

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2020

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



Sulla rilevanza giuridica della inosservanza del principio di "trasparenza" da parte del "distinto" apparato di Amministrazione pubblica, il quale, ai sensi dell'art. 98, 1° comma, è al "servizio esclusivo della Nazione".

di Giuseppe Palma

(Università Telematica "Pegaso" - Professore Emerito di Diritto Amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza "Federico II")

Sommario

1. Precisazione del tema di indagine. 2. Precedenti giuridico-storici. 3. Le coordinate Costituzionali della tematica. 4. Conferma della prospettiva dell'indagine.

Abstract

The question, at the basis of this article, which animated the writer and remained so far unanswered is whether "transparency", the principle introduced in the reform of Law no. 241 of 2009, whether or not it has a connection point (albeit not explicit) in the existing constitutional discipline; it is true that in this case it is a legislative reform (and this is undoubted) but that does not exclude the possibility of investigating whether it fits into the connotative logic of the p.A. consecrated by the Constituents, especially if we consider that such a principle contributes to better validating the constitutional identity of the public administration.



1. *Precisazione del tema di indagine*

E' facile dedurre dall'intitolazione della tematica che la prospettiva di indagine risulta una continuazione della precedente indagine, già pubblicata, in tema di connotazione identitaria di "distinzione" dell'apparato pubblica amministrazione dal potere politico – governativo – ministeriale, diversamente dal passato regime (e sul punto si ritornerà meglio in prosieguo) in considerazione del rilievo che definiti alcuni angoli prospettici di contenuto, a così dire, più innovativi, desumibili dall'inserimento degli artt. 97 e 98 Cost. nell'organicità della trama sistematica della Carta, consentono di designare, vale a dire convincono di procedere oltre aggiungendo alcuni nuovi tratti nell'ambito dell'organigramma dei tratti ritenuti esplicitamente disegnati in Costituzione¹.

Il quesito infatti che ha animato chi scrive e rimasto finora inevaso è se "la trasparenza", principio introdotto nella riforma della legge n. 241 del 2009, abbia o meno un punto di aggancio (sia pure non esplicito) nell'esistente disciplina costituzionale, è vero che nella specie trattasi di una riforma legislativa (e ciò è indubbio) ma che non esclude assolutamente di indagare se essa si inserisca o meno nella logica connotativa della p.A. consacrata dai Costituenti, maggiormente se si considera che siffatto principio, come è la opinione di chi scrive, concorra a convalidare meglio l'identità costituzionale dell'amministrazione pubblica.

E la prospettiva di indagine si presenta a ben vedere di una ulteriore carica di valore ricostruttivo qualora si consideri che, come sostenuto in altra sede, anche all'apparato p.A. la Costituzione impone il dovere di essere "fedele alla Repubblica" (art. 54 e XVIII norme finali Cost.) e quindi il dovere di rispettarla. E si mira perciò in questa sede di argomentare i motivi in grazia dei quali il principio di "trasparenza" si inserisca o meno coerentemente nel generale procedere della p.A., dappoichè anche la solenne dichiarazione di cui al primo co. dell'art. 98, in forza della quale i "pubblici funzionari sono al servizio esclusivo della Nazione" perda, esaminato in filigrana, la sua apparente dichiarazione meramente enfatica, la mera impressione di una invocazione di essenza meramente etica (del resto la mitologia dei doveri etici costituzionali è abbastanza diffusa a danno del riconoscimento dei doveri civici) così affidati ai singoli di buona volontà senza alcuna ripercussione nell'ambito ordinamentale, e non si scorge, come si preciserà più avanti, che siffatta solenne dichiarazione, ben lungi dall'intento di prescrivere uno "statuto" del dipendente pubblico, poichè è intuitivo che l'impiego del termine "funzionari" è un po' di impiego a così dire retorico volendo individuare la parte per il tutto (del resto tale era descritto già nel progetto ed approvato senza discussione in Assemblea), una volta che si ha cura di inserirla nella "aura" che avvolge tutti i valori, punti di

¹ Per l'indagine cennata nel testo, cfr. Il lungo itinerario giuridico-costituzionale in virtù del quale l'apparato pubblica amministrazione statale ha assunto l'attuale "identità" ecc., pubblicato in *federalismi 2019* ed ora incluso, in questa raccolta.



progressiva attuazione (anzi di realizzazione) della Carta, essa si carica e/o concorre a costituire (e/o rappresentare) il varco attraverso il quale il popolo (società civile), peraltro sovrano, si inserisce a pieno titolo nell'ordinamento istituzionale generale dello Stato-persona, abbandonando definitivamente la vecchia posizione di soggetto legittimo attore soltanto nell'ordinamento civile (Stato borghese).

Quindi l'affermazione in esame non assume un significato "negativo" ma una carica "positiva" (volendo esprimersi con una tale contrapposizione) perché vuole fissare il principio che l'amministrazione pubblica deve aprire la prospettiva della sua azione a favore del popolo (società) ed escludere in conseguenza ogni influenza politica di parte e quindi il popolo sovrano potrà controllare ogni illegittima influenza politicamente negativa ed in virtù del citato "inoltre" stabile nell'area di vigenza dell'ordinamento della istituzione statale potrà anche difendersi e reagire (meglio più avanti).

A questo punto vanno anticipate alcune osservazioni le quali vengono espresse non tanto in tono critico generale sulla situazione "politica" ma piuttosto sullo scopo di corroborare l'utilità dell'impostazione qui adottata; essa poggia sul metodo sempre adottato da chi scrive che si ispira a considerare l'Amministrazione la Costituzione in azione, che non consiste banalmente nell'esigenza di applicare la Costituzione, anche perché ciò rappresenta un torto all'intelligenza, ma consiste nell'interpretazione di ogni singola disposizione (anche ovviamente quelle per coordinamento disposte nei singoli titoli della seconda parte) inserendola nel complessivo tessuto organico della Carta, poiché secondo chi scrive la Costituzione non ha inteso riscrivere un esauriente nuovo Codice, affollandolo di una serie di istituti differenti, bensì essa costituisce un "programma" coerente ed organico (si può discutere se esauriente o meno) che sarebbe dovuto essere sviluppato in termini di realizzazione ad opera della politica praticata in seguito.

Essa rappresenta perciò un confine invalicabile (naturalmente progressivamente rinforzato) ad opera del regime preesistente (specie di quello invalso nel ventennio) senonché tale confine è stato ampiamente violato dal vecchio regime ad opera delle formazioni partitiche già in formazione durante i lavori della Costituente e definitivamente costituitisi dopo l'entrata in vigore della Costituzione, i quali, pur di affermarsi come unico canale di organizzazione sociale della società, operano in Assemblea a porre alcuni paletti alle nuove forme di garanzia attiva del popolo e dopo ad assumere un atteggiamento vivace fuori dell'area ordinamentale istituzionale, ed in questo una sorta di atteggiamento di quieto vivere, poiché in attesa di insperate modifiche hanno lasciato che visse ancora, per così dire a tempo scaduto, il "buon vecchio regime" dello Stato parlamentare borghese (liberale) anziché rifondare una Repubblica democratica sociale (chi scrive ricorda che nel dizionario di regime apprendeva che le Alpi erano una difesa invalicabile ed



alle scuole medie apprese che esse furono perforare da teorie di elefanti a seguito di Annibale; ma non si ha intenzione di trarre alcun paragone).

Sul punto si tornerà ancora però qui va precisato un profilo critico che in conseguenza ha connotato anche l'ambiente della ricerca giuridica, poiché, muovendo dall'osservazione pratica che il regime preesistente continuava la sua vigenza anche nel clima della Carta formalmente vigente e per di più suggestionati dall'impiego di espressioni verbali di antico conio in quest'ultima, hanno finito per ridursi ad indagini squisitamente tecnico-giuridiche senza porsi alcun dubbio circa la loro giustificazione alla luce della disciplina costituzionale, ciò è rilevabile non solo negli studi di diritto amministrativo ma anche nelle ricerche di più ampio respiro in diritto costituzionale e ciò, come è stato rilevato, in quanto specie nei primi decenni si pose una sorta di *finium regundorum*, che secondo chi scrive serpeggia ancora nel tempo presente, ed è una sorta di difficoltà, che sarebbe preferibile risolvere perché è quasi semplice pensare che entrambe le prospettive dovrebbero rinvenirsi in un punto comune conclusivo in ambito giuridico specie in forza di quanto più sopra (per ora) appena appuntato circa l'incedere della società (popolo) nell'ambito anche dell'ordinamento dello Stato-persona (se no avviene quanto un detto napoletano ricorda che vi è un soggetto che toglie il quadro ed un altro il chiodo al fine di evitare che sia riposto). Ma il profilo viene meglio messo a fuoco nei paragrafi seguenti.

2. Precedenti giuridico-storici

Urge riprendere l'ultimo argomento trattato nel paragrafo precedente al fine di chiarire il presupposto logico ricostruttivo che consente di pervenire in maniera più convincente alla conclusione. A tal fine si ritiene utile mettere a fuoco alcuni lineamenti giuridico-storici, già in altra sede esposti in modo più ampio.

Il precedente regime statutario prevedeva, sul piano giuridico ovviamente, una unica "catena" gerarchica (a così dire) che legava il Re titolare del potere sovrano ed al tempo stesso del potere esecutivo (art. 5) egli nominava e revocava i ministri (art. 65) e tutte le altre cariche dello Stato ed emetteva i decreti ed i regolamenti generali necessari alla esecuzione delle leggi (art. 6) si può dedurre che i funzionari erano "delegati" dal Re nell'esercizio delle proprie funzioni e si comprende in conseguenza la ragione per cui lo Statuto non prevedeva la responsabilità diretta dei funzionari per cui la responsabilità risalendo la catena gerarchica, sarebbe dovuta pervenire al Re, ma dappoiché questi si considerava non suscettibile di essere soggetto a responsabilità, essa si "conteneva" a livello di Ministro che perciò era tenuto a sottoscrivere gli atti adottati dal Re.

Si può comprendere allora come una siffatta scala gerarchica era ben difficile che distinguesse (o fosse idonea a distinguere) l'interpretazione e la conseguente applicazione di una legge in termini prettamente tecnico-giuridici in quanto con



essa si incanalavano (o potevano incanalarsi) motivi ed orientamenti di stretta essenza politica; il che veniva già in quel tempo notato ponendo in risalto che la garanzia dei diritti dei cittadini era molto flebile e depotenziata (per esempio) di fronte ad esigenze politiche occultate, a così dire, nell'ambito delle garanzie giuridiche proprio a causa che la responsabilità in concreto risaliva al Ministro-autorità politica. Ciò spiega a tutto tondo che per ogni possibile reazione il cittadino doveva attivare il cd. Contenzioso amministrativo cioè sempre e comunque nell'ambito (allora) impenetrabile della stessa p.A.

In altri termini i cittadini, per altro non tutti ammessi al suffragio, erano per così dire estranei all'ordinamento istituzionale dello Stato-persona godendo solo di alcuni "diritti civili" improntati prevalentemente al giusnaturalismo storico, in altri termini erano sudditi e non cittadini. E pur vero, va subito aggiunto, che il progressivo mutamento storico registrò una notevole modifica della costituzione materiale con la conseguenza che, quantomeno in fatto, il più sopra delineato sistema, che si potrebbe definire "meccanicistico", sotto l'apparente sua continuità politica si avviò a favore di una lieve democraticità evolvendosi l'ordinamento istituzionale a parlamentare di stampo liberale e le prime formazioni politiche di cultura progressista comparvero operanti anche in Parlamento.

Si documentano in questo periodo un allargamento dei diritti negli (ancora) sudditi con vocazione però ad elevarsi a cittadini con sempre maggiori pretese con la rivendicazione di più solide garanzie; cosicché alla progressiva politica sociale dello Stato (con il relativo incremento dei servizi sociali) si operò l'avvento delle maggiori e più imparziali garanzie dei diritti spettanti ai singoli, come con la istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato che sostituì il precedente sancito ricorso gerarchico. Tuttavia non si può sostenere che l'intero schema di organizzazione socio-politica sia in profondità cambiato, poiché anche alla luce di tali modificazioni, rinvenibili più sul piano dell'esercizio concreto, l'ideologia di fondo rimase sostanzialmente fedele a se stessa. Il sussistente primato della politica (praticata) dimostrò di non avere l'intenzione di abdicare a favore di una azione politica maggiormente aperta alle esigenze civili.

A tal proposito si rinvia a quanto dichiarò un noto statista (Giolitti) "la base della nostra amministrazione è ancora l'accentramento napoleonico della massima parte dei pubblici servizi nelle mani dello Stato è sotto la diretta azione del potere centrale. Codesto ordinamento è sotto diversi aspetti perniciosissimo... L'affidare l'interesse locale al Governo sotto il controllo del Parlamento significa... far risolvere le questioni da chi non ne conosce esattamente i termini ed affidare il controllo a chi li conosce ancora meno. Detti affari ... anziché di pubbliche discussioni sono del resto oggetto di sollecitazioni dirette degli interessati verso i Ministri o verso gli alti funzionari dello Stato e danno origine per tal modo ad una azione quasi occulta del Parlamento sul Governo, la quale dà alla lotta politica il



carattere di lotta di interessi... dà al Governo un mezzo illegittimo per determinare le correnti politiche ed in questo modo causa principale della distruzione dei grandi partiti parlamentari e della decadenza² del Parlamento.

Ed ancora prima, all'inizio dello Stato unificato alcuni autorevoli politici "gettavano l'allarme sul pericolo gravissimo che presentava la crescente influenza della politica parlamentare nella vita delle nostre pubbliche amministrazioni "e lo stesso uomo politico ricordava quali deleterie conseguenze abbiano per il buon andamento della pubblica amministrazione la ingerenza dei partiti politici.

Va subito osservato come siffatte critiche sono state nel tempo sollevate da autorevoli personaggi che operavano attivamente in politica e potevano leggere gli interna corporis della attività politica svolta ed in ordine a ciò sarebbe fuorviante valutare come problemi esclusivamente di competenza sociologica poiché la esatta sensibilità giuridica indirizza sulla loro diretta ripercussione sul modo di connotarsi del relativo regime (dove non in prospettiva storico-giuridica ma giuridico-storica).

Ad ogni modo è agevole desumere che l'intero ambiente politico nel quale veniva concepito ed adottato l'ordinamento istituzionale regolante i poteri pubblici e cioè statali non presentava alcuna previsione che la società, naturalmente non titolare di poteri, potesse far valere le proprie aspettative in forza di strumenti giuridicamente disciplinati, a maggior ragione le proprie pretese di critica ricostruttiva al fine di sollecitare un qualche mutamento sul *modus procedendi* della politica praticata al di fuori di quei pochi elettori legittimati per istruzione e per ricchezza i quali potevano essere ammessi al suffragio indetto comunque ogni cinque anni.

Ed allora deve apparire ormai più che chiaro che alla maggioranza del popolo era inibito intromettersi nella normale vita politica generale, era cioè tenuta fuori da questa arena, in altri termini non era legittimata (politicamente) ad inoltrarsi in questa arena in cui poteva svolgersi liberamente solo la classe detentore del potere istituzionale, per la grande massa dei cittadini era riservata la frequentazione dell'ordinamento generale civile (v. codice civile) che costituiva il vero *corpus juris* generale del cittadino che poteva frequentarlo liberamente per soddisfare la sua pretesa di libertà intesa in termini di libertà giusnaturalistica individuale (liberale) assolutamente al di fuori del circuito in cui si svolgeva (altrettanto liberamente) i poteri istituzionali di natura giuridico-pubblica (in quanto politica).

3. Le coordinate Costituzionali della tematica

Pervenuti a dimostrare che il vecchio regime parlamentare (liberale) poneva un profondo distinguo tra la vita della società e la complessa e composita struttura

² Le affermazioni di Giolitti sono riportate da T. MARTINES, *Parlamento e burocrazia* ora in *Opere*, Tomo III, pagg 59 e segg.



della istituzione ordinamentale dello Stato-persona rimane da interrogarsi, dal momento che la scena nella quale i Costituenti erano chiamati ad operare era quella appena descritta, se l'orientamento fondazionale del regime adottato sia stato quello di aderire all'esistente sistematica politica ovvero abbiano consapevolmente aperto una nuova prospettiva.

A chi scrive pare che abbiano rivolto l'attenzione, non senza difficoltà per alcune resistenze dovute alle formazioni partitiche di massa in progressiva organizzazione, sulla nuova presenza del popolo (società) sovrano e sul nuovo ruolo che questo aveva avuto sugli eventi drammatici e traumatici della resistenza susseguente alla seconda guerra mondiale, come è stato già rilevato.

La società civile (popolo) aveva assunto un ruolo attivo, una presenza nuova sul proscenio delle istituzioni statali ed una tale acquisizione non poteva non influire sull'orientamento politico che ha maturato il nuovo rapporto tra l'istituzione statale e la società (popolo), il quale rivendicava una sua presenza attiva anche in detta istituzione, infatti la Costituzione del '48 ha costituito e consacrato "l'accesso" della società civile nel circuito della dialettica istituzionale, senza rinunciare alla posizione storicamente già affermata nell'ordinamento generale civile (si potrebbe riassumere che i componenti della formazione globale sociale, come la crisalide di farfalla, ha abbandonato definitivamente la veste di suddito per assumere quella di cittadino a pieno titolo). A tal fine è sufficiente rileggere i primi articoli costituzionali in tema di diritti (principi) fondamentali, i quali mentre riconoscono ai cittadini la più ampia libertà impongono al tempo stesso il dovere di operare solidalmente al progresso "politico" (economico e sociale).

Un tale aspetto può essere trascurato soltanto ricorrendo alla mitologia del valore meramente etico del citato dovere. In altri termini tutti i componenti del popolo sovrano (società) devono concorrere al buon funzionamento della dialettica dei poteri istituzionali (e non solo coloro che assumono cariche pubbliche) certo non trattasi nella specie di obblighi ma di doveri (civici) che, collegati alle libertà assicurate, consentono l'autodeterminazione della singola persona.

Gli esempi di partecipazione alla vita politica, anche in forza del dovere di essere fedele alla Costituzione (art. 54 Cost.), sono numerosi, basterebbe ricordare ad es. l'invio alla Corte Costituzionale, il referendum, le petizioni ecc. per poter consolidare il convincimento dell'avvenuto superamento da parte della società nel sacro recinto della dialettica dei poteri pubblici, che rappresenta in un certo modo la "condanna" del vecchio regime parlamentare liberale.

A questo punto è urgente introdurre alcuni chiarimenti a riprova delle osservazioni introdotte più sopra. Nell'Assemblea costituente si discusse ampiamente (forse rappresenta l'aspetto più ampiamente discusso) in ordine alle ipotesi che dovevano adottarsi di "partecipazione" dei cittadini al "sano esercizio" dei poteri pubblici (come in occasione del referendum, del rinvio alla Corte Costituzionale) e in origine



tali ipotesi erano più ampie e numerose, senonchè si accese un notevole dibattito soprattutto ad opera dei rappresentanti delle formazioni partitiche (di massa) che in quel periodo erano in via di organizzazione, i quali rivendicavano la riserva a così dire della competenza di interpretare gli interessi della società ed erano perciò insofferenti all'eccessiva facoltà sociale di interferire a siffatto livello, in conclusione ottennero in più occasioni di limitare tale facoltà e l'accordo fu raggiunto a volte rinviando a future leggi ordinarie.

Si può osservare anche, come dopo l'adozione della Carta, sono state le stesse formazioni partitiche a rallentare in modo esasperante la piena attuazione della Carta mediante più generali riforme e lasciando che l'opinione pubblica si adeguasse a ritenere che il nuovo regime si limitasse a far funzionare meglio il buon vecchio sistema parlamentare liberale. Rimarrebbe un interrogativo retorico domandarsi ora a chi attribuire la responsabilità della sopravvivenza del vecchio regime avvolto nel bozzolo della "effettività", del resto dopo l'adozione della Carta si è pensato più ad introdurre "riforme" costituzionali che affrettarsi a darle piena attuazione.

Ai fini della presente indagine resterebbe da indagare se la situazione, sotto molti aspetti negativa più sopra accennata, circa l'interferenza della politica praticata nel fisiologico esercizio della p.A., rimanga inalterata e la risposta è affermativa anche senza ricordare il disorientamento (a dir così) degli anni novanta poiché l'influenza abusiva dei partiti, sull'azione amministrativa, sia pure in misura differente è continuata anche indirettamente attraverso l'esercizio del potere governativo e ministeriale (attraverso le ccdd normative interne ad esempio) che a volte hanno di fatto ristabilito (ancora una volta) l'accentramento mediante rapporti pseudo-gerarchici in violazione dell'art. 5 Cost.

E in proposito si può ricordare quanto autorevolmente si è scritto già nel 1963 che "la stessa nuova Costituzione si è resa conto di questo problema perché ha introdotto delle norme volte a tutelare l'amministrazione contro il governo che queste norme ancora abbiano attuazione inscindibilmente... ma non tale da alterare la portata giuridica che esse hanno"³.

Questo nodo, di vecchio stampo, che continua a sopravvivere imperterrito negli anni forse è divenuto ancor più struggente ove si pensi che ogni Ministro si circonda di un numero consistente di "consulenti", molto spesso uomini di partito i quali sotto l'apparenza tecnica finiscono per "subornare" il potere spettante ai vertici amministrativi del dicastero così perpetuando l'occulto infiltrarsi nell'attività amministrativa di orientamenti del partito di maggioranza al governo del paese.

³ V.MS GIANNINI, *Problematica dell'Amministrazione pubblica*, in *Scritti* Vol. X, Giuffrè Editore pagg. 2001 e segg.



Alcuni decenni orsono chi scrive⁴ rilevò come ogni ganglio di potere era stato occupato dal personale di partiti politici per cui il popolo dopo la lunga e difficile marcia di accesso nella sfera della dialettica dei poteri pubblici era pervenuta nuda alla meta e rivendicava l'esercizio effettivo delle proprie relative prerogative e che quindi occorreva riscoprire la Costituzione. Ed è stato a causa di una tale ripresa della "speranza" del popolo che si è registrato il lento disfacimento dei partiti di massa ed il disorientamento del corpo elettorale, riducendosi al punto tale che la maggioranza politica si riduce ad essere eletta dalla maggioranza della minoranza (quasi un terzo) del corpo elettorale.

Se siffatta è la situazione si può anche spiegare che alcune affermazioni di principi costituzionali rimangono senza attuazione e soprattutto di difficile comprensione, come quella di cui all'art. 98, 1°, Cost., secondo cui i pubblici funzionari (=la p.A., apparato) "sono al servizio esclusivo della Nazione" (=popolo/società). Tale affermazione rappresenta e costituisce il punto di congiunzione (starei per dire di alleanza) tra l'apparato amministrativo pubblico e la società che a fatica ha percorso il primo tratto della parabola che ha consacrato il suo "accesso" nella dialettica dell'esercizio dei poteri istituzionali, altro che affermazione di mero valore di ispirazione etica poiché è appena il caso di sottolineare che, se una siffatta congiunzione è avvenuta (e deve anche realizzarsi) occorre che l'apparato dell'amministrazione pubblica deve aprirsi all'osservazione e /o al giudizio della società e quindi deve assumere il connotato della "trasparenza".

4. Conferma della prospettiva dell'indagine

Ci si è fin qui intrattenuti nella descrizione dell'essere della situazione attuale (ponendo in risalto alcuni profili patologici) ora occorre rivolgere l'attenzione sul dover essere, facendo ritorno sulla disciplina costituzionale che connota peculiarmente la nozione di Repubblica (si fa presto ad esprimersi riferendosi alla terza, quarta Repubblica quando sarebbe necessario tener presente che non tutta la Costituzione risulta ancora applicata).

Comunque si è posto in evidenza come l'apparato, pubblica amministrazione, ormai distinta dal Governo nell'attività di applicazione della legge (nei confronti dei componenti della società civile) deve muoversi secondo i principi di cui agli artt. 97 e 98 Cost., nel senso specifico secondo cui il canone della imparzialità impone che sia, nell'azione concreta, garantita l'uguaglianza di questi, cosicché deve rifuggire ogni intromissione politica tesa a favorire (o anche a danneggiare) una parte, pena la responsabilità del funzionario agente e pertanto nell'assumere una decisione (provvedimento) deve necessariamente obiettivare la conoscenza della zolla sociale

⁴ Cfr. I valori inesauribili della Costituzione, una cultura da diffondere, ora in G. PALMA, Scritti giuridici, Napoli 2014, 625 ss.



sulla quale è, chiamato ad intervenire, ma una tale operazione deve anche essere trasparente (molti decenni orsono si impiegava il vocabolo oggettivare⁵) cioè esporre chiaramente l'intero percorso conoscitivo in modo che si possa valutare se in detto percorso non sia intervenuto un qualche elemento che abbia influito sulla obiettiva conoscenza della situazione di fatto, in conseguenza il principio della trasparenza rappresenta una sorta di coadiuvante del rispetto della imparzialità.

Questo dovere di obiettivazione è imposto dalla Costituzione a favore della società civile nel suo ruolo nuovo assunto, al fine che possa controllare che l'Amministrazione non commetta alcune ipotesi di "eccesso di potere" in altri termini di parzialità. Si può ben riassumere siffatto epicentro funzionale che nella Costituzione risulta previsto una sorta di controllo diffuso affidato ai singoli componenti della Società che abbiano stabilito uno specifico contatto con l'autorità amministrativa.

Non va dimenticato che, in occasione dell'approvazione dell'articolo 98, non fu positivamente adottata la disposizione (presentata da Togliatti⁶ ed altri) che prevedeva sulla p.A. un "controllo popolare", ma la proposta fu rigettata anche in forza della osservazione (Ruini) che il cittadino aveva molte frecce nel suo arco per difendersi da eventuali abusi. Cosicché non è proprio peregrino ritenere che quella esigenza considerata utile se non necessaria abbia finito per divenire cellule staminali di altri istituti definitivamente inseriti nella Carta, tutti insieme cospiranti ad aprire varchi nel quale il singolo interessato può pervenire a controllare eventuali abusi, in una prospettiva di controllo affidato a chi abbia anche un interesse proprio che lo costringa a stabilire il contatto con l'Amministrazione.

E se ciò debba essere consentito dipende dal dovere che l'autorità amministrativa deve "aprirsi" alla società ed i singoli componenti di questa sono tenuti alla fedeltà della Repubblica ex art. 54 Cost..

Tutto tiene nel ridisegnare il quadro di riferimento costituzionale. Ma l'aspetto più eclatante è quello che si riferisce al vecchio fenomeno della intromissione della politica nell'iter fisiologico del procedimento dell'azione amministrativa. Molto spesso in passato le "mire" della politica venivano camuffate dalla esigenza di correggere l'organizzazione del dicastero in termini di scienza dell'organizzazione, ora il contrario avviso va dedotto dall'art. 97, 1°, in virtù del quale gran parte di detta scienza viene recuperata a livello legislativo, in conseguenza ogni ulteriore intervento ministeriale deve necessariamente percorrere la strada, più lunga in verità, di sollecitare il Governo a chiedere l'intervento parlamentare.

Però ogni pericolo di intromissioni arbitrarie non sono da escludere, infatti, il Governo e per esso il Ministro che potrebbe voler "suggerire" un diverso indirizzo

⁵ In Itinerari di Diritto Amministrativo, Lezioni 1993-1994, Cedam, pag. 360 e ss.

⁶ E' da ricordare come anche il "diritto di reazione" generale, previsto nel progetto di Costituzione venne cancellato nei valori dell'Assemblea.



interpretativo di una legge e/o di una norma ad esempio tale che favorendo una parte per ragioni politiche – partitiche finire per introdurre una grave disuguaglianza tra i componenti della società, al cui servizio la p.A. è tenuta a mantenersi.

In conclusione ogni ipotesi di interferenza della politica –partitica, ancorchè ammantata da lessico istituzionale, come direttiva, circolare ecc., integra un intervento che può definirsi un abuso politico che, nella maggior parte dei casi prefigurabili, possono anche non integrare una fattispecie di rilievo penale. Donde, ancora una volta, viene in soccorso della legalità istituzionale il principio di trasparenza.

Si passa ora brevemente ad elencare alcuni istituti che per la loro intima struttura funzionale presentano l' idoneità a soddisfare il duplice profilo finora richiamato, vale a dire sia il profilo di soddisfare l' interesse personale, sia quello teso in modo strumentale a garantire al tempo stesso l' interesse generale di garanzia della legalità costituzionale. Per primo si ricorda la partecipazione del privato al procedimento amministrativo, questo per essere fedele al principio di trasparenza, deve poter realizzare la parità della conoscenza di entrambe le parti, cosicché al privato devono essere forniti tutti i documenti in possesso dell' autorità procedente, in conseguenza il privato può chiedere, qualora non comunicati, tutti gli atti anche quelli di diverse autorità intervenute su questo piano e se l' Amministrazione si rifiuta ovvero rimane inattiva, la questione viene trasferita in sede giurisdizionale e il giudice ha diversi mezzi per raggiungere lo scopo di una completa conoscenza ivi inclusi direttive, circolari ecc., come dimostrano le disposizioni di cui agli artt. 63 – 66 del c.p.a.

Così il diritto di accesso ai documenti di cui alla riforma della L. 241 del 1990 ad opera di tutti i soggetti privati interessati compresi i titolari di interessi pubblici e di interessi diffusi (art. 22 e segg.), il che pone in evidenza ancora una volta come l' interesse personale fa da spinta per aprire un orizzonte di conoscenza più generale e oggettiva che potrebbe mettere in evidenza anche atti contenenti abusi politici di cui qui è parola. Ma allargando di più la visuale in questo campo argomentativo potrebbe essere coinvolto anche la petizione di cui all' art. 50 Cost. per chiedere provvedimenti legislativi o esporre comuni necessità.

Qui va fatta una preliminare precisazione. La qualità della petizione è definita in modo generale e starei per dire aspecifico con riferimento alla presente indagine però va anche rilevato a maggiore specificazione del contributo alla presente indagine che ogni facoltà (e/o istituto) con finalità di essenza politica per di più rivolta a sollecitare l' intervento del Parlamento per sua stessa logica esistenziale lascia sempre libero questo di decidere il comportamento da assumere nella singola ipotesi, cosicché non esclude che la petizione venga inoltrata al fine che il Parlamento "corregga" un atto di Governo che alteri l' indirizzo di applicazione di



una norma legislativa, il che servirebbe a reagire ad un abuso politico come qui definito.

Ma non è anche da escludere che in seguito ad una petizione la Camera decida di procedere ad una inchiesta conoscitiva sull'oggetto e sul tipo di abuso rilevato nella petizione; e così via. In verità il sistema adottato in Costituzione in riferimento alla Repubblica democratica sociale presenta anche strumenti di salvaguardia e, se si vuole, di correzione dell'anomalia del funzionamento, tali strumenti sono a disposizione dei componenti del corpo sociale, ne hanno la legittimazione nel riconosciuto dovere di partecipazione solidale oltre che al progresso politico anche all'iniziativa libera di questi tenuti alla fedeltà alla repubblica e quindi ai doveri di solidarietà riconosciutigli sempre dalla Costituzione⁷.

Se poi in forza della effettività, proroga del vecchio regime parlamentare, la politica praticata ha perso nel tempo la stella polare dell'esigenza di adeguare i summenzionati istituti al nuovo che attende ancora di essere sviluppato non è certo colpa soltanto del corpo sociale ma anche dell'atteggiamento defatigatorio del personale politico timoroso che ogni più radicale modifica del sistema generale istituzionale possa costituire un condizionamento al potere detenuto.

La ricerca giuridica però deve essere di stimolo a riprendere la sincera adesione alla Costituzione e, si termina con il ricorso ad una ben nota area operistica: "*tramontate stelle*" (poiché) prima o dopo un tale comportamento di ricerca giuridica "*proverà a vincere*" (ad imporsi) all'alba.

⁷ Sulla responsabilità del pubblico funzionario, G. PALMA, La ricostruzione concettuale di "danno ingiusto" nell'ambito dell'azione amministrativa e la sua ripercussione sul rapporto organico del funzionario, ora nel volume *Dell'azione amministrativa a regime di diritto privato ed altri scritti*, Giappichelli 19191, 215 ss.