portoghese, belga, olandese, svedese, norvegese ed islandese²² – nonché dal doveroso rispetto dei diritti fondamentali della persona, parte integrante dell'ordinamento UE, «la tutela dei diritti dei membri della famiglia si presenta nelle decisioni della Corte di Giustizia non sbilanciata a favore dell'unità formale della famiglia ma della protezione di quei soggetti deboli bisognosi di solidarietà, sopportando doveri e responsabilità dei titolari degli *status* familiari» (Palazzo, 2011: 73).

L'effettività della tutela di diritti direttamente attribuiti ad ogni cittadino è il grimaldello che permette di incidere sulla nozione di famiglia e familiare.

Valga come esempio il riferimento ad alcune sentenze.

La Corte di Giustizia²³ ha deciso, con riferimento all'interpretazione dell'art. 12 del Regolamento del Consiglio 1612/68 (artt. 12 e 18), che i figli di un cittadino dell'Unione, stabilitisi in uno Stato membro, in cui il proprio genitore si sia trasferito per ragioni di lavoro ed abbia ottenuto, in quanto lavoratore migrante, il permesso di soggiorno, abbiano il diritto di risiedere in tale Stato al fine di seguire i corsi di insegnamento, precisando come a tal fine sia irrilevante il fatto che il matrimonio dei genitori, nel frattempo, si sia sciolto perché intervenuto il divorzio e che solo uno di costoro sia cittadino dell'Unione. È irrilevante, invero, per la Corte UE anche il fatto che uno dei genitori non sia più lavoratore migrante nello Stato membro ospitante, nonché la circostanza che i figli non siano cittadini dell'Unione europea, perché ricorda con forza la Corte che la disposizione in esame deve essere interpretata in modo da consentire «al genitore effettivamente affidatario di tali figli, indipendentemente dalla sua nazionalità, di soggiornare coi medesimi in modo da agevolare l'esercizio del medesimo diritto di soggiorno» (Palazzo, 2011: 72).

Rileva in queste condizioni, l'effettività del diritto di ogni cittadino dell'Unione di godere dei diritti connessi a questo *status*, sì che il genitore, che pur non poteva più ottenere i benefici connessi alla condizione di lavoratore migrante, deve poter beneficiare, comunque, – solo ed in quanto in quanto perché cittadino dell'Unione – del diritto di soggiorno, in ragione dell'efficacia diretta dell'art. 18, par. 1, del T.C.E. (oggi art. 21 T.F.U.E.).

La Corte²⁴, poi, ha anche evidenziato come la normativa applicabile contenuta nella direttiva n. 68/360 e nella direttiva del Consiglio del 21 maggio 1973 n. 73/148/CEE (art. 3) – alla soppressione delle restrizioni, al trasferimento e al

soggiorno dei cittadini in tema di stabilimento e di prestazioni di servizi – nonché la normativa del regolamento (CE) del Consiglio del 25 settembre 1995 n. 2317 – indicante i Paesi terzi i cui cittadini devono avere il visto per l'attraversamento delle frontiere esterne agli Stati membri – debbano essere lette alla luce del principio di proporzionalità, per cui «Uno Stato membro non può respingere alla frontiera il cittadino di un paese terzo, coniugato con un cittadino di uno Stato membro, che tenti di entrare nel suo territorio senza essere in possesso di una carta d'identità o di un passaporto validi o, se del caso, di un visto, quando il detto coniuge può provare la sua identità nonché il legame coniugale» quando «non esistono elementi in grado di stabilire che egli rappresenti un pericolo per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sanità pubblica ai sensi degli artt. 10 della direttiva 68/360 e 8 della direttiva 73/148». Non è ammissibile, quindi, qualora siano state date tali prove negare il permesso di soggiorno e persino espellerlo.

La Corte di Giustizia²⁵ ha affermato, inoltre, che l'art. 49 T.C.E. (ora art. 56 TFEU relativo alla libera circolazione dei servizi), va sempre letto «alla luce del diritto fondamentale al rispetto della vita familiare» e deve essere interpretato nel senso lo Stato membro di origine di un prestatore di servizi stabilito in tale Paese, che fornisce servizi a destinatari stabiliti in altri Stati membri, non può negare il diritto di soggiorno nel suo territorio al coniuge del detto prestatore, anche se cittadino di un Paese terzo.

Anche della Direttiva n. 73/148 relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini da parte della Corte ne è stata data, allora, un'interpretazione che fa risaltare l'importanza attribuita dall'ordinamento UE all'obiettivo consistente nel garantire la tutela della vita familiare dei cittadini degli Stati membri al fine di eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali enunciate dal Trattato.

Oggi il diritto di circolazione e soggiorno del familiare del cittadino europeo è regolato dalla Dir. n. 2004/38/CE. Ai fini dell'applicazione della richiamata direttiva la nozione di familiare dovrebbe includere anche il *partner* che ha contratto una unione registrata, qualora la legislazione interna dello stato membro equipari l'unione registrata al matrimonio. Nella nozione di «unione registrata» vi possono rientrare, oltre le unioni di c.d. coppie di fatto costituite da persone eterosessuali, anche le unioni tra omosessuali se l'unione registrata, nell'ordinamento nazionale di riferimento, possiede questo carattere, come accade per la Spagna ad esempio, oppure per il Portogallo, il Belgio, l'Olanda.

È recente in Italia l'applicazione dell'ipotesi sopra ricordata. Il riferimento è ad una sentenza del Tribunale di Reggio Emilia, del 13 febbraio 2012. Il caso fa riferimento ad un cittadino Uruguaiano sposato con un cittadino italiano dello stesso sesso in Palma di Maiorca, Spagna. In Italia si era visto negare dalla Questura il provvedimento che gli permetteva il suo ricongiungimento familia-

re. Il diniego era fondato sul fatto che si trattasse, quella del cittadino uruguayano e italiano, di coppia omosessuale.

La nozione di «familiare del cittadino» o di «coniuge del cittadino italiano» che il ricorrente usa ai fini dell'applicazione normativa nazionale di cui al d.lgs del 6 febbraio 2007 è necessariamente quella prevista nella Direttiva Comunitaria del 38/2004. In tema di ricongiungimenti familiari e di libertà di circolazione nel territorio UE è, invero, la normativa europea ad essere applicata esclusivamente²⁶. La linea di demarcazione è tracciata dalla differenza che esiste tra libertà di circolazione in ambito UE, interamente regolata dalla normativa europea, ed il diritto di famiglia regolato dalla normativa interna.

La tutela della famiglia e dei suoi componenti nelle materie non di competenza UE, sono e rimangono assicurati dalla normativa tradizionale, ma quando gli stessi diventano strumento per l'esercizio di un diritto fondamentale assicurato dalla legislazione sopranazionale, quale il diritto a circolare liberamente, allora la normativa di riferimento è solo quella comunitaria.

Non si pone in discussione la nozione di matrimonio sul piano del diritto interno. Qui rileva il dato che nella pre-condizione di «familiare» che gode della libertà fondamentale di circolare liberamente al pari del cittadino UE al quale è legato il diritto della UE fa rientrare anche colui il quale è unito al secondo da unione registrata, qualora la legislazione interna dello Stato membro equipari l'unione registrata al matrimonio.

Nel caso in esame del Tribunale di Reggio Emilia, il diritto del familiare omosessuale di vivere la propria condizione di coppia – derivante da una unione registrata – sarebbe totalmente frustrato dal fatto che uno dei coniugi si sia trasferito in Italia ed il provvedimento di diniego del permesso di soggiorno costituirebbe una negazione del diritto di proseguire la propria relazione affettiva.

Solo incidentalmente, per ragioni connesse all'economia di queste pagine, si ricorda come il diritto UE, così come anche l'ordinamento nazionale, sia integrato dalla Convenzione europea dei diritti fondamentali dell'uomo, il cui art. 12 ha privato di ogni rilevanza la diversità di sesso tra i nubendi²⁷.

Va notato, poi, come per il diritto UE la rilevanza della situazione di familiare di unione registrata pre-condizione dell'esercizio del diritto di circolazione prescinde dalla sua trascrivibilità nei Registri dello Stato civile, sul presupposto che non si può certo circoscrivere alla trascrivibilità la rilevanza e la opponibilità di una condizione giuridicamente rilevante. Ai fini dell'applicazione del diritto fondamentale alla libera circolazione, lo *status* di familiare rileva in se.

Tale dato, è tra l'altro, è suffragato dalla recente sentenza della Corte di Cassazione la quale ricorda, proprio facendo riferimento al valore giuridico nel nostro ordinamento dell'art. 12 CEDU, che l'intrascrivibilità nel Registro dello Stato civile delle unioni omosessuali non dipende più dalla loro inesistenza

o dalla loro invalidità, quando – e solo – dal fatto che sono inidonee a produrre in Italia effetti giuridici quali atti di matrimonio²⁸, ma esse sono riconosciute sia come valide che esistenti ed ai fini del nostro discorso sufficienti per realizzare l'esercizio del diritto alla libertà di circolazione *intra* UE.

Va ricordato e sottolineato, comunque, come per l'ordinamento UE la nozione di familiare rilevante ai sensi della direttiva del 2004 non è riferibile al cittadino dell'Unione che non ha mai esercitato il proprio diritto di libera circolazione, avendo sempre soggiornato in uno Stato membro del quale possiede la cittadinanza. Questi, invero, non ricade sotto la nozione di «avente diritto» ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva 2004/38, con la conseguenza che questa non è applicabile nei suoi confronti²⁹.

Certo è che comunque, attraverso l'applicazione del principio di libertà di circolazione, si affranca dall'ombra e lo si eleva a *status* di familiare, lo *status* di convivente così come quello di convivente omosessuale.

6. *Status* di cittadino EU: ... *avoid alienage*

L'area dell'analisi condotta ha una forte relazione con il diritto alla libera circolazione dei lavoratori (ora cittadini), ovvero un tipico diritto individuale dell'UE. Da quanto sopra riportato, si potrebbe sostenere che la protezione assicurata dalla normativa all'individuo abbia un solo obiettivo, cioè, di eliminare le restrizioni per l'esercizio della libertà di circolazione al fine di promuovere un mercato interno ideale e garantire la produttività economica.

Tuttavia, questo argomento non riesce a catturare la complessità della libera circolazione nell'Unione Europea in quanto così ridotto lo si isola dal suo contesto e dei suoi aspetti socio-politici. I diritti connessi con lo *status* di cittadino che esercita la propria libertà di circolazione – in ragione del principio di non discriminazione – è un modo per incidere o di ridisegnare una nuova strada per la questione sociale dell'UE, che è comparata alla sua dimensione economica.

Il diritto di libera circolazione è collegato alla condizione individuale in ragione del principio di non discriminazione, ma è anche un modo per impostare i diritti dei cittadini dell'Unione europea.

Tenendo in conto la legislazione del secondo livello, il preambolo del Regolamento n. 1612/68 del Consiglio (ora Direttiva n. 2004/38) ha riconosciuto esistere nell'ordinamento comunitario il diritto fondamentale dei lavoratori a migliorare la loro qualità di vita, diritto che deve essere esercitato in libertà e dignità all'interno dei confini dell'Unione europea (Kostakopoulou, 2014: 427).

La Libera circolazione dei lavoratori – per realizzare vantaggi e potenzialità (COM (2002) 694) – ha pertanto un effetto diretto e indiretto sullo stato giuridico di persona e sul rispetto dei diritti fondamentali e sociali all'interno del-

la Unione europea, ma anche nell'applicazione diritto di famiglia sul piano interno, di quello dei contratti e del rispetto del principio di non discriminazioni all'interno dei medesimi, fossero anche diversi da contratti di lavoro (come ad esempio vendita, locazione ecc.). Si introduce così una sorta di regolazione 'sociale' anche del diritto privato (Petersmann, 2006: 5-57), correlata alla giustizia distributive. All'interno del dominio del diritto comunitario, tutti i cittadini europei devono godere delle stesse condizioni per la realizzazione di uno *status* comune fondamentale dell'UE anche in dimensione sociale³⁰.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea – attraverso le sentenze richiamate nei paragrafi che precedono – ha di fatto cercato di porre al riparo vari aspetti della vita dei lavoratori e dei cittadini che hanno esercitato la propria libertà di circolazione, dalle discriminazioni in base alla nazionalità che si possono vivere nel paese di destinazione. Di fatto essa cerca di promuovere la loro integrazione nella società ospitante sostenendo diritto al ricongiungimento familiare, la partecipazione ai sindacati, concedendo loro gli stessi vantaggi fiscali e sociali dei cittadini dello Stato membro ospitante per proteggerli da condizioni di lavoro e di licenziamento che potevano porli su un piano diverso rispetto ai cittadini del paese ospitante. Inoltre assicurando ai loro figli e ai loro coniugi di avere accesso alle opportunità educative.

Lo *status* di cittadinanza UE, la libertà di circolazione ed il benessere individuale possono essere letti sotto la luce del processo di migrazione regionale, della distribuzione del reddito e della sostenibilità dei sistemi di *welfare* nazionali. Pertanto la concorrenza *fiscale* nei paesi membri, per esempio, potrebbe guidare i flussi migratori verso stati con *welfare* più generosi, che attirano gli immigrati a basso reddito in cerca di protezione più forte, con ogni possibile conseguenza sui livelli di disuguaglianza sviluppo delle regioni di origine e di destinazione.

In ogni caso però la libertà di circolazione assicurata in Europa ha un effetto diretto sulla costruzione di un possibile «modello sociale europeo» (Collins, 2008: 147) in quanto, insieme con lo *status* fondamentale della cittadinanza dell'Unione, come dimostrato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia circola anche la sua dimensione sociale. In altre parole, sia la legislazione e la giurisprudenza UE hanno cercato di 'riparare' la vita dei cittadini che esercitano il diritto di circolare liberamente, sia nella loro dimensione economica che sociale, agli svantaggi che nella storia hanno sempre accompagnato, e continuando ad accompagnare l' «alienage» (Kostakopoulou, 2014: 427).

7. Doveri inespressi quale breve riflessione conclusiva

In realtà il riferimento al sistema giuridico UE rafforza l'idea dello *status* come momento di incontro e di sintesi tra il diritto privato ed il diritto pubbli-

co, dove a seconda dei diversi settori esiste un grado maggiore o minore di autodeterminazione del singolo all'interno di aree dominate/determinate da un interesse pubblico. Rintracciare la presenza di questo ultimo è determinante per cogliere la funzione dello *status* nella realtà contemporanea e non lasciarlo circoscritto ad una dimensione soggettivistica che tende a dilatarlo oltre la funzione che gli è attribuibile.

L'ordinamento UE rafforza l'idea che con il concetto di *status* si descrive il mutevole bilanciamento tra la libertà del volere e la libertà di circolazione da un lato, che essenzialmente materia di diritto privato, e le finalità sociali dello stato di benessere espresse in termini di diritto pubblico (Friedmann, 1962: 222).

La stessa selezione degli *status* nell'ordinamento UE, funzionalizzata in maniera marcata alla sua strutturazione e funzionamento, rimarca la tendenza nascente dallo stato sociale, per cui *status* non è più sinonimo di privilegio come ci consegna la tradizione (Graveson 1982: 7) e nemmeno strumento di uguaglianza formale come gli ordinamenti successivi alla Rivoluzione francese hanno inteso. «Il principio di eguaglianza è nato [...] dalle ceneri politiche e filosofiche degli *status* personali di stampo feudale dell'epoca medievale e moderna, e in un rapporto di piena ed aperta contrapposizione con essi» (Lemmi, 1994: 673). L'avvento dello stato sociale ha imposto la creazione di regole che si rivolgono alla promozione ed alla tutela dei soggetti deboli, attraverso la demarcazione della peculiarità che non è però discriminatoria, sì che oggi lo *status* non rafforza situazioni di privilegio fondate sulla soggezione, ne rimane circoscritto ai rapporti garantiti dalle libertà dello stato liberale.

L'evoluzione della società e degli ordinamenti conduce al riconoscimento dello *status* come impegno del sistema giuridico a rimuovere gli ostacoli ed attuare il principio di uguaglianza, non formale, quanto sostanziale. La nozione di *status* presupposto e pre-codizione per il godimento di un diritto individuale all'interno dell'Unione conferma come sia l'interesse pubblico a sovrintendere la loro identificazione.

Mutando esso nel mutare dei sistemi giuridici di riferimento sono cambiate nel tempo le condizioni personali che si identificano nel concetto di *status*. Di qui la difficoltà della sua definizione.

Nell'ordinamento in esame l'interesse pubblico s'identifica nei fini che l'Unione persegue. La condizione della persona e le materie nelle quali questa rileva sono governate dal raggiungimento degli obiettivi di cui agli artt. 2 e 3 T.U.E., nonché dalla strutturazione del suo mercato. Negli articoli richiamati la rimozione degli ostacoli all'uguaglianza è funzionale alla stessa strutturazione dell'ordinamento in esame. Nel sistema UE, allora, il numero degli *status* non è infinito e dilatato come nella lettura soggettivista, ma circoscritto alle pre-condizioni delle persone funzionali al raggiungimento dei suoi obiettivi aggiuntivi e

non discordanti con la promozione dell'individuo negli Stati dello «Stato sociale» (Cippitani, 2010: 235).

Il modello sociale europeo è un lavoro complicato, privo di riferimenti normativi e con formulazioni politiche indistinte. È situato tra due poli: a) il suo legame con la tradizione del costituzionalismo sociale, b) le sue pretese per l'ammmodernamento e la trasformazione imposti dalla stessa Unione (Buelga, 2006: 45).

Nello scenario di piena attuazione della cittadinanza europea, quali sono allora le conseguenze della libertà di movimento sul benessere degli individui e sulla sostenibilità del *welfare* nazionali? Come questa si riverbera sulla disuguaglianza e la crescita delle regioni di origine e di destinazione?

Queste domande non possono essere ignorate dalle leggi di secondo livello che modellano il *welfare* degli Stati nazionali.

In questo complesso quadro si colloca allora la non immediata riflessione su i possibili doveri che discendono sul cittadino anche in quanto cittadino europeo. Per tale ragione il principale dovere che discende dall'essere cittadino europeo è il pagamento dei tributi e delle tasse nel proprio stato nazionale per garantire un sistema UE pensato anche per essere economicamente sostenibile nello Stato di destinazione. Il Paese è chiamato a garantire non solo i propri cittadini ma ogni altro cittadino UE che esercita la libertà fondamentale di circolare, e quindi i diritti corollario di questo *status* fondamentale. I cittadini che esercitano la loro libertà di circolazione nell'UE ed il loro accesso ai servizi sanitari, sociali ed essenziali nello Stato di destinazione disegnano una nuova redistribuzione delle risorse, anche capace di compensare quelle ritenute insufficienti dello Stato membro di origine, quando lo si decide di lasciare.

Note

- ¹ C. giust., 11.07.2002, C-224/98, *D'Hoop*; C. giust., 23.04.2009, C544/07, *Rüffler*; nonché C. giust., 21.07.2011, C503/09, *Lucy Stewart v. Secretary of State for Work and Pensions*.
- ² Regolamento 1612/68 del Consiglio, 15 ottobre 1968, sulla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità; regolamento 1251/70 della Commissione del 29 giugno 1970, sul diritto dei lavoratori di rimanere sul territorio di uno stato membro dopo aver occupato un impiego, e oggi Direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004 sulla libera circolazione dei lavoratori.
- ³ C. giust., 2 .07.1996, C-473/93, *Commissione/Lussemburgo*.
- ⁴ C. giust., 7.09.2004, C-456/02, *Trojani*, punto 15. C. giust., 3.07.1986, C-66/85, *Lawrie-Blum*; C. giust., 26.02.1992, *Bernini*, C-3/90.
- ⁵ C. giust., 6.11.2003, C-413/01, *Ninni-Orasche*.
- ⁶ C. giust., 7.09.2004, C-456/02, *Trojani*.
- ⁷ C. giust., 17.03.2005, C-109/04, *Kranemann*.
- ⁸ C. giust., 15.03.2001, C-165/98, *Mazzoleni e ISA*.
- ⁹ C. giust., 3.07.1986, C-66/85, *Lawrie-Blum*, cit.
- ¹⁰ Si legga i Considerando terzo e quarto della direttiva 2004/38.
- ¹¹ Il complesso di risoluzioni adottate dal Consiglio il 14 aprile 1975 (O.J. C 92/1, 1975), il 19 maggio 1981 (O.J. C 133/1, 1981), il 23 giugno 1986 (O.J. C 167, 1986) ed i piani triennali adottati dalla Commissione per la politica a tutela del consumatore: 1990-1992; 1993-95; 1996-98; v. anche la comunicazione (Com (2001) 398 def.) sul diritto contrattuale europeo, la strategia della politica dei consumatori (Com/2002 208 def.) e il libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea (Com/2001 531 def.).
- ¹² Ai sensi del paragrafo 1, lettera a) della direttiva 2004/38, il cittadino dell'Unione che abbia cessato di essere un lavoratore subordinato o autonomo conserva la qualità di lavoratore subordinato o autonomo nei seguenti casi: a) l'interessato è temporaneamente inabile al lavoro a seguito di una malattia o di un infortunio; b) l'interessato, trovandosi in stato di disoccupazione involontaria debitamente comprovata dopo aver esercitato un'attività per oltre un anno, si è registrato presso l'ufficio di collocamento competente al fine di trovare un lavoro; c) l'interessato, trovandosi in stato di disoccupazione involontaria debitamente comprovata al termine di un contratto di lavoro di durata determinata inferiore ad un anno o venutosi a trovare in tale stato durante i primi dodici mesi, si è registrato presso l'ufficio di collocamento competente al fine di trovare un lavoro. In tal caso, l'interessato conserva la qualità di lavoratore subordinato per un periodo che non può essere inferiore a sei mesi; d) l'interessato segue un corso di formazione professionale. Salvo il caso di disoccupazione involontaria, la conservazione della qualità di lavoratore subordinato presuppone che esista un collegamento tra l'attività professionale precedentemente svolta e il corso di formazione seguito.
- ¹³ C. giust., 20.09.2011, C-184/99, *Grzelczk*.
- ¹⁴ C. giust., 11.07.2002, C-224/98, *D'Hoop*; C. giust., 23-04-2009, C544/07, *Rüffler*.
- ¹⁵ C. giust., 5.05.2011, C-434/09, *Shirley McCarthy*; C. giust., 2.10.2003, C148/02, *Garcia Avello*.
- ¹⁶ C. giust., 15.11.2011, C-256/11, *Murat Dereci, Vishaka Heiml, Alban Kokollari, Izunna Emmanuel Maduiké, Dragica Stevic v. Bundesministerium für Inneres* per cui il diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni di quest'ultimo in materia di cittadinanza dell'Unione, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro neghi al cittadino di uno Stato terzo il soggiorno sul proprio territorio, quando detto cittadino è intenzionato a risiedere con un suo familiare, cittadino dell'Unione e residente in tale Stato membro di cui possiede la cittadinanza, il quale non ha mai fatto uso del suo diritto alla libera circolazione, purché un diniego siffatto non comporti, per il cittadino dell'Unione interessato, la privazione del godimento effettivo e sostanziale dei diritti attribuiti dallo status di cittadino dell'Unione, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

- ¹⁷ C. giust., 10.07.2008, C-33/07, *Jipa*.
- ¹⁸ C. giust., 14.10.2008, C-33/06, *Grunkin-Paul*.
- ¹⁹ C. giust., 21.07.2011, C-503/09, *Lucy Stewart v. Secretary of State for Work and Pensions*.
- ²⁰ C. giust., 4.03.2010, C-578/08, *Rhimou Chakroun/Minister van Buitenlandse Zaken*.
- ²¹ Lo stesso Trattato sull'Unione europea fa riferimento sia nel primo Desiderando del preambolo che soprattutto nell'art. 6, 3 c., T.U.E.
- ²² Per la Spagna il riferimento è la legge n. 13 del 2005; per i Paesi Bassi la legge è del 1 aprile 2001; in Belgio la legge è del 30 gennaio 2003; Norvegia è del 11 giugno 2008; Svezia 11 maggio 2009; Portogallo è del 8 gennaio 2010; Islanda è del 11 giugno 2010.
- ²³ C. giust., 17.09.2002, C-413/99, *Baumbast e R.*
- ²⁴ C. giust., C-459/99, 25.07.2002, *Mrax c. Belgio*.
- ²⁵ C. giust., C-60/00, 11.07.2002, *Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*.
- ²⁶ Cass., 1.03.2010, n. 4868.
- ²⁷ C. eur. dir. uomo, 24.06.2010, *Schalk and Kopf v. Austria*.
- ²⁸ Cass., 15.03.2012, n. 4184.
- ²⁹ C. giust., 5.05.2011, C-434/09, *Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department*.
- ³⁰ C. giust., *Baumbast v. R.*, cit.

Riferimenti bibliografici

- Alpa G. 1993, *Status e capacità*, Laterza, Roma-Bari.
- Barrett G. 2003, *Family matters: European community law and third-country family members*, in *Common Market Law Review*, 40: 369-421.
- Bartolini A. 2005, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo*, Giappichelli, Torino.
- Buelga G. 2006, *El Impacto De La Ampliación De La U.E.*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 23, Madrid, enero-abril: 7-45.
- Cicu A. 1965, *Il concetto di status*, in *Scritti minori di Antonio Cicu*, vol. 1, I, Milano: 181.
- Cippitani R. 2007, *I soggetti del mercato interno*, in A. Palazzo, A. Sassi, *Diritto privato del mercato*, Roma-Perugia: 53-96.
- 2010, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Roma-Perugia.
- Colcelli V. 2012, *Understanding of the built of European Union legal system: The function of individual rights*, in *J. Soc. Sci.*, 8: 381-389.
- 2013a, *Políticas de integración regional de la Unión Europea*, in *Criminogenesis*, 10: 263-279.
- 2013b, *Private law instruments as way of EU regional integration*, in M.I. Álvarez Ledesma, R. Cippitani (coord.), *Derechos Individuales e Integración regional (antología)*, Roma-Perugia-México: 575-597.
- Collins H. 2008, *The European civil code: the way forward. Studies in European law and policy*, Cambridge University Press, Cambridge: 147.
- Friedmann W.G. 1962, *Some reflections on status and freedom*, in *Essays in honour of Roscoe Pound*, Indianapolis: 222 sgg.
- Graveson R.H. 1982, *Status in the Common Law* (ed. orig. 1953), Londra.
- Kostakopoulou D. 2014, *European Union Citizenship Rights and Duties: Civil, Political and Social*, E. Isin and P. Neyers, Routledge, London.
- Lemmi L. 1994, *Una nota sul concetto di status*, in P. Cendon (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco, La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, II, Milano: 673.
- Maine H.S. 1963, *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and its Relations to Modern Ideas* (ed. orig. 1861), Boston.
- Palazzo A. 2003, *Interesse legittimi e tutela dei diritti del privato*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive, Atti della Tavola rotonda in memoria di Lorenzo Migliorini* (Perugia, 7 dicembre 2001), Torino: 23 sgg.
- 2011, *Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili*, in A. Palazzo, A. Pieretti (a cura di), *Incontri assisani nell'attesa di Benedetto XVI*, Roma-Perugia: 71.
- 2012, *Cittadinanza, ambiente e costituzione dei beni comuni*, in *Rivista Diritto e processo*: 217-236.

- Petersmann E.U. 2006, *Multilevel Trade Governance Requires Multilevel Constitutionalism*, in Joerges and Petersmann (a cura di), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford University Press, Oxford: 5-57.
- Rescigno P. 1973, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. Di dir. Civ.*, L: 209 sgg.
- 1991, *Capacità di diritto privato e discriminazione dei soggetti*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. II, t. 2., *Diritto Privato (M-Z)*, Milano: 819 sgg.
- Sassi A. 2008, *La tutela civile degli interessi patrimoniali*, in A. Palazzo, A. Sassi, F. Scaglione, *Permanenze nell'interpretazione civile*, Perugia: 117.

COMMENTI

LE CITTADINANZE AMMINISTRATIVE

Giorgio Pastori

SOMMARIO – 1. Dall'unità dello Stato all'unità dei diritti. 2. I diritti sociali. 3. I diritti procedimentali.

1. Dall'unità dello Stato all'unità dei diritti

La bella introduzione di Antonio Bartolini e Alessandra Pioggia (al pari del copioso panorama di studi e ricerche che essa ha sintetizzato) è intitolata alle 'cittadinanze amministrative', secondo una formula invalsa soprattutto di recente che vuole indicare il complesso dei diritti riconosciuti alle persone nei confronti dell'amministrazione o dei poteri pubblici di uno Stato indipendentemente dalla loro appartenenza come cittadini (con ciò distinguendola dalla cittadinanza politica).

In particolare gli studi hanno riguardato i c.d. diritti sociali nei confronti dell'amministrazione di prestazione o di servizi e i diritti (da considerare rientranti nei diritti civili) più di recente riconosciuti nei confronti dello svolgimento della funzione amministrativa di disciplina o di regolazione.

L'introduzione offre peraltro molto più di una suggestione di ordine generale che mi pare molto bene indichi il senso di come si siano venuti modificando la posizione e il ruolo della pubblica amministrazione nel nostro ordinamento e negli altri ordinamenti (come quello europeo) con cui il nostro si integra e quale sia il possibile cammino di sviluppo futuro.

Un percorso e un cammino che può essere del tutto semplicemente riassunto nel passaggio (sebbene non sempre confortato nella realtà) dall'idea di un'amministrazione mezzo e strumento dell'unità dello Stato e del Governo ad un'amministrazione strumento e mezzo dell'unità dei diritti non solo dei cittadini, ma, si deve subito aggiungere, dell'uomo e delle persone indipendentemente dallo Stato di appartenenza (peraltro in una prospettiva di incontro e scambio reciproco fra amministrazione, persone e società che l'introduzione mi pare particolarmente valorizzi).

L'unificazione amministrativa del 1865 aveva e ha avuto il fine preminente di creare un ordinamento amministrativo (un'organizzazione accentrata e una di-

sciplina formalmente unitaria dei poteri amministrativi) che trovava la sua principale ragione d'essere nell'esigenza di dare concreto seguito e attuazione all'unità di governo del nuovo Stato mediante l'apparato dell'amministrazione, sebbene tutto ciò possa aver avuto anche lo scopo di promuovere l'assetto e lo sviluppo unitario delle condizioni sociali ed economiche del Paese e si sia accompagnato al riconoscimento dei diritti soggettivi pubblici (di libertà) dei cittadini secondo l'ottica propria dello Stato di diritto liberale, ma sempre in un rapporto di sostanziale separazione – contrapposizione fra amministrazione e società.

Come si ricorda preliminarmente anche nell'introduzione, è noto tuttavia che dalla nostra Costituzione emerge un vero e proprio capovolgimento di questa visione. La Costituzione ha inteso infatti prima di tutto porre alla base del nuovo assetto democratico da essa instaurato la realizzazione di una complessiva organizzazione della società informata alla 'centralità della persona' come suo principio e canone fondativo.

In particolare, come ci è stato giustamente ricordato, al cuore dell'ordinamento costituzionale si pone il duplice correlativo impegno della Repubblica: da un lato, a riconoscere e a garantire i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali e i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, come dispone l'art. 2 e, dall'altro, a rimuovere gli ostacoli di ordine economico-sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione alla organizzazione non solo politica, ma economica e sociale del Paese di cui all'art. 3 c. 2 Cost.

Come si vede si prefigura un'organizzazione complessiva della società alla cui realizzazione sono chiamate sia le istituzioni pubbliche che le persone sia individualmente che in forma associata e della quale istituzioni, cittadini singoli e associati sono insieme parte e protagonisti.

Si delinea così un diverso rapporto di incontro e di scambio fra gli uni e le altre tutt'affatto diverso dal precedente rapporto di separazione e contrapposizione, come conferma la ricorrente identificazione nella prima parte della Costituzione dei compiti della Repubblica quali altrettanti diritti e doveri dei cittadini (ma riferiti spesso a tutti gli individui indiscriminatamente).

Ora mi pare che vada prima di tutto sottolineato come l'introduzione e gli studi del volume si siano richiamati come loro comune ispirazione di fondo, nel valutare il cammino percorso, a questa prospettiva costituzionale nella sua integralità: all'idea forza della duplice responsabilità sociale delle istituzioni e delle persone, del rapporto di convergenza e scambio fra diritti e doveri delle istituzioni pubbliche e dei cittadini o degli individui. In breve si fa riferimento a un modello partecipativo dei rapporti fra amministrazione, persone e società che implica, sia quando si considerano i diritti sociali sia i diritti (civili) riconosciu-

ti nello svolgimento della funzione amministrativa, un mutamento della posizione e del ruolo di entrambe le parti.

Considerata l'attuale temperie culturale direi che non può che apprezzarsi come la relazione in tal modo abbia inteso dare nuovo e insieme antico spessore e respiro alla formula della 'cittadinanza' o delle 'cittadinanze amministrative'.

I diritti sociali sanciti dalla Costituzione come espressione e proiezione del primato della persona sono veri e propri diritti alla cui realizzazione attraverso le prestazioni previste l'amministrazione è ordinata. E non diversamente si deve dire dei diritti (civili) da garantire nello svolgimento della funzione.

Tanto più ciò risulta avvalorato dall'affermazione di questi diritti anche nelle Carte costituzionali europee e nelle Carte dei diritti dell'uomo come espressione della tutela da accordarsi alla dignità della persona, onde la relazione ha potuto giustamente sottolineare che vi è stata e vi è un'integrazione di ordinamenti mediante diritti, in una prospettiva universalistica che va oltre il particolarismo statale.

Cambia quindi il modo di essere e di porsi dell'amministrazione. Vi è un capovolgimento di prospettiva, dall'unità dello Stato all'unità dei diritti anche oltre gli stessi confini nazionali, per realizzare adeguatezza ed equivalenza delle condizioni di vita individuali e collettive in ogni luogo in cui ci si trovi a vivere, come l'assetto costituzionale prefigura.

Ma nello stesso tempo a questo scopo non possono non concorrere, variamente partecipandovi, cittadini, persone e società. Si nota opportunamente al riguardo nella relazione che l'ordinamento europeo sia un ordinamento che prevede diritti, ma non doveri, pur ponendo fra i suoi principi il principio di solidarietà.

Nel convegno dedicato al primo centenario delle leggi di unificazione amministrativa, proprio qui a Firenze nel 1965, Benvenuti, in quella che fu per allora una più che controversa e discussa 'controcelebrazione' di quelle leggi, non poteva che denunciare il perdurare del precedente modello di amministrazione, che sanciva per così dire il primato dell'amministrazione rispetto alle persone e alla società, e la sua contraddittorietà con i principi del nuovo sistema costituzionale già da quasi vent'anni vigente. E pur riconoscendo che quelle leggi avevano avuto il merito di estendere all'intero Paese le garanzie dello Stato di diritto liberale concludeva che «l'ordinamento amministrativo è ordinamento di cittadini per cittadini», così sintetizzando il senso della trasformazione che doveva ancora avvenire.

Ora a distanza di 150 anni da quella unificazione il volume ci offre un panorama nuovo e diverso dello sviluppo del nostro ordinamento (oltre che degli ordinamenti con cui è venuto a integrarsi), che sancisce il primato dei diritti non solo del cittadino, ma della persona nei confronti dell'amministrazione. Ma mette anche in rilievo le difficoltà che incontra la sua realizzazione.

Ci dice che quel 'capovolgimento' almeno nella sua impostazione di fondo può considerarsi avvenuto: un capovolgimento che è stato il frutto e l'esito, per quanto tardivo e ancora incompleto nella sua attuazione, del nuovo quadro costituzionale affermatosi con la Costituzione, nonché dell'integrazione del nostro ordinamento con l'ordinamento europeo e con la Carta europea dei diritti dell'uomo.

2. I diritti sociali

Guardando ai diritti sociali l'introduzione e gli altri scritti ci mostrano che quelle che erano quasi considerate come delle indicazioni programmatiche della Costituzione si sono tradotte nel riconoscimento della qualità di veri e propri diritti civili e sociali provvisti di un valore e di una pregnanza che merita di essere sottolineata.

Se si guarda ai diritti sociali sanciti dalla Costituzione (alla salute, all'istruzione, all'assistenza ecc.) si potrà notare che oggi questi non hanno solo assunto la qualità di veri e propri diritti alle prestazioni previste dalle leggi nei riguardi delle amministrazioni a ciò preposte, ma sono stati creati 'sistemi di servizi' finalizzati alla loro attuazione.

Il dato più significativo è che oggi i diritti sociali, proprio perché sono considerati altrettante espressioni o manifestazioni della posizione della persona nell'ordinamento (diritti fondamentali o quote di sovranità individuale), sono considerati anche in giurisprudenza diritti non più a carattere relativo, ma diritti che hanno carattere assoluto, che devono essere assicurati nel loro 'contenuto essenziale' (in analogia a quanto finora predicato per le c.d. libertà negative). Il c.d. nucleo o contenuto essenziale (*wesentliches Gehalt*) è considerato dalla giurisprudenza costituzionale «protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana» (C. cost., 7.7.1999, n. 309) e rappresenta quindi il parametro, per quanto di non facile determinazione, che identifica il diritto nella sua assolutezza e con cui il diritto (e il dovere) alla prestazione si confronta. A ciò concorrono specialmente anche i pronunciamenti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Per contro, come ricorda sempre la relazione, i diritti non dipendono più dal modo di essere dell'amministrazione e dalle prestazioni che questa è in grado di dare, ma l'amministrazione è da considerarsi in posizione di strumentalità rispetto al loro adempimento. Si parla invece di priorità dei diritti rispetto all'amministrazione.

Ed è in questa prospettiva, che mette al centro dell'ordinamento i diritti che assicurano la tutela e la dignità della persona, che mi pare si collochino oggi anche la posizione e il ruolo dell'amministrazione pubblica non come manifesta-

zione delle singole istituzioni di governo, ma come funzione dell'organizzazione sociale unitariamente considerata e chiamata ad assicurare l'adempimento dei diritti individuali che hanno di per sé carattere di diritti fondamentali e assoluti.

Nel contempo la posizione dei singoli cittadini e individui, dal momento che si è in presenza di diritti che attengono alla persona e si impongono allo stesso ordinamento, sembra difficile ricondurla alla sola formula della 'cittadinanza' o delle 'cittadinanze amministrative'.

Sono formule queste che, per quanto utili a descrivere il diffondersi di diritti che l'amministrazione è chiamata a rispettare e ad assicurare (secondo le proprie competenze), finiscono per porre sempre l'accento sul versante dell'amministrazione, su un rapporto di prestazione tra questa e chi ne è destinatario, e sembrano ridurre il contenuto dei diritti a quello delle prestazioni che l'amministrazione può rendere, mentre questi si impongono alle stesse amministrazioni.

Si ha conferma di tutto ciò anche nella recente ben nota disposizione costituzionale dell'art. 117 c. 2 lett. m), secondo cui è riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato «la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere assicurati su tutto il territorio nazionale»: disposizione che – come è noto – è stata opportunamente introdotta per assicurare l'unità dell'ordinamento quanto ai diritti individuali in concomitanza con una più estesa attuazione del pluralismo autonomistico delle istituzioni quale fu disposta con la riforma costituzionale del 2001.

Si può notare in particolare che il riferimento ultimo è pur sempre all'attuazione del contenuto dei diritti e all'unitarietà del loro soddisfacimento su tutto il territorio. Il che implica che specie nei servizi sociali la prestazione possa differenziarsi in relazione alla concreta situazione della persona, come tante esperienze già in atto mostrano.

La norma dell'art. 117 corrisponde d'altronde alla disposizione del *Grundgesetz* tedesco che prevede la competenza legislativa del *Bund* quando si tratta di assicurare «condizioni equivalenti di vita nei territori», un risultato da raggiungere anche con mezzi differenziati.

Se è vero che disposizioni come quella dell'art. 117 citato, esprimono e impongono l'esigenza dell'unità e dell'eguaglianza nel soddisfacimento dei diritti, non vanno d'altro canto trascurate le difficoltà che incontra tutto il sistema dei servizi a rendere effettiva l'unità e l'eguaglianza formalmente prevista a causa della carenza di adeguate condizioni organizzative, di funzionamento, finanziarie.

In particolare ciò comporta che il sistema legislativo e amministrativo trovi una sua unità non più formale, ma sostanziale nell'attuazione di questi principi. E che in particolare il sistema amministrativo venga consapevolmente e in concreto finalizzato ad essere veicolo e strumento per l'adempimento dei diritti della persona.

Si apre al riguardo la grande questione oggi particolarmente dibattuta di come il sistema delle prestazioni e dei servizi, il sistema del *welfare*, possa e debba essere riordinato proprio per (sopperire all'esigenza di) provvedere in modo adeguato ed eguale ai diritti della persona, tenendo conto anche delle ben note difficoltà di ordine finanziario.

Si affacciano sotto questo profilo molti problemi: vi è sullo sfondo il problema di realizzare un diverso bilanciamento fra le prestazioni e i servizi fin qui erogati (vale a dire un diverso sistema), vi è fin da ora il problema di assicurare la comparabilità dei servizi e delle prestazioni nella qualità e nei costi, vi è il problema di definire anche modalità diverse delle prestazioni (di differenziare le prestazioni) in relazione alle diverse condizioni personali, vi è il problema di come associare alla stessa amministrazione la stessa iniziativa e la responsabilità dei cittadini singoli o associati.

A ben vedere tutto ciò riconduce all'esigenza di realizzare quel diverso rapporto e modello partecipativo fra istituzioni e società a cui la relazione e le ricerche predisposte han fatto costante riferimento. Vi si sottolinea in particolare l'apporto della società stessa, delle formazioni e delle organizzazioni sociali, di quelle che oggi si chiamano libertà sociali o forme di cittadinanza attiva nel contribuire all'attuazione dei diritti della persona lungo la linea espressamente valorizzata dall'art. 118 c. 4 Cost. che sancisce il principio della sussidiarietà sociale, sviluppando quanto già affermava l'art.2 in ordine ai doveri di solidarietà.

Il che rappresenta un'ulteriore conferma di come possa svilupparsi quel rapporto di incontro e di scambio fra amministrazione e società in cui si intrecciano i diritti e i doveri che concorrono a formare quella che è chiamata la 'cittadinanza amministrativa'.

3. I diritti procedimentali

Alla luce di questa stessa ispirazione di fondo mi pare che venga ugualmente considerato l'altro fondamentale mutamento del nostro ordinamento amministrativo che ha avuto il suo inizio e ha la sua chiave di volta nella l. 8.8.1990 n. 241 sul procedimento. La legge ha portato al riconoscimento di diritti dei cittadini e degli interessati in ordine allo svolgimento della attività amministrativa di regolazione. La successiva legislazione (ultima la legge 7.7. 2015 n. 124) ha portato a ulteriore generalizzato riconoscimento il diritto alla trasparenza e alla pubblicità dell'amministrazione.

Sono diritti che hanno trovato e trovano riscontro anche nell'ordinamento europeo nella sezione della Carta dei diritti significativamente intitolata alla *Cittadinanza*, ove in particolare si sancisce il diritto alla buona amministrazione (informazione, partecipazione e motivazione) (art. 41). Inoltre gli stessi di-

ritti hanno trovato avallo e rafforzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il che ha contribuito a farne riconoscere il fondamento costituzionale. La giurisprudenza costituzionale ritiene oggi che il principio del giusto procedimento sia un principio costituzionale e ha avallato la previsione del legislatore che i principali istituti previsti dalla legge n. 241 rientrano fra i «livelli essenziali delle prestazioni [...] concernenti i diritti civili» ai sensi della richiamata norma dell'art. 117 c. 2 lett. m) Cost.

Si tratta quindi di diritti civili che devono essere unitariamente garantiti da parte di tutte le istituzioni pubbliche (salva la possibilità per le Regioni e gli enti locali di prevedere livelli di maggior tutela).

Va tenuto presente anche che il nuovo testo di riforma costituzionale (varato da ultimo dal Senato) riserva espressamente alla competenza legislativa dello Stato la determinazione delle «norme sul procedimento amministrativo [...] tese ad assicurarne l'uniformità sul territorio nazionale» (nuovo art.117 c. 2 lett. g).

A questa stregua gli scritti raccolti nel volume considerano quindi giustamente il procedimento amministrativo come un complesso di diritti e obblighi fra amministrazione e interessati, come un rapporto che si sviluppa dinamicamente in modo paritario fra l'una e gli altri, servendo alla rappresentazione e alla composizione degli interessi in gioco.

In particolare, il procedimento è visto anche come veicolo e mezzo per dare attuazione a quel metodo o modello partecipativo che sta alla base dell'(e identifica l')assetto di democrazia sociale prefigurato dagli artt. 2 e 3 della Costituzione.

Per un verso quindi giustamente si criticano i limitati spazi accordati alla partecipazione, oggi disciplinata dalla legge in generale entro i limiti angusti di una partecipazione pensata solo in funzione di contraddittorio per i procedimenti relativi ad atti a carattere individuale (anche se in forma più incisiva per i procedimenti a domanda). E giustamente si invoca la previsione di altre tipologie di partecipazione in funzione collaborativa o più ampiamente democratica specie per gli atti a carattere normativo, programmatico o comunque di particolare interesse partecipativo (come si era previsto già in Commissione Nigro). Si ricordi ora però la prevista introduzione generalizzata delle inchieste pubbliche nella citata legge delega n. 124/2015.

A ciò si aggiunge il richiamo ad alcuni principi sostanziali della funzione come il principio di proporzionalità e di legittimo affidamento, che indirettamente contribuiscono a rafforzare il metodo o modello partecipativo.

Nel medesimo tempo si segnala l'insufficienza o la disparità dei meccanismi di semplificazione procedurale fin qui introdotti auspicando una ricognizione e revisione dei singoli procedimenti da fare in collaborazione con cittadini e imprese, mirando a realizzare effettivamente il principio dell'unità della decisione

amministrativa: vale a dire che la possibilità di svolgere un'attività o il conseguimento di un risultato dipenda da un'unica decisione (con tutte le implicazioni di carattere organizzativo che ciò anche comporta). Si veda peraltro ora il previsto riordino della conferenza di servizi nella legge delega n. 124/2015 citata.

Per altro verso, nella stessa prospettiva di un rapporto di diritti e obblighi reciproci, di incontro-scambio su di un piano paritario, quale vuole essere il procedimento amministrativo, nella relazione e negli studi che l'hanno preceduta non si manca di sottolineare come agli interessati spetti un essenziale dovere di collaborazione, in particolare un dovere di comportamento informato al principio generale di buona fede. Egualmente si segnala come il diritto generalizzato alla trasparenza possa talora essere temperato da misure che ne assicurino un uso rispettoso delle regole democratiche.

Come per i diritti sociali, la 'cittadinanza amministrativa' si configura (lo si dice espressamente), quindi, come la sintesi di un intreccio di diritti e doveri reciproci: in tal caso sul piano della dinamica procedimentale.

Il che è senz'altro coerente con la matrice ideale offerta dalla nostra Costituzione. Non direi tuttavia che si possa considerare l'interesse legittimo – come si propone – la figura paradigmatica della 'cittadinanza amministrativa' così intesa, nel presupposto che i diritti del privato debbano contemperarsi con l'assolvimento di un generale dovere di solidarietà che gli compete.

Certo ogni diritto può essere limitato nella sua portata o nel suo esercizio quando la legge lo autorizzi e ne specifichi i presupposti in coerenza con quanto consentito dalla Costituzione, ma non sembra che sia sufficiente il riferimento a un generale dovere di solidarietà per lasciare all'amministrazione o al giudice di decidere un tale bilanciamento e a far ritornare i diritti procedimentali interessi legittimi.

Sebbene si accompagnino a corrispondenti doveri i diritti di garanzia e di risultato stabiliti dalla legge n. 241/1990 e dalle altre leggi che vi hanno fatto seguito, al pari dei diritti sociali, non possono considerarsi altro che diritti.

È invece nello sviluppo e nella diffusione delle modalità associative e partecipative di responsabilità condivise fra amministrazione, persone e società, come ben prospettato negli scritti di questo volume, che mi pare vada ravvisato il cammino ulteriore da percorrere in coerenza con il modello costituzionale.

GLI AUTORI

ALESSANDRA ALBANESE, professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università di Firenze.

ANTONIO BARTOLINI, professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Perugia.

MARCO BOMBARDELLI, professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Trento.

ENRICO CARLONI, professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università di Perugia.

WILLIAM CHIAROMONTE, ricercatore di Diritto del lavoro presso l'Università di Firenze.

FRANCESCO CLEMENTI, professore associato di Diritto pubblico comparato presso l'Università di Perugia.

VALENTINA COLCELLI, ricercatore del Consiglio nazionale delle ricerche nell'Istituto per i sistemi Agricoli e Forestali del Mediterraneo.

CECILIA CORSI, professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università di Firenze.

MELANIA D'ANGELOSANTE, ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università di Bologna.

SANDRA GALLERINI, dirigente e referente della ricerca del Centro Servizi per il Volontariato Toscana.

FABIO GIGLIONI, professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università "Sapienza" di Roma.

STEFANO GIUBBONI, professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Perugia.

ANNALISA GIUSTI, professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università di Perugia.

LIVIA MERCATI, professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università di Perugia.

GIORGIO PASTORI, professore emerito di Diritto amministrativo presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

SERENELLA PIERONI, ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università di Perugia.

ALESSANDRA PIOGGIA, professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Perugia.

BENEDETTO PONTI, professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università di Perugia.

DANIELE PORENA, ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università di Perugia.

MARIO SAVINO, professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università della Tuscia.

CLAUDIA TUBERTINI, professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università di Bologna.

ALESSANDRA VALASTRO, professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università di Perugia.

GIORGIO VERCILLO, dottore di ricerca presso l'Università di Perugia.

NICOLETTA VETTORI, assegnista di ricerca presso l'Università di Firenze.

SOMMARIO GENERALE

LE CITTADINANZE AMMINISTRATIVE. PERCORSI E PROSPETTIVE DELL'AMMINISTRAZIONE TRA DIRITTI E DOVERI A 150 ANNI DALLE LEGGI DI UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA di Antonio Bartolini, Alessandra Pioggia

1. Dalla cittadinanza alle cittadinanze amministrative: una premessa. 2. La cittadinanza amministrativa come fattore di unificazione ed integrazione degli ordinamenti giuridici. 3. La cittadinanza amministrativa nei percorsi dell'equità economico-sociale. 4. Stato e diritti sociali. 5. Amministrazione dei diritti sociali e cittadinanza amministrativa. 6. Cittadinanza amministrativa e territorio. 7. La cittadinanza amministrativa nel rapporto con la buona amministrazione. 8. Interesse legittimo e cittadinanza amministrativa. 9. La cittadinanza amministrativa dei doveri. 10. I diritti di cittadinanza amministrativa in Europa: una cittadinanza senza doveri. 11. Quale cittadino amministrativo?

STUDI

Parte prima

Equità e coesione socio economica: diritti sociali e servizi

CITTADINANZA AMMINISTRATIVA E PREVIDENZA SOCIALE di William Chiaromonte, Stefano Giubboni

1. Breve premessa metodologica. 2. Il sistema previdenziale italiano dal 1965 al 2015: le coordinate di riferimento. 3. Alle origini della doppia distorsione del sistema previdenziale: gli anni Sessanta. 4. Il consolidamento della doppia distorsione: dagli anni Settanta agli anni Ottanta. 5. L'avvio della lunga stagione delle riforme: gli anni Novanta. 6. Gli anni Duemila e gli effetti della crisi economica globale. 7. Una breve conclusione.

IL DIRITTO ALL'ISTRUZIONE COME DIRITTO DI CITTADINANZA di Enrico Carloni

1. Premessa: diritti e interessi nel sistema dell'istruzione. 2. Diritto all'istruzione e Costituzione: la prospettiva personalistica. 3. Il caso degli studenti con disabilità: il diritto fondamentale all'istruzione. Le ricadute sull'organizzazione. 4. A proposito di istruzione (diritti sociali) e risorse. 5. Quale diritto all'istruzione: le sfide e le tendenze recenti.

CITTADINANZA AMMINISTRATIVA, SALUTE E SANITÀ di Melania D'Angelosante, Claudia Tubertini

1. Premessa. PARTE PRIMA: *L'organizzazione sanitaria*. 2. Il passaggio dal sistema mutualistico a quello universalistico. 3. L'attuazione della regionalizzazione e l'emersione della nozione 'livelli essenziali. 4. Dalla differenziazione proclamata alla ricerca di una nuova omogeneità: la sostenibilità del servizio sanitario come fattore uniformante. PARTE SECONDA: *La libertà di scelta degli utenti: la pluralità degli offerenti e il paniere delle prestazioni fra esigenze di contenimento della spesa e dimensione competitiva*. 5. La libertà di scelta degli utenti e la pluralità degli offerenti tra esigenze di contenimento della spesa e competizione fra operatori. 6. La libertà di scelta degli utenti e il paniere delle prestazioni tra esigenze di contenimento della spesa e competizione fra sistemi.

L'ACCESSO DEGLI STRANIERI AI DIRITTI SOCIALI di Cecilia Corsi

1. L'evoluzione delle fonti sullo *status* dello straniero. 2. La disciplina dei diritti sociali in favore degli stranieri tra legislatore statale e legislatore regionale. 3. L'individuazione dei titoli che danno accesso ai diritti sociali. 3.1 L'individuazione dei titoli che danno accesso ai diritti sociali: lo *status* di lavoratore. 3.2 (*segue*) La tipologia del titolo di soggiorno. 3.3 (*segue*) La residenza 'protratta'. 3.4 (*segue*) La residenza. 3.5 (*segue*) La mera presenza sul territorio italiano. 4. Osservazioni conclusive.

PERSONA E DIRITTI ALL'ASSISTENZA di Nicoletta Vettori

1. Introduzione. 2. L'assistenza sociale nei lavori del 100° delle leggi amministrative di unificazione e nella dottrina degli anni '60. 3. Il lungo percorso dai servizi sociali al diritto all'assistenza. 3.1 Definizione formale di servizi sociali e «diritti condizionati». 3.2 Diritto all'assistenza e servizi alla persona. 3.3 La prospettiva europea 4. Oggi: i limiti pratici dell'universalità. 5. Gli 'anticorpi' costituzionali: il principio personalista e le sue implicazioni. 5.1 Il «nucleo essenziale» dei diritti all'assistenza fra Corte costituzionale e Corti europee. 5.2 Personalizzazione

degli interventi e carattere (costituzionalmente) necessario del modello dell'integrazione delle prestazioni: la centralità dei servizi. 5.3 Universalismo e differenziazione: un'eguaglianza sostanziale equa e sostenibile. 5.4 Universalismo e gratuità: un'associazione fuorviante. Per una solidarietà del singolo individuo.

L'EVOLUZIONE DEL VOLONTARIATO E TERZO SETTORE NELLA FUNZIONE DI *ADVOCACY* di Sandra Gallerini

1. L'evoluzione del volontariato e Terzo settore nella funzione di *advocacy*: una premessa. 2. Alcune caratteristiche evolutive del volontariato e Terzo settore. 2.1 Premessa. 2.2 La funzione di *advocacy* del volontariato. 2.3 La 'questione di genere' nel volontariato. 2.4 Networking e opportunità di finanziamento del volontariato e Terzo settore. 2.5 Le trasformazioni della 'domanda' e dell'offerta' dei servizi. 2.6 Le risorse umane: i volontari. 3. Le sfide future e conclusioni.

Parte seconda

Nuovi diritti verso l'amministrazione

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ COME COMPONENTE DELLA CITTADINANZA AMMINISTRATIVA di Alessandra Albanese

1. Il principio di proporzionalità: il contesto in cui nasce e si sviluppa e i suoi elementi costitutivi. 2. Proporzionalità e ragionevolezza. 3. Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza amministrativa. 4. Il ruolo delle norme costituzionali e l'incidenza della legge 241/90 nella (sia pur tardiva) emersione del principio di proporzionalità. 5. Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte EDU. 6. Considerazioni conclusive.

LA TRASPARENZA AMMINISTRATIVA COME FATTORE ABILITANTE DELLA CITTADINANZA AMMINISTRATIVA di Benedetto Ponti

1. La recente affermazione della trasparenza amministrativa come dimensione della cittadinanza: perché così recente, oggi, a cinquant'anni dalle celebrazioni del centenario? 2. La trasparenza tra legittimazione e controllo diffuso del potere (pubblico). 2.1 Trasparenza, relazione informativa e diritto a conoscere. 2.2 Trasparenza, *accountability* e delegittimazione. 3. Attori e processi di mediazione della trasparenza. 4. La trasparenza amministrativa tra diritto ad una prestazione e diritto all'uso delle informazioni pubbliche. 5. Le peculiarità del modello italiano nel contesto europeo: divergenze e convergenze.

IL CONTRIBUTO DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ ALLA CITTADINANZA di Fabio Giglioni

1. Il contributo della sussidiarietà alla cittadinanza: tre paradossi. 2. Un'ipotesi di ricostruzione: storicizzare il principio di sussidiarietà orizzontale. 3. La cittadinanza praticata. 4. (*segue*) Autonomia funzionale di diritto privato delle amministrazioni pubbliche e il diritto comunitario delle città. 5. Un altro paradigma organizzativo. 6. L'ampliamento della legittimazione processuale. 7. I limiti della sussidiarietà.

LA «PIENA RESPONSABILITÀ CIVILE» NEI CONFRONTI DELL'AMMINISTRAZIONE COME DIRITTO DI CITTADINANZA di Annalisa Giusti

1. Il lungo percorso verso un'amministrazione responsabile. 2. Dall'immunità dell'amministrazione al *neminem laedere*. 3. Dalla «responsabilità» alla «piena responsabilità» civile della pubblica amministrazione: la prospettiva del diritto interno. 4. La «piena» responsabilità civile nel diritto europeo: in particolare, la prospettiva della Corte di Giustizia dell'Unione europea. 5. Il diritto al risarcimento come «bene» della persona: la prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. Un bilancio conclusivo.

L'ORDINE PUBBLICO di Francesco Clementi, Mario Savino

1. Premessa: ordine pubblico e Stato di diritto. PARTE PRIMA: *l'ordine pubblico nel passato*. 2. I problemi di ieri: l'arbitrio amministrativo e legislativo. 3. L'avvento della Costituzione repubblicana: i rimedi. PARTE SECONDA: *l'ordine pubblico nel XXI secolo*. 4. I problemi di oggi: i nuovi volti dell'arbitrio amministrativo. 5. L'ordine pubblico tra il declino della sovranità statale e l'emergere di nuovi conflitti: il rafforzamento della *rule of law* come nuova frontiera?

LA PARTECIPAZIONE PROCEDIMENTALE di Marco Bombardelli

1. L'evoluzione dei diversi modelli di partecipazione procedimentale. 1.1 La partecipazione in funzione di garanzia. 1.2 La partecipazione in funzione efficientistica e collaborativa. 1.3 La partecipazione democratica. 2. La partecipazione nella disciplina generale del procedimento amministrativo. 2.1 I soggetti legittimati a partecipare. 2.2 I diritti di partecipazione. 3. La partecipazione procedimentale nella dimensione europea. 4. Le prospettive di sviluppo della partecipazione procedimentale.

CITTADINANZA AMMINISTRATIVA E DEMOCRAZIA PARTECIPATIVA: ANDATA E RITORNO DI UN INSOLITO FENOMENO DI ETERONEGESI DEI FINI di Alessandra Valastro

1. Premessa: gli aggettivi della cittadinanza e il richiamo alla sovranità. 2. Il primo percorso dell'attuazione costituzionale (la prima 'andata'): il fallimento del principio partecipativo e lo sbiadimento del contenuto *attivo* della cittadinanza. 3. Il secondo percorso (il 'ritorno'): la messa in discussione dei modelli della delega e dell'amministrazione bipolare e l'influenza delle crisi. 4. Il terzo percorso (la seconda 'andata'): nuove regole per un metodo di governo collaborativo e ruolo dei Comuni. 5. Le prospettive.

LA 'SEMPLIFICAZIONE AMMINISTRATIVA' COME DIRITTO E COME STRUMENTO DI CITTADINANZA di Giorgio Vercillo

1. Premessa. 2. 'Semplificazione' e 'cittadinanza' amministrativa. 3. Le politiche di 'semplificazione amministrativa' adottate nell'ordinamento interno a partire dagli anni Novanta. 4. Le politiche di 'semplificazione amministrativa' adottate nell'ordinamento europeo. 5. Considerazioni conclusive.

L'ACQUISTO DELLO *STATUS CIVITATIS* NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA: NATURA DELLA FATTISPECIE PROVVEDIMENTALE E DELLE CORRELATE POSIZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE di Daniele Porena

1 Brevi cenni introduttivi all'impianto generale della legislazione italiana. 2 Fattispecie di acquisto della cittadinanza italiana da parte del cittadino straniero. Natura del provvedimento amministrativo, posizioni giuridiche soggettive e casistica giurisprudenziale. 2.1 L'attribuzione della cittadinanza per status familiare acquisito. 2.2 Ulteriori fattispecie di attribuzione della cittadinanza per naturalizzazione dello straniero. 2.3 L'attribuzione della cittadinanza per beneficio di legge.

Parte terza Doveri

FISCAL COMPACT: DOVERI DELLO STATO E DIRITTI DI CITTADINANZA AL TEMPO DELL'EQUILIBRIO DI BILANCIO di Livia Mercati

1. Il bilancio come luogo di confluenza dei diritti e dei doveri dello Stato e dei cittadini nel passaggio dalla finanza pubblica 'neutrale' alla finanza pubblica 'funzionale' (a Costituzione invariata). 2. Il dovere di rispettare l'equilibrio di

bilancio prima della sua costituzionalizzazione. 3. *Fiscal compact* e doveri dello Stato. 3.1 *Fiscal compact* e inesistenza di un dovere giuridico di riformare la Costituzione 3.2 Vincoli europei e doveri di bilancio. 4. Equilibrio di bilancio e dovere di garantire i diritti. 5. L'equilibrio di bilancio dopo la sua costituzionalizzazione. 6. Diritti sociali, equilibrio di bilancio e Corti europee.

I DOVERI NELLA NUOVA FRONTIERA DELLA CITTADINANZA di Serenella Pieroni

1. Premessa. 2. L'origine dei doveri del 'cittadino amministrativo': il dovere di solidarietà. 2.1 Doveri di solidarietà e partecipazione procedimentale. 2.2 Doveri di solidarietà e sussidiarietà orizzontale. 2.3 Doveri di solidarietà e volontariato. 3. Integrazione europea e 'nuovi' doveri del cittadino: dovere di solidarietà e tutela ambientale. 4. Conclusioni.

CONCETTO DI *STATUS* NEL DIRITTO EUROPEO. DOVERI INESPRESSI A FRONTE DEI DIRITTI SANCITI DALL'UNIONE EUROPEA di Valentina Colcelli

1. Quadro di riferimento iniziale. 2. La rilevanza degli *status* soggettivi nel processo di integrazione europea. 3. *Status* di cittadino e soggettività giuridica europea. 4. Cittadinanza UE come *status* fondamentale e principio di non discriminazione: una nuova strada per la questione sociale nell'Europa 'unitaria'. 5. *Status* di familiare e di cittadino: formazione dello *status* nel Paese di provenienza, le conseguenze nello Stato di destinazione. 6. *Status* di cittadino dell'Unione europea: ... *avoid alienage*. 7. Doveri inespressi quale breve riflessione conclusiva.

COMMENTI

LE CITTADINANZE AMMINISTRATIVE di Giorgio Pastori

1. Dall'unità dello Stato all'unità dei diritti. 2. I diritti sociali. 3. I diritti procedimentali.

PIANO DELL'OPERA

- Vol. I – *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di Roberto Cavallo Perin, Aristide Police, Fabio Saitta
- Vol. II – *La coesione politico-territoriale*, a cura di Gabriella De Giorgi Cezzi, Pier Luigi Portaluri
- Vol. III – *La giuridificazione*, a cura di Barbara Marchetti, Mauro Renna
- Vol. IV – *La tecnificazione*, a cura di Stefano Civitarese Matteucci, Luisa Torchia
- Vol. V – *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di Maurizio Cafagno, Francesco Manganaro
- Vol. VI – *Unità e pluralismo culturale*, a cura di Edoardo Chiti, Gianluca Gardini, Aldo Sandulli
- Vol. VII – *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, a cura di Gian Domenico Comporti
- Vol. VIII – *Cittadinanze amministrative*, a cura di Antonio Bartolini, Alessandra Pioggia

