

essere estesa a tutti quelli che verranno perfezionati gradualmente; e in altri casi di carattere particolare potranno risultare dubbie le stesse conseguenze della mancata od incompleta esibizione.

Tali questioni, ed altre simili, non possono peraltro essere affrontate in queste pagine, che agli aspetti più propriamente sostanziali del rapporto di comunicazione sono dedicate.

#### 4. La presentazione di memorie e documenti: la condizione della «pertinenza»

La forma di partecipazione più efficace dovrebbe consistere nella presentazione di memorie e documenti, che secondo la legge l'amministrazione «ha l'obbligo di valutare quando siano pertinenti all'oggetto del procedimento». Anche questa attività viene qualificata come oggetto di un «diritto», e ciò può forse suscitare qualche riserva di ordine tecnico-giuridico sulla scorta degli schemi più frequentemente accolti<sup>11</sup>; ma l'espressione è chiaramente indicativa dell'intendimento di valorizzare quanto più è possibile l'apporto informativo dell'interventore.

Naturalmente, le memorie e i documenti non vengono in considerazione per se stessi ma per ciò che come testi danno a conoscere ed intendere: cionondimeno, l'amministrazione è sempre tenuta a riceverli indipendentemente dal loro valore rappresentativo, a esaminarli (senza un adeguato esame, neanche il giudizio preliminare sulla «pertinenza» si potrebbe avere) e infine a conservarli per gli eventuali riscontri successivi. La clausola che si legge nell'ultimo inciso dell'articolo non si riferisce al «diritto» del partecipante -

<sup>11</sup> In generale, dovrebbe evitarsi il riferimento a situazioni di diritto ed obbligo quando si tratti di questioni che direttamente riguardano innanzitutto la legittimità e validità dell'atto (come quella che effettivamente sorgerebbe nel caso di omessa valutazione); inoltre può osservarsi che tra il contenuto del diritto e quello dell'obbligo non si ha corrispondenza piena, poiché il diritto, come si vedrà, non è limitato dalla effettiva pertinenza all'oggetto del procedimento, che invece condiziona l'operatività dell'obbligo imposto all'amministrazione.

affatto libero di stabilire collegamenti logici più o meno consistenti tra ciò che intende render noto e il tema d'una ipotetica decisione - ma attiene piuttosto all'obbligo dell'amministrazione pubblica, il cui contenuto viene opportunamente circoscritto onde evitare un inutile dispendio di attività d'ufficio ed un ritardo non giustificato nella conclusione del procedimento.

L'attributo di «pertinenza» è chiaramente indicativo d'un concetto relazionale, che solo in termini approssimativi può essere fissato con riguardo ad un certo oggetto di osservazione. Utilizzando con qualche adattamento una proposta metodica in larga parte ancora attuale<sup>12</sup>, sembra da ritenere che la condizione della pertinenza debba essere ravvisata ogniqualvolta vengano rappresentati fatti e circostanze che possono inserirsi in una situazione pensata come reale, in modo da identificarne i tratti problematici dal punto di vista della ricerca; e che pertanto, almeno sulla scorta di una prima valutazione, appaiano tali da poter essere assunti come «dati», siccome idonei ad assolvere una «speciale funzione di controllo della materia d'indagine»<sup>13</sup>.

Sembra perciò da escludere che la pertinenza all'oggetto del provvedimento sia suscettibile d'una determinazione di carattere discrezionale<sup>14</sup>: in quanto esprime essenzialmente una posizione logica, con gli strumenti offerti dalla logica può e deve essere controllata nel caso di contestazione. Tale precisazione vale anche per le rappresentazioni ed argomentazioni dell'interventore attinenti ad aspetti del problema amministrativo, che debbano essere definiti sulla base d'un apprezzamento di convenienza ed opportunità: altra cosa è raffrontare e valutare gli interessi in gioco sulla base dei medesimi criteri, altra cosa stabilire una correlazione tra gli

<sup>12</sup> V. DEWEY, *Logica, teoria dell'indagine*, trad. ital., rist., Torino 1974, specie a p. 136 ss.

<sup>13</sup> DEWEY, *op. cit.*, 159; v. pure CALABRÒ, voce «Dato», in *Enciclopedia*, IV, Einaudi, Torino, 1978, 376 ss., che a Dewey soprattutto si richiama.

<sup>14</sup> In senso contrario CORSO e TERESI, *Procedimento* cit., 99; CERULLI IRELLI, *Corso* cit., 71. Probabilmente, all'ambito della discrezionalità può ricondursi il giudizio logicamente successivo sulla «rilevanza», quando peraltro si traduca direttamente in una determinazione di valore riservata all'amministrazione; mentre si danno casi in cui la stessa rilevanza sta ad esprimere la significanza di un enunciato, suscettibile di riscontro logico nella sua connessione con le componenti del contesto in cui ricorre.

enunciati indicativi di questa operazione ed altri, riguardanti diversi aspetti del problema.

L'avvenuto riscontro della pertinenza, quanto meno nel caso di conclusione negativa, dovrebbe essere reso conoscibile attraverso la motivazione del provvedimento: poiché la legge prescrive all'amministrazione di render conto delle proprie scelte con riferimento alle «risultanze dell'istruttoria» (art. 3, primo comma), sembra che il modo stesso di delimitazione di codesta attività, per quegli aspetti che sono posti in luce dai fatti di partecipazione, debba essere palesato in forma idonea<sup>15</sup>.

##### 5. L'apporto del partecipante e i fatti di «disposizione del problema amministrativo»

Attraverso un discorso informativo «pertinente» l'interessato può direttamente fissare i termini essenziali d'un problema, come tipicamente avviene quando il procedimento debba far seguito ad un'istanza già per se stessa indicativa di fatti, d'interessi, di dati informativi; in questo caso incomberà all'amministrazione l'onere o dovere di problematizzare ulteriormente il tema attraverso l'inserimento di altri dati. Ma, soprattutto, l'interessato può modificare la situazione inizialmente delineata dall'amministrazione stessa rappresentando fatti ed elementi, che a quella siano riferibili; e che quindi si introducano pur essi in un unico contesto problematico per essere vagliati nella loro effettività e significanza, e al tempo stesso assunti come mezzi di controllo di altre componenti del medesimo contesto.

Or ciò equivale a dire che anche l'istante o l'interventore può *disporre* e *disporre del problema amministrativo*, in quanto contribuisce con una propria attività a determinare la materia che dovrà essere sottoposta a esame critico: nel prospettare fatti o motivi di incertezza, nel rendere manifeste aspettative e posizioni d'interesse egli non suscita questioni autonome o distinte ma produce un

<sup>15</sup> L'esigenza della motivazione è giustamente affermata da CORSO e TERESI, *op. loc. ult. cit.*

mutamento in quel medesimo problema che l'amministrazione sarebbe comunque tenuta ad affrontare siccome attinente al proprio compito.

Il termine «disposizione», se assunto nel senso proprio del linguaggio giuridico, non sembra poter essere correttamente riferito ad un «problema»; e l'impiego congiunto delle due espressioni può suscitare a tutta prima il dubbio che attraverso la presentazione di una immagine si voglia eludere la necessità di impegnative determinazioni sistematiche. Ma il concetto giuridico di «disposizione» viene recuperato pienamente se si considera che le informazioni pertinenti dell'interessato concorrono ad individuare in modo vincolante gli oggetti di un'indagine che si configura come «agire d'ufficio» per *definizione doveroso*<sup>16</sup>; e che tale dovrebbe reputarsi anche in difetto d'una prescrizione esplicita come quella formulata nell'art. 10, lett. b), ultimo inciso, della legge (il dovere reso attuale da quelle informazioni sarebbe da ricollegare appunto alla stessa nozione d'ufficio).

Ed attraverso il fatto o i fatti di disposizione del problema, l'attività dell'interessato viene integrata nel «sistema della funzione amministrativa», secondo quanto giustamente si è affermato<sup>17</sup> sulla scorta d'un criterio costruttivo ancora suscettibile di larga e proficua applicazione.

In ciò sono da ravvisare appunto, essenzialmente, la ragione d'essere e il valore dei fatti di partecipazione: l'interventore è in grado di predeterminare almeno parzialmente l'andamento del processo decisionale attraverso assunzioni e allegazioni che possono essere utilizzate o disattese soltanto in seguito alle più appropriate operazioni di riscontro.

<sup>16</sup> Che l'azione di ufficio sia per definizione da qualificare oggettivamente in termini di dovere e di funzione è opinione che trova radici assai remote, e che anche i classici della sociologia hanno fatto propria (v. per tutti WEBER, *Economia e società*, trad. ital., Milano 1974, I, 212 ss.; per utili richiami e svolgimenti v. MARONGIU, *Funzionari e ufficio nell'organizzazione amministrativa dello Stato*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, I, Milano 1987, 391 ss., specie a p. 404 ss., nonché MACIOCE, voce *Ufficio (dir. amm.)*, in *EdD.*, XLV, Milano 1992, 669 ss.

<sup>17</sup> V. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova 1975, 779 ss., specie a p. 792 ss., 795.

Sembra quasi superfluo precisare a questo punto che la parola «indagine» viene impiegata per designare un insieme di operazioni o se si vuole un'operazione di carattere complesso, attraverso la quale i fatti - intesi nel significato più ampio e generale - vengono non solo investigati, osservati e controllati, ma anche disposti in certo modo ed ordinati tra di loro secondo connessioni di senso consapevolmente stabilite sulla scorta dell'interesse di ricerca assunto come guida<sup>18</sup>. Può dirsi quindi che l'attività «conoscitiva»<sup>19</sup> ha un carattere operativo e creativo, in certo senso, perché serve a definire l'oggetto stesso di un ipotetico regolamento giuridico, cioè il «caso» cui si riferiscono le classiche definizioni<sup>20</sup>: in fondo, neanche il caso costituisce una entità che possa essere semplicemente appresa con un atto della mente, dovendo essere a sua volta *costruito* attraverso la selezione e ricomposizione dei materiali che ai fini di quel regolamento sono da ritenersi dotati di rilievo<sup>21</sup>: e anche in questo momento dell'attività, potrà utilmente dispiegarsi il contributo critico del cittadino.

Al discorso informativo di quest'ultimo non possono considerarsi

<sup>18</sup> Sull'interesse riferito alla materia di ricerca basterà citare WEBER, *L'«oggettività» conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale*, in *Il metodo delle scienze storico-sociali*, trad. ital., Torino 1958, 84 ss.

<sup>19</sup> Ovvio il richiamo all'opera sempre stimolante di LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino 1967, specie a p. 237 ss. Sulla necessità di verifica ed elaborazione delle informazioni v. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 602 ss. Circa l'attività istruttoria in genere, con ampi ragguagli di dottrina e giurisprudenza, v. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria nel procedimento amministrativo*, Milano 1991.

<sup>20</sup> Basti ricordare per tutte la celebre formula di O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Berlin 1961 (ristampa III ed.), I, 93.

<sup>21</sup> V. tra gli altri LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen, Heidelberg 1960, 199 ss.; ENGISCH, *Logische Studien zur Rechtsanwendung*, Heidelberg 1963, specie a p. 14 ss. Utili spunti di riflessione, in una diversa prospettiva, possono trarsi da ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. ital., Napoli 1983, 24 ss. e *passim*. Su questo studio, largamente influenzato dalle correnti ermeneutiche moderne ma anche da recenti apporti sociologici, v. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna 1985, specie a p. 35 ss.

estranee le rappresentazioni e manifestazioni che tendano ad esercitare un'influenza sulla gestione dell'interesse pubblico, ponendo in luce un certo modo di concretizzarlo<sup>22</sup>, di adeguarlo ai fatti e di «dimensionarlo» anche in rapporto agli interessi compresenti. Se questa possibilità fosse esclusa o limitata, la tutela preventiva degli interessi di carattere particolare verrebbe ridotta grandemente nella sua efficacia, o in pratica nelle più importanti sue espressioni.

Il riferimento al «merito» non può essere opposto come un limite in tal senso, poiché la comunicazione che dovrebbe realizzarsi nel procedimento, per quanto interessata, è volta appunto a fornire indicazioni tali da agevolare l'opera selettiva dell'amministrazione in vista d'una soluzione conveniente ed opportuna: e soprattutto sulla scorta di criteri d'opportunità e di convenienza riferiti anche all'interesse pubblico il cittadino giunge a elaborare quelle alternative<sup>23</sup> che già secondo la giurisprudenza attuale devono essere dall'amministrazione esaminate e valutate, almeno quando abbiano formato oggetto di rappresentazione.

Naturalmente, l'apporto dell'interventore può incrementare in misura considerevole la complessità del problema; esso però non introduce solo elementi di complicazione, perché arricchisce al tempo stesso la base informativa, procurando all'amministrazione la conoscenza di fatti od elementi che possono assolvere utilmente una

<sup>22</sup> Sulla necessità della concretizzazione dell'interesse pubblico sembrano ormai difficilmente proponibili serie riserve. V. per tutti, LEVI, *L'attività conoscitiva* cit., 303 ss.; CANNADA BARTOLI, voce *Interesse (dir. amm.)*, in *EdD*, XXII, Milano 1972, 1 e ss., specie a p. 7 ss.; NIGRO, *La giustizia amministrativa*, Bologna 1983, 122. Per il valore che la partecipazione può assumere rispetto alla determinazione del bene comune (impensabile senza valutazioni «di merito», secondo l'ordine di idee della nostra letteratura), v. SCHMITT GLAESER, *Partizipation an Verwaltungsentscheidungen*, in *VVDStRL*, H 31 (1973), 191 ss. e *passim*.

<sup>23</sup> V. per tutti CARDI, *L'istruttoria nel procedimento: effettività delle rappresentazioni ed elaborazione delle alternative*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative*, cit., Milano 1990, 105 ss.

Sui fattori che condizionano la stessa elaborazione delle alternative ed in particolare sulla rilevanza dei giudizi di valore, v. SIMON, *Il comportamento* cit., 126 ss. e *passim*.

funzione di controllo rispetto ad altri materiali. Così, talvolta, si potrà ottenere una riduzione della complessità rispetto a quelle stesse componenti del quadro problematico che l'amministrazione avrebbe potuto individuare ed osservare per suo conto; ma anche negli altri casi, per l'accrescimento di mezzi di controllo, la decisione conclusiva potrà essere fondata su più solide premesse.

#### 6. Il riscontro successivo sulla pertinenza dell'informazione e la eventuale riformulazione del problema

Secondo una rigorosa interpretazione della legge, solo il risultato negativo del giudizio sulla «pertinenza» dovrebbe esimere l'amministrazione dall'obbligo di «valutare» quanto viene comunicato con le sue produzioni dall'interventore; e la pertinenza dev'essere distinta dalla «rilevanza»<sup>24</sup>, la quale non può essere correttamente riconosciuta o esclusa nel momento iniziale di quella che potrebbe dirsi la «storia del problema», quando cioè non sono ancora stabilite le premesse e non è dato individuare le possibili alternative di comportamento; di guisa che la qualificazione prematura in termini di rilevanza potrebbe implicare una indebita anticipazione degli sviluppi di quel processo decisionale, che invece devono poter dipendere anche dal contributo del partecipante.

L'ordine logico risultante dall'accennata distinzione non può peraltro imporsi come un vincolo di carattere rigido e assoluto, il quale renda necessari due giudizi distinti e successivi: un eccesso di

<sup>24</sup> Su alcune accezioni del termine rilevanza v. COPI, *Introduzione alla logica*, cit., specie a p. 481 ss. Secondo ABBAGNANO, *Dizionario*, cit. (*ad vocem*), p. 734, si designa con la parola «un enunciato significante, specie se è importante per il significato complessivo del contesto in cui ricorre. Si chiamano talora R. anche gli elementi di fatto importanti per il giudizio su una situazione determinata» (corsivi nostri). Ma con riguardo al caso prospettato nel testo appunto l'importanza del significato deve considerarsi logicamente dubbia, perché il «contesto» non è ancora costituito (anche l'apporto del partecipante dovrebbe poter concorrere a fissarne alcune componenti), e per lo stesso motivo la situazione non può dirsi ancor «determinata».

formalismo in questo senso mal si potrebbe adattare in certi casi all'andamento effettivo che con la decisione si conclude.

Come giustamente è stato posto in evidenza<sup>25</sup>, i vari gradi di formazione della decisione sono di diversa importanza, ma tutti necessari; e spesso riesce difficile accertare in modo univoco lo stadio ed il momento in cui effettivamente si è deciso.

Orbene, anche a causa di questa incertezza può accadere che l'apporto del partecipante, non sottoposto dalla legge a limiti temporali, si manifesti quando l'amministrazione abbia già individuato i termini delle alternative, e con riferimento a queste sia in grado di formulare un giudizio sulla «rilevanza» dell'informazione. Il fatto che codesto giudizio abbia esito negativo non comporta l'esclusione della «pertinenza» (ed anzi dovrebbe presupporre il suo implicito riconoscimento)<sup>26</sup>, giacché anche fatti e circostanze correttamente riferibili alla situazione problematica iniziale possono in seguito apparire non significanti ai fini della deliberazione conclusiva, per la soverchiante importanza di altri elementi acquisiti attraverso la ricerca.

L'esigenza sostanziale che in questi casi si profila è quella di verificare se le informazioni offerte dall'interessato avrebbero potuto indurre mutamenti nella materia che precedentemente era stata sottoposta a osservazione: giacché è palese che, qualora siffatti mutamenti siano ravvisabili, può apparire insufficiente o comunque inadeguata la stessa impostazione del problema.

A questo dubbio non può peraltro collegarsi senz'altro la necessità di ripercorrere a ritroso l'intero iter procedurale e di ripetere tutte le operazioni già compiute: perché le risultanze nuove possano essere utilizzate sarà sufficiente il più delle volte un ritorno immediato allo stadio iniziale, che consenta la riconsiderazione critica del modo in cui il problema è stato posto, e il suo eventuale aggiustamento. Le operazioni occorrenti a questo fine saranno il più delle volte agevolate in notevole misura dai progressi che frattanto è stato possibile realizzare attraverso osservazioni e controlli parziali, non necessariamente pregiudicati dal modo di avviamento della ricerca e tali da assorbire o superare difficoltà e motivi di incertezza.

<sup>25</sup> SCHMITT GLAESER, *Partizipation* cit., specie a p. 194-195.

<sup>26</sup> Non può correttamente porsi una questione di rilevanza rispetto ad elementi che non siano in alcun modo riferibili alla situazione problematica.

Gli studi sul comportamento, gli elaborati di scienza dell'amministrazione<sup>27</sup>, e in una prospettiva più ampia la filosofia della conoscenza<sup>28</sup> sembrano confermare la possibilità e necessità di simili ritorni alla fase di determinazione del problema per l'adeguamento a una realtà che solo gradualmente si rivela nei suoi aspetti significativi; la stessa teoria generale del diritto, nel modo di affrontare le tematiche attinenti alla ricerca dei fatti e delle norme, direttamente od indirettamente ci dimostra che il pensiero non può seguire itinerari preventivamente e quasi impegnativamente stabiliti, ma deve orientarsi e adattarsi nel suo moto agli esiti parziali od intermedi dell'indagine<sup>29</sup>.

Sembra quasi superfluo aggiungere che le verifiche ed integrazioni non possono protrarsi fino a quando l'apporto dei diversi uffici, e quello dei soggetti eventualmente intervenuti, abbiano assicurato la completezza dell'informazione: l'impossibilità di realizzare in termini assoluti questo presupposto può dirsi ormai acquisita<sup>30</sup>.

#### 7. Interesse personale ed interessi pubblici nella attività comunicativa del partecipante

Le osservazioni, assunzioni ed allegazioni dell'interventore sono

<sup>27</sup> V. SCHMITT GLAESER, *Partizipation* cit., 195; si veda ancora dello stesso A. Pretese, *speranze e realizzazioni*, in *La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica Federale di Germania*, Quaderni Fornez, 1979, 2, 377 ss., specie a p. 428, ove (sulla scorta delle teorie comportamentistiche) si prospetta come penultima fase del processo decisionale l'esame e la discussione sulla base di una messa in questione degli stadi precedenti, qualora se ne dia il caso, e il ritorno alla prima fase, cioè a quella di formulazione del problema.

<sup>28</sup> V. per tutti DEWEY, *Logica* cit., 18 ss., 145 ss.

<sup>29</sup> V. in vario senso, ma con indicazioni convergenti sul punto qui considerato, LARENZ, *Methodenlehre* cit., 200 ss.; ENGISCH, *Logische Studien* cit., 14 ss. (ove si prospetta un tipo di ragionamento quasi circolare, ma non per questo logicamente vizioso); GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it., Milano 1972, p. 345 e *passim*; ESSER, *Precomprensione*, cit., 38 ss. e *passim*.

<sup>30</sup> V. per tutti LUHMANN, *Legitimation* cit., specie a p. 213.

normalmente ispirate a un interesse personale, pur quando valgano in definitiva a rendere più agevole la ricerca di soluzioni più convenienti per l'interesse pubblico<sup>31</sup>: indipendentemente dal loro risultato, esse si pongono oggettivamente come modi di utilizzazione d'una forma di tutela che l'ordinamento predispone per il cittadino, e della quale quest'ultimo fa impiego valutando liberamente le esigenze proprie in virtù della posizione di autonomia giuridica<sup>32</sup> che gli è riconosciuta.

Che l'impulso di un interesse soggettivamente inteso sia di norma determinante in questo senso appare non soltanto ovvio ma quasi naturale se all'idea della «collaborazione», ormai quasi completamente superata<sup>33</sup> anche per le sottovalutazioni della giurisprudenza, si sostituisce quella del contributo dialettico, del confronto di conoscenze o di giudizi e posizioni. E' necessario che i contrasti vengano alla luce attraverso il «contraddire»: così si manifesta lo svolgimento più proficuo del discorso informativo considerato come modo di apporto alla attività decisionale.

Soprattutto delle rappresentazioni divergenti si alimenta quella critica che a tale attività deve assicurare il respiro necessario; la presenza attiva del cittadino nel procedimento assolve in questo senso una utile funzione proprio perché rende possibile una comparazione dei risultati di operazioni compiute separatamente, anche se stimolate dalla reciproca informazione, e orientate ad interessi che si atteggiavano come diversi.

La partecipazione può assecondare in pratica la concretizzazione del pubblico interesse, o del «bene» comune con cui ancor oggi si

<sup>31</sup> In senso diverso, nel quadro di una concezione generale coerente e rigorosamente illustrata, ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit., specie a p. 265 ss., ove si distingue tra la intenzione dell'agente e la causa dell'atto di partecipazione.

<sup>32</sup> L'espressione è usata nel suo significato più ampio, per designare una categoria che anche i precetti della Costituzione sembrano legittimare, e che trova le più diverse applicazioni nei vari settori dell'ordinamento (basti pensare, per esempio, alla stessa ragion d'essere d'un principio dispositivo nel processo).

<sup>33</sup> V. BERTI, *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in Quaderni Fornez, cit., 1, specie a p. 64.

cimenta la dottrina tedesca<sup>34</sup>: ma non dev'essere intesa come il prender parte ad un *comune lavoro*, oggettivamente rivolto alla più compiuta o soddisfacente realizzazione di uno scopo che già all'inizio del procedimento si possa dir *comune* anch'esso o la cui comunanza debba necessariamente rivelarsi attraverso lo svolgimento del confronto<sup>35</sup>.

L'interpretazione dell'interesse pubblico, quando si manifesti anch'essa nell'attività comunicativa del partecipante, non può considerarsi inattendibile solo perché influenzata da un certo modo di valutazione dell'interesse proprio: i materiali procurati per la decisione non possono reputarsi insuscettibili di un proficuo impiego solo perché si presentano come frutto di una ricerca che nel medesimo interesse ha trovato la sua guida.

Se si vuol veramente che il processo formativo della decisione sia sottratto al monopolio degli apparati, dev'attribuirsi un'importanza essenziale a quella differenziazione delle prospettive che la stessa diversità degli interessi e dei criteri orientativi suscita naturalmente. Ed anche le informazioni dell'interventore disattese possono dirsi utilizzate ogniqualvolta i loro contenuti, in quanto rilevanti per l'andamento dell'indagine, abbiano formato oggetto di un raffronto con altre risultanze, e assolto quindi una funzione di controllo. Codeste informazioni, pur se reputate prive di diretta rilevanza ai fini della scelta, hanno potuto esercitare un'influenza sull'attività che la prepara; esse pertanto si inseriscono nella storia del problema come suoi momenti, e possono essere nuovamente sottoposte a verifica quando la stessa storia debba costituire materia d'un controllo «a posteriori» (e ciò vale ovviamente anche per le alternative eliminate).

Non vi è pertanto nulla di singolare nel fatto che il «bene comune»

<sup>34</sup> V., con riferimento al tema qui considerato, SCHMITT GLAESER, *Participation*, cit., 191, con determinazioni solo in apparenza divergenti da quelle che verranno formulate nel testo.

<sup>35</sup> Se non si intende come scopo comune il raggiungimento di una qualunque soluzione, la posizione di eventuale divergenza può restare immutata anche quando l'amministrazione abbia utilizzato il contributo del partecipante; non basta certo il dibattito o il confronto a rendere comuni gli interessi tra i quali all'inizio del processo si riscontrava un più o meno marcato antagonismo (la convergenza successiva rappresenta una semplice eventualità).

venga determinato con il concorso attivo degli interessati<sup>36</sup>, ancorché l'esito finale del processo deluda le loro aspettative.

Indubbiamente, in casi certo non eccezionali anche tra interessi ben distinti si può riscontrare o realizzare una sostanziale convergenza, che faccia venir meno le ragioni di un effettivo contraddire: ma perché una siffatta situazione possa constatarsi è necessario che un confronto si sia avuto, e gli interessi in gioco siano già stati interpretati dai soggetti portatori o legalmente responsabili con riferimento ai termini d'un problema impostato sia pure provvisoriamente (cioè con la riserva degli aggiustamenti resi necessari dallo stesso progredire dell'indagine). Le situazioni di contrasto possono del resto affiorare anche in seguito, quando cioè per effetto di successive operazioni venga estesa la materia da sottoporre a osservazione, con l'inserimento di nuovi dati od elementi che inducano modificazioni nei presupposti decisionali o nelle alternative.

La possibilità del manifestarsi di un antagonismo non può quindi mai escludersi senza il confronto: ed anche quando il contraddittorio sia soltanto virtuale<sup>37</sup>, esaurendosi nella semplice possibilità di un certo modo di svolgimento del discorso, la prima elaborazione della realtà da parte dell'interventore si apprezza proprio per il fatto di essere stimolata dall'esigenza di una ricognizione di interessi propri: ciò che rende possibile un più consapevole riscontro del modo di determinazione o formulazione del problema, e una più immediata verifica dell'eventuale convergenza con gli interessi che da altri soggetti vengano perseguiti.

<sup>36</sup> V. ancora al riguardo SCHMITT GLAESER, *Participation* cit., 191 ss.: del quale si può condividere la rappresentazione di una *bürgerschaftliche Partizipationsordnung* purché sia chiaro che essa non soltanto non esclude, ma quasi necessariamente implica, la differenziazione delle posizioni e delle prospettive (ché se così non fosse, lo stesso pluralismo di cui parla l'A. si ridurrebbe ad una vuota formula).

<sup>37</sup> Il contraddittorio, secondo l'accezione comunemente presupposta negli studi sul procedimento, non è soltanto un fatto ma prima ancora una posizione di soggetti ai quali viene assicurata la possibilità di render manifesti fatti, interessi, criteri di giudizio eventualmente contrastanti; l'effettività della contrapposizione dipende dai risultati del confronto. Su questo tema v. tra gli altri BERTI, *La struttura procedimentale* cit., specie a p. 61 ss. Più in generale v. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova 1971.

Al soggetto interventore può essere riferito in termini generali un dovere di correttezza, quasi certamente riconducibile alla clausola di buona fede che anche nel diritto pubblico deve trovare applicazione<sup>38</sup>; ma nel suo contenuto tale dovere si distingue nettamente da quello al quale è sottoposta l'amministrazione pubblica.

Già nello svolgimento del rapporto comunicativo, invero, quest'ultima deve operare imparzialmente non come *titolare* ma come *responsabile* dell'interesse pubblico, e appunto in questo ruolo è tenuta a misurarsi con i portatori di interessi compresenti perché la soluzione del problema possa risultare adeguata alla esigenza di giustizia sostanziale.

Il cittadino che partecipa al procedimento esercita una facoltà o un diritto che deve invece considerarsi ricompreso, come già accennato, nella sfera di autonomia che gli è riconosciuta dall'ordinamento. Il dovere generale di correttezza che gli incombe si riferisce essenzialmente al modo di atteggiarsi, al contegno o al comportamento complessivo, e non ai contenuti dell'informazione: la quale può rivelarsi non veridica, non completa o ambigua, senza che ciò autorizzi una censura in termini di lealtà e di probità (qualche spunto in tal senso ci fornisce l'art. 88, primo comma, cod. proc. civ., che può essere peraltro richiamato solo con riserva per la diversità dei ruoli assolti dai soggetti del processo, e della logica fondamentale da cui questo è dominato). Il discorso del partecipante deve effettivamente esprimere una libera valutazione d'interessi<sup>39</sup>; e non

<sup>38</sup> V. gli svolgimenti di ALLEGRETTI, *L'imparzialità* cit., specie a p. 274 ss. Le considerazioni svolte nel testo si riferiscono ovviamente a quei procedimenti rispetto ai quali la partecipazione può rappresentarsi come espressione di autonomia del soggetto; non anche a quelli, rispetto ai quali nei confronti del privato si ha l'imposizione, da parte della legge, di obblighi aventi a contenuto denunce, informazioni e documentazioni di carattere specifico (basti pensare ai procedimenti tributari, a quelli previsti dalla legge in materia previdenziale, ecc.) Per questi casi, l'esigenza di veridicità e completezza risulta chiaramente da prescrizioni di carattere cogente e quasi sempre assistite da sanzioni.

<sup>39</sup> Se il modo di rappresentazione dei fatti o delle manifestazioni d'interessi non fosse veramente libero, si determinerebbe una contrazione dell'attività effettiva di partecipazione al procedimento. Tra l'altro, non si può porre a carico del privato un dovere di veridicità, poiché la stessa possibilità del controllo che

può essere sottoposto a limiti che scoraggino, impediscano o riducano l'afflusso di informazioni pertinenti.

Trattandosi appunto di una comunicazione interessata, l'amministrazione è tenuta a vagliarla con rigore e, nei casi di persistente incertezza, deve assumere a proprio carico tutte le conseguenze che dal modo della sua utilizzazione possano derivare. Così, verso i soggetti terzi eventualmente danneggiati solo l'amministrazione stessa può essere dichiarata civilmente responsabile qualora l'adozione del provvedimento lesivo sia stata influenzata da assunzioni o allegazioni non veridiche dell'interventore<sup>40</sup>; una responsabilità giuridica del medesimo soggetto verso altri privati o verso l'amministrazione si può profilare solo come effetto d'un comportamento a lui imputabile in modo esclusivo che nel procedimento abbia trovato una semplice *occasione* (si prescinde dai casi di illecito penale, che non interessano il tema qui considerato).

La osservanza o violazione dell'obbligo di correttezza da parte del privato non interferisce nell'ordine della validità degli atti: il provvedimento fondato su premesse empiriche inconsistenti o inattendibili sarà da reputare oggettivamente illegittimo e quindi invalido ove quelle premesse siano state stabilite sulla scorta di informazioni del partecipante (il quale potrà porre in discussione nel caso di un giudizio anche i contenuti delle affermazioni proprie, quando venga ad affiorare un suo interesse in questo senso).

## 8. Il concorso nel processo decisionale e i suoi limiti: estraneità dell'interventore all'atto deliberativo; cenni alle figure di accordo

In quanto comunica con l'amministrazione secondo modalità giuridiche appropriate, il cittadino concorre *nell'attività produttiva* della decisione che formalmente sarà espressa dall'atto giuridico o provvedimento rivolto a stabilire un certo assetto d'interessi. Ed anzi

per l'adempimento dovrebbe esercitarsi può risultare in molti casi ridotta (mentre più incisivi sono i riscontri che l'amministrazione può eseguire).

<sup>40</sup> V. quanto si dirà tra breve nel testo sul criterio di imputazione della decisione e delle responsabilità correlative.

il contributo a questa attività si manifesta in un momento logico anteriore, sotto forma di concorso alla formulazione stessa del problema attraverso i fatti di disposizione dei quali si è parlato: la «storia della decisione»<sup>41</sup> è appunto innanzitutto storia del problema considerato nei suoi possibili sviluppi.

Al partecipante non può invece riconoscersi la veste di co-autore della decisione: questa determinazione di principio, che trova il proprio fondamento nel sistema, dev'essere tenuta ferma; e devono recisamente contestarsi le ambigue notazioni che sembrano offuscarla, o ridurle in qualche modo la portata. Dal punto di vista del diritto è del tutto inaccettabile l'affermazione, secondo la quale colui che collabora alla raccolta e alla elaborazione delle informazioni prende parte per ciò stesso alla decisione sull'affare in guisa da attenuare, nell'ordine dei fatti, la responsabilità dell'amministrazione pubblica<sup>42</sup>.

In verità, l'informazione del partecipante non è mai di per se stessa immediatamente utilizzabile ai fini della deliberazione finale: essa si pone come oggetto di un'attività comunicativa che si realizza pienamente con la comprensione da parte del destinatario<sup>43</sup>. Ma neanche questa comprensione è per se stessa sufficiente, dovendosi appurare ancora se quanto si è compreso corrisponde alla realtà di fatto: l'informazione deve pertanto essere controllata nei suoi contenuti, e interpretata perché vengano alla luce non soltanto il senso che ad essa è collegato dall'autore, ma anche e soprattutto quello che corrette operazioni consentono di cogliere. E' quindi sempre necessaria un'attività di indagine ulteriore: il significato dei fatti rispetto al tema della decisione dipende anche dal modo in cui essi

<sup>41</sup> Di una *Entscheidungsgeschichte* parla LUHMANN, *Legitimation* cit., 40.

<sup>42</sup> Così, sia pure con formule non del tutto univoche, PIETZCKER, *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, in *VVDStRL* H. 41 (1983), 193 ss., specie a p. 202. Alcuni autori parlano genericamente d'una partecipazione alle «decisioni amministrative» (v. ad esempio SCHMITT GLAESER, *Partizipation* cit., che però in taluni passi sembra intendere l'atto deliberativo come momento del processo, ma pur sempre distinto dagli altri). Per una netta distinzione tra processo formativo e decisione finale v. SCHMIDT, *Organisierte Einwirkungen auf die Verwaltung*, in *VVDStRL* H. 33 (1975), 180 ss., specie a p. 200 ss.

<sup>43</sup> Cfr. LUHMANN, *Sistemi sociali* cit., specie a p. 35, 262.

vengono inseriti nel contesto problematico globale, e disposti od ordinati secondo determinate connessioni.

Orbene, questa attività di controllo e rielaborazione è riservata all'amministrazione pubblica per un principio di responsabilità giuridica<sup>44</sup> al quale può attribuirsi valore istituzionale<sup>45</sup>, e che trova una espressione certo assai importante, ma non esclusiva, nell'art. 28 Cost.

Appunto in quanto giuridicamente responsabile, l'amministrazione si «appropria» di tutti i materiali procurati dall'interventore e da essi utilizzati nel procedimento per la fissazione dei presupposti, per la formulazione delle premesse, per la costruzione delle alternative e per la scelta; e ciò anche nel caso in cui codesti materiali non abbiano formato oggetto di riscontri appropriati, ma siano stati acriticamente recepiti ed impegnati nell'atto decisionale. Ciò che interessa, rispetto al criterio di imputazione della responsabilità, non è la provenienza delle informazioni ma il fatto stesso dell'effettivo loro impiego, che necessariamente postula un'«appropriazione» nel senso ora accennato.

<sup>44</sup> Le ambiguità che con riguardo a questa tematica affiorano con frequenza sono dovute non tanto alla suggestione esercitata dagli studi sul comportamento, quanto ad una vera e propria confusione delle prospettive che dovrebbero delimitare gli interessi di ricerca. Il giurista non può certo trascurare le indicazioni che varie discipline d'ispirazione sociologica o economica sono in grado di fornirgli sui processi decisionali; ma quelle indicazioni deve poi tradurre in enunciati giuridicamente significativi. Per il fatto stesso di sottrarsi a questo compito, e di recepire senza sostanziali mutamenti gli elaborati che rispecchiano modi diversi di investigazione dei fenomeni, egli si pone spesso nella condizione di dover lasciare senza risposte le domande *sul diritto* che gli pongono proprio i cultori di altre discipline. Così, per il sociologo è importante accertare quale criterio di imputazione delle responsabilità sia stabilito per le decisioni amministrative da un certo ordinamento; lo studioso del comportamento può osservare che quel criterio viene praticamente eluso in tutto o in parte, o contestarne la razionalità, ma deve considerare la sua esistenza come un *fatto* rilevante per la propria indagine, e sullo stesso fatto interrogare il giurista.

<sup>45</sup> Notevoli spunti di riflessione in tal senso possono trarsi dalle relazioni di SCHOLZ e di SCHMIDT - ASSMANN su *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *VVDStRL* H. 34, 1976, 146 ss.

L'eventuale responsabilità del partecipante nei confronti dei terzi interessati sarebbe da ricollegare a comportamenti meri configurabili come elementi di un illecito civile, ma assolutamente distinti dalla decisione: d'un eventuale *concorso* di responsabilità per l'adozione di quest'ultima non sarebbe possibile individuare il fondamento.

E' quanto meno opinabile che una «co-decisione» si abbia nelle figure di accordo alle quali son dedicate le disposizioni dell'art. 11. Già qualche dubbio può manifestarsi sulla proprietà dell'espressione, specie se riferita a una figura sostanzialmente contrattuale; ma anche a tacer di questa ragione di riserva si deve rilevare che, quando in una figura siffatta il regolamento di rapporti debba trovare direttamente od indirettamente la sua origine, la comunicazione tra le parti avviene secondo la logica della trattativa, ed il privato che dispone nell'ambito della sua sfera di autonomia negoziale e di autoreponsabilità<sup>46</sup> non può pretendere che dell'interesse proprio la controparte si dia carico assumendolo come momento significativo per il dimensionamento dell'interesse pubblico (altra cosa è che, di fatto, ciascuna delle parti tenga conto anche dei risultati pratici dall'altra perseguiti per ricercare un punto di equilibrio che renda possibile il proficuo svolgimento del rapporto: questa esigenza avverte qualunque non avventato contraente, e si realizza attraverso il dibattito sulle condizioni dell'affare).

Deve peraltro riconoscersi che il confronto delle parti, pur quando avvenga secondo le modalità che per le trattative sono più consuete, si può tradurre in uno scambio d'informazioni di ragguardevole efficacia: come giustamente si è notato<sup>47</sup>, di codesto scambio può grandemente avvantaggiarsi l'amministrazione stessa, che non sempre dispone di strutture organizzative idonee a procurare le cognizioni necessarie, specie per i problemi di più ampia portata e di elevata complessità.

<sup>46</sup> In questa connessione, l'autonomia viene intesa nel senso più specifico, come potere di autoregolamento; per una accezione più ampia, comprensiva di questa, v. sopra, nota 32.

<sup>47</sup> V. MARONGIU, *L'accordo nell'azione amministrativa*, Ed. Formez, Roma 1988, specie a p. 18 ss.

## 9. Partecipazione al procedimento amministrativo e processo giudiziario: alcuni riflessi del rapporto di comunicazione

Il fatto che, sul piano del diritto sostanziale, un rapporto di comunicazione abbia potuto svolgersi effettivamente, influenzando in vario modo l'esercizio della funzione amministrativa, non può naturalmente non riflettersi sul processo giudiziario che eventualmente sia promosso per contestare quell'attività ed il suo esito finale<sup>48</sup>.

E' indubbio che la posizione del cittadino nel medesimo processo risulti rafforzata, in pratica, dalla disponibilità delle conoscenze già acquisite nel corso della procedura attraverso l'attività di reciproca informazione e di controllo.

Ma anche l'amministrazione è posta in grado di affrontare la prova del giudizio in condizioni tali da consentire una più agevole difesa: almeno per gli aspetti del problema amministrativo, rispetto ai quali una comunicazione si sia realizzata prima del provvedimento, viene ridotta in notevole misura la probabilità delle «sorprese» dovute alla proposizione di censure non previste o difficilmente prevedibili (e spesso, non efficacemente confutabili dopo l'impugnazione).

Naturalmente, l'eventualità della sorpresa non può essere del tutto esclusa: dal mancato esercizio delle facoltà che spettano all'interventore non può certamente conseguire, in sede giudiziaria, la preclusione di questioni proponibili ma non proposte nel procedimento di amministrazione: nessuna restrizione di tal genere può subire il diritto di difesa, ed anche una limitazione espressa da parte della legge sarebbe censurabile per il contrasto con i precetti costituzionali che quel diritto garantiscono.

Ci si può chiedere quale valore debba attribuirsi nel giudizio alle assunzioni e allegazioni dell'interventore, risultanti dagli atti della procedura amministrativa. Si è già osservato, a tal riguardo, che il

<sup>48</sup> V. al riguardo la densa relazione di NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela*, cit., 21 ss. Nella dottrina anteriore, il problema era stato chiaramente impostato da BETTERMANN, *Das Verwaltungsverfahren*, cit., 118 ss., specie a p. 164 ss.

provvedimento fondato su premesse false o inattendibili è illegittimo e come tale può essere impugnato anche dal soggetto che alla formulazione delle medesime premesse abbia concorso (tale comportamento può assumere rilievo ad altri fini)<sup>49</sup>.

Quando persista dubbio su fatti cui si riferisce una asserzione dell'interessato, questa potrà essere utilizzata ai fini probatori in connessione con le altre circostanze, secondo i principi che nel processo amministrativo trovano generalmente applicazione.

Altre questioni sorgeranno, sul piano applicativo, in ordine alle quali sembra opportuno attendere che l'esperienza giunga a un certo grado di maturazione; ma fin da adesso come compito della dottrina può porsi quello di determinare la portata, l'incidenza e il modo stesso di esercizio del controllo giurisdizionale sull'attività di decisione, alla quale l'interventore abbia preso parte nei modi ed entro i limiti che si è cercato di chiarire.

#### 10. La rilevanza dei fatti di disposizione del problema rispetto al sindacato sulle determinazioni discrezionali

Ove materia di controversia sia la esistenza di condizioni e requisiti indicati dalla legge in termini puntuali e tassativi, le asserzioni del partecipante - pur quando abbiano concorso a determinare il convincimento dell'amministrazione - in sede giudiziaria non assumono gran peso: decisivo per se stesso sarà l'esito dell'accertamento che al giudice compete, e ai fini di questo accertamento potranno direttamente utilizzarsi le attività difensive svolte dalle parti nel processo.

Ben altra è l'importanza che ai fini del giudizio rivestono le attività d'informazione dell'interessato, qualora si discuta di quelle determinazioni che per il carattere discrezionale l'amministrazione

<sup>49</sup> Ad esempio per l'applicazione da parte del giudice ordinario, dopo l'annullamento pronunciato dal giudice amministrativo, della regola risultante dal combinato disposto degli artt. 2056 e 2042 cod. civ.: applicazione compatibile con il richiamato principio di responsabilità dell'amministrazione pubblica per la decisione conclusiva.

comunemente assume come oggetto d'una riserva disposta dall'ordinamento a suo favore.

Questa riserva (che potrebbe giustificarsi anch'essa ai nostri giorni, soprattutto, in termini di responsabilità)<sup>50</sup> non è certo integrale ed assoluta: per giurisprudenza costante le anzidette determinazioni sono censurabili sotto il profilo dell'eccesso di potere, e l'indagine del giudice può penetrare entro l'ambito del merito quando affiorino vizi del c.d. iter logico che col provvedimento si conclude<sup>51</sup>.

Le enunciazioni di massima sono fissate spesso con formule diverse, rivelatrici d'una cautela che la delicatezza dei problemi evocati può spiegare; ma neppure i modi di espressione più sapientemente misurati valgono a ridurre la portata effettiva del principio.

Anche il controllo d'ordine logico - di per se stesso insufficiente per le ragioni che verranno esposte in seguito - è peraltro limitato a quei tratti del processo decisionale che risultano palesi, o che possono dal giudice essere individuati (pur quando, eventualmente, omessi) in quanto corrispondono a svolgimenti che si presentano come necessari in rapporto ai termini del problema. Si può prescindere dall'evidenza giuridico-formale che sia assicurata per una parte dell'attività da prescrizioni procedurali vincolanti, giacché l'inosservanza di siffatte prescrizioni comporta almeno normalmente una diretta violazione della legge, e quando debba prendersi in esame come un caso dell'eccesso di potere non suscita questioni di carattere particolare.

Altri svolgimenti sfuggono invece necessariamente a qualunque osservazione: anche la decisione amministrativa si raggiunge gradualmente<sup>52</sup> o «a tappe», e non è il risultato della semplice accumulazione di quanto si ricava dalle diverse operazioni, né una

<sup>50</sup> Per il rapporto tra responsabilità dell'amministrazione e sindacato giudiziario sulle determinazioni discrezionali v. ancora SCHOLZ, *Verwaltungsverantwortung*, cit., specie a p. 149 ss., 163 ss. e *passim*.

<sup>51</sup> Che questi vizi - considerati nella prospettiva della ragionevolezza - non siano meri «sintomi» di uno sviamento aveva posto in luce già OTTAVIANO nei suoi fondamentali *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Ann. di dir. comparato e di studi legislat.*, vol. XXII, 1946, specie a p. 360 ss.

<sup>52</sup> V. al riguardo SCHMITT GLAESER, *Partizipation* cit., 193 segg., 195; Id., *Pretese, speranze* cit., 425 ss.

sorta di riassunto o ricapitolazione<sup>53</sup>: essa costituisce piuttosto la traduzione in un programma, o in un progetto, delle indicazioni di senso tratte dall'elaborazione delle informazioni; e rappresenta la mèta di un'attività che si snoda attraverso successive approssimazioni, tentativi<sup>54</sup> e aggiustamenti, secondo il tipico modello di ricerca per prove ed errori, e che non è pertanto suscettibile d'una schematizzazione generale. Persino le discipline di studio d'impronta sociologica o economica, che ci forniscono modelli di processi decisionali alquanto dettagliati, debbono contenere le loro pretese entro limiti accettabili; e i loro elaborati, pur quando siano frutto di ricerche e osservazioni assai accurate, si esauriscono in descrizioni di carattere sommario, certamente dotate di valore indicativo ma non idonee a rappresentare compiutamente l'andamento dei processi reali e insuscettibili d'essere tradotte in proposizioni prescrittive.

Al fine di determinare l'ambito del controllo cui l'attività dell'amministrazione può essere assoggettata, deve osservarsi il quadro problematico, così come in concreto può essere ricostruito con riguardo a quello stadio di sviluppo che in rapporto alla materia del riesame deve reputarsi rilevante. E quando si sia avuta la partecipazione dell'interessato, in questo quadro si inserisce il contenuto delle informazioni pertinenti anche se ragionatamente disattese: affermazioni ed assunzioni, ipotesi e giudizi, motivi di riserva o di perplessità.

Con ciò si viene ad affermare che lo stesso interessato, per la parte in cui concorre a stabilire i termini del problema e quindi i momenti di una attività d'indagine per l'amministrazione doverosa, a questa attività attribuisce un'evidenza propria; dal che deriva come

<sup>53</sup> Quest'ultima locuzione è usata da SCHMITT GLAESER, *Pretese, speranze* cit., 428, e ripresa da NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela* cit., 41; ma non sembra rispecchiare fedelmente le opinioni degli stessi Autori, secondo i quali con la decisione si attualizza piuttosto una sintesi delle indicazioni di senso di cui si è fatto cenno. Sul rapporto tra «senso» ed elaborazione delle informazioni v. da ultimo LUHMANN, *Sistemi sociali*, cit., specie a p. 147 ss., 153 ss.

<sup>54</sup> Di un graduale «Herantasten», parla infatti lo stesso SCHMITT GLAESER, *Participation* cit., 195, che giustamente esclude la possibilità di determinazioni di generale portata.

immediata conseguenza una estensione del sindacato giudiziario sull'eccesso di potere.

Questi rilievi sembrano adeguarsi pienamente al criterio costruttivo, sulla cui base questa figura patologica ci viene presentata come vizio tipico della funzione amministrativa<sup>55</sup>: ampliando la materia cui la funzione stessa dovrà essere applicata, la partecipazione attiva accresce in notevole misura la probabilità delle censure relative al suo modo di esercizio.

La vicenda, che per se stessa attiene al diritto sostanziale, trova immediati riflessi nel processo giudiziario, siccome rilevante per la stessa determinazione dell'oggetto di giudizio; ed in definitiva riduce l'ambito della «riserva» che si vuol riconoscere alla pubblica amministrazione.

Il merito non si dissolve nel suo nucleo essenziale e non diviene direttamente sindacabile sol perché il partecipante ha contribuito in più o meno apprezzabile misura alla ricerca di una opportuna soluzione; invece sindacabile secondo i canoni consueti è quell'agire che il medesimo soggetto abbia reso necessario con il disporre del problema, anche in rapporto a quegli aspetti che l'espressione «merito» designa secondo l'uso più corrente<sup>56</sup>.

## 11. Il controllo del giudice sull'iter logico: riserve e precisazioni

A questo punto un'avvertenza si rende peraltro necessaria con riferimento a quel controllo di logicità che la giurisprudenza, non certo senza valide ragioni, esercita con molta accuratezza. Pur quando sia ispirato a gran rigore, questo controllo è per un verso insufficiente,

<sup>55</sup> Quasi superfluo il richiamo allo studio fondamentale di BENVENUTI, *Eccesso di potere come vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss., e agli scritti dello stesso Autore in materia. Sulla rilevanza dell'iter procedurale nel caso di partecipazione v. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano 1969, specie a p. 35 ss.

<sup>56</sup> Per un accurato esame critico delle diverse posizioni v. CORAGGIO, voce *Merito amministrativo*, in *EdD*, XXVI, Milano 1986, 130 ss. ove si pone in luce tra l'altro l'importanza del processo decisionale e della sua funzionalizzazione.

per altro inadeguato: insufficiente, perché sulle proposizioni empiriche assunte come premesse decisionali - talora determinanti per il sindacato di legittimità - non può affermarsi il dominio della logica; inadeguato perché in diversi casi, sempre più interessanti ai nostri giorni, non ci consente di cogliere il significato genuino del giudizio che riguarda l'aspetto sostanziale della soluzione accolta, il suo valore e la sua ragione d'essere in una situazione storicamente individuata.

L'esigenza di un giudizio di tal genere è avvertita nei moderni ordinamenti, anche se raramente affermata con chiarezza, soprattutto in rapporto a quelle nuove attività nelle quali la funzione «esecutiva» si riduce a un margine quasi del tutto trascurabile<sup>57</sup>: e sembra trovare una manifestazione assai significativa nella diffusione di tecniche, tanto regolative che giudicative, le quali utilizzano ampiamente clausole generali (l'eccesso di potere, nella versione del nostro ordinamento, dovrebbe essere riconsiderato anche in questa prospettiva). L'applicazione di siffatte clausole naturalmente rende necessario il sussidio degli strumenti della logica, ma l'esito del controllo che questa ci consente non appaga l'esigenza di cui si è fatto cenno.

Si è ormai dissolta d'altro canto l'illusione che l'osservanza di un certo ordine procedurale o di criteri logici corretti ci consenta d'individuare l'unica esatta soluzione di un problema: come appagante risultato di accurate operazioni deve considerarsi per il profilo sostanziale una decisione che possa dirsi ragionevole, accettabile, suscettibile di proficua applicazione ed attuazione<sup>58</sup>: e una valutazione di tal genere, che necessariamente impegna anche criteri di ordine tecnico e politico, non si può presentare come il risultato dell'analisi più dettagliata di ciascuna operazione.

E' questo un tema alquanto arduo, che non può certo essere adesso

<sup>57</sup> V. SCHOLZ, *Verwaltungsverantwortung*, cit., specie a p.151 ss.

<sup>58</sup> Su questa considerazione converge ormai il consenso degli studiosi di varie discipline. V. tra gli altri: SIMON, *Il comportamento* cit., 119 ss. e *passim*; MARCH e SIMON, *Teoria della organizzazione*, cit., specie a p. 172 ss.; LUHMANN, *Legitimation* cit, specie a p. 203 ss.; SCHMITT GLAESER, *Participation* cit., 194; SIMON, *La ragione nelle vicende umane*, trad. ital., Bologna 1984, p. 49 ss., 119 ss.

approfondito: ed è stato in questa connessione richiamato sol perché, secondo una supposizione non del tutto gratuita, il fatto stesso di aver procurato nel procedimento materiali utilizzabili per la decisione può alimentare la pretesa dell'interessato ad un riscontro giudiziario di tipo analitico, il quale appaia per se stesso privo di significato rispetto al senso delle domande correttamente proponibili circa il valore sostanziale della soluzione adottata.

Tale pretesa non può giustificarsi: il controllo del giudice sulla ragionevolezza della decisione e sull'attività che l'ha prodotta deve potersi compendiare in valutazioni di sintesi (sia pure non sommarie, né incomplete) rispetto alle quali, sotto il profilo logico, rivestono importanza solo le proposizioni relative a momenti del processo oggettivamente individuabili con riguardo ai termini del problema, e al modo stesso in cui è stato formulato; proposizioni che debbono essere esaminate per se stesse e nel loro reciproco collegamento. La storia della decisione considerata come vicenda reale non può essere controllata, attraverso il raffronto con altri svolgimenti di carattere ipotetico, in tutti i suoi passaggi o tratti (compresi i tentativi, le successive approssimazioni, i graduali aggiustamenti).

L'interessato può rendere evidenti con le sue assunzioni aspetti del problema che facciano apparire necessarie operazioni suscettibili di controllo; ma non può costringere il giudice a rappresentarsi «alternative di ragionamento» che avrebbero potuto indurre a una diversa e «più razionale» soluzione, giacché se così fosse lo stesso giudice, tra l'altro, si troverebbe ad essere investito di responsabilità del tutto estranee al ruolo che gli è assegnato dall'ordinamento. D'altro canto, quando si tratti un problema *pratico* come quello che riguarda i criteri e i contenuti d'una decisione amministrativa, o di qualunque altra socialmente apprezzabile, il ragionamento è solo in parte assoggettabile a regole precise (e la teoria dei giochi con le sue ammirevoli finezze non fornirebbe certo al giudice un valido sussidio).

Sembra superfluo aggiungere che, come il rispetto della logica non garantisce la ragionevolezza della scelta, non tutti i vizi logici valgono ad escluderla: essi potranno risultare privi di rilievo rispetto alla materia trattata, per la soverchiante importanza di elementi effettivamente utilizzati nel procedimento anche se non indicati nella

motivazione; e in questi casi l'annullamento dell'atto conclusivo sarebbe da considerare inutile e pregiudizievole per gli interessi sostanziali in gioco.

## 12. La partecipazione al procedimento come fatto «compensativo» del deficit di tutela giudiziaria: considerazioni critiche

Secondo un ordine di idee che sembra aver trovato autorevoli assertori, nella prospettiva di un sistema di tutela ispirato ai principi dello Stato di diritto la partecipazione al procedimento serve a «compensare» almeno in parte, per i soggetti interessati, quel «deficit» di protezione giudiziaria che malgrado le più ampie e solenni proclamazioni costituzionali si registra in molti ordinamenti<sup>59</sup>; e che può ascriversi non soltanto ai criteri di disciplina del processo ed a carenze d'ordine organizzativo, ma anche alla difficoltà di adeguare le tecniche di sindacato del giudice alla natura della «nuova» attività di amministrazione, cioè quella «di governo» e non meramente esecutiva (frequente in questo senso è il richiamo agli atti di portata generale, alle diverse forme e materie di pianificazione e programmazione, agli atti normativi, ai vari modi di manifestarsi della c.d. «macroamministrazione» orientata soltanto dalla indicazione normativa di scopi). Quel tanto di tutela che in sede giurisdizionale non può essere assicurato dovrebbe realizzarsi attraverso una sorta di «anticipazione», consentendo al cittadino di far valere le proprie ragioni già nel momento di formazione dell'atto che coinvolge i suoi interessi.

Il motivo della «compensazione» era stato proposto con formulazioni varie nel corso del non breve dibattito anteriore alla emanazione della legge federale tedesca sul procedimento<sup>60</sup>, e riaffiora talvolta nella letteratura più recente; ma non sembra suscettibile d'uno sviluppo che conduca a determinazioni sistematiche appaganti.

<sup>59</sup> Cfr. tra gli altri: SCHMITT GLAESER, *Partizipation* cit., specie a p. 204 ss.; PIETZCKER, *Verwaltungsverfahren* cit., 201; WAHL, *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, in *VVDStRL* H. 41, cit., 158.

<sup>60</sup> V. BETTERMANN, *Verwaltungsverfahren* cit., 164 ss., 169.

Pur assolvendo un'indiscutibile funzione con riguardo alla esigenza di tutela - che, come si dirà, deve ancora reputarsi preminente - la partecipazione non può certo essere posta sullo stesso piano di quella garanzia fondamentale che è stabilita dai principi costituzionali sulla giurisdizione e sui diritti di difesa giudiziaria: tra «garanzia» e «tutela» non sempre si ha completa coincidenza. La garanzia può attuarsi secondo tecniche e modalità diverse, anche per adeguarsi ai mutamenti che si registrano, in misura sempre più cospicua, nell'ordine delle funzioni di pertinenza dell'amministrazione pubblica; ma deve pienamente realizzare quei valori che la Costituzione assume come irrinunciabili. Malgrado tutto, riesce difficile rassegnarsi all'idea che in certi ambiti della sua attività l'amministrazione stessa debba sempre porsi per il cittadino come la «prima ed ultima istanza»<sup>61</sup>; e che pertanto sia praticamente inutile cercare un giudice a Berlino.

D'una compensazione può parlarsi non tanto per giustificare una sorta di parziale sostituzione della garanzia giurisdizionale, quanto per sottolineare la funzione integrativa che la partecipazione assolve rispetto al processo giudiziario e nell'ambito di questo, in quanto consente al giudice di estendere il suo sguardo a un più vasto orizzonte e di adeguare il proprio sindacato alla natura ed al criterio delle operazioni che la decisione rende necessarie: l'evidenza conferita dal partecipante a certi aspetti della situazione concorre a determinare la dimensione reale del problema rendendo più agevolmente percepibile quella che potrebbe dirsi appunto la «intenzione oggettiva di senso» tradotta dalla decisione stessa in un programma. E tale risultato - che consente a sua volta d'individuare un criterio di valutazione attendibile e aderente al caso - si apprezza maggiormente se per un verso si tien conto dei limiti oltre i quali lo stesso controllo di «logicità» non può fornire appaganti indicazioni, e per altro verso si considerano le difficoltà che affiorano, con riguardo a certi nuovi modi di operare dell'amministrazione pubblica, nella formulazione di giudizi giuridici d'ordine sostanziale aventi per oggetto un atto.

Non può facilmente condividersi l'avviso - pur autorevolmente espresso - secondo il quale il processo dinanzi al giudice amministrativo rappresenta quasi un episodio dell'attività di cui si

<sup>61</sup> Secondo l'espressione di SCHMITT GLAESER, *Partizipation* cit., 207.

controverte od una sua prosecuzione; sembra piuttosto che esso debba essere pensato come una vicenda del tutto distinta e separata, nella quale si afferma una logica diversa non soltanto per la posizione ed i poteri delle parti ma per il ruolo che il giudice è chiamato ad assolvere: un ruolo che consiste in una semplice collaborazione, e che i principi del sistema definiscono in termini ben chiari<sup>62</sup>. Cionondimeno, se si vuole riconoscere qualche importanza ai risultati pratici d'ordine sostanziale, può ammettersi che procedimento e processo si iscrivono in un «sistema» più ampio di carattere complesso, perché dal loro separato ma coordinato svolgimento scaturirà la decisione veramente conclusiva. Tra le due componenti può quindi aversi, come s'è detto, integrazione; ma il modo stesso del loro rapportarsi induce a escludere l'ipotesi d'una compensazione della garanzia giurisdizionale.

Il «deficit» che si riscontra nel modo d'esplicarsi di questa garanzia deve essere considerato come un caso di inattuazione dei precetti costituzionali; perciò, le insufficienze d'ordine organizzativo devono essere superate e la disciplina dei processi dev'essere aggiornata dal legislatore e dalla stessa giurisprudenza. Le norme sulla partecipazione non possono in questo senso assolvere una funzione di carattere surrogatorio.

Neppure insormontabili sembrano le difficoltà connesse ai nuovi modi di esplicarsi dell'amministrazione pubblica. Si è rilevato che, recedendo gradualmente la funzione ordinativa della legislazione, una parte sempre più cospicua della correlativa responsabilità viene addossata agli organi amministrativi, i quali debbono attenersi essenzialmente a discipline e criteri «metagiuridici» (politici, economici, sociali, tecnici, culturali ecc.)<sup>63</sup>; questa tendenza determinerebbe una grave sfasatura nel rapporto con la funzione e la responsabilità del giudice, che a principi e regole d'ordine giuridico deve attenersi con rigore nel proprio sindacato.

Sembra peraltro che il problema tragga origine dal modo di rappresentarsi le varie possibili attuazioni della legalità nell'amministrazione, piuttosto che da una contrazione od erosione

<sup>62</sup> Per una considerazione di ordine sociologico delle funzioni che sono assolte dal sistema del processo giudiziario v. LUHMANN, *Legitimation* cit., 55 ss.

<sup>63</sup> V. soprattutto SCHOLZ, *Verwaltungsverantwortung* cit., specie a p. 151 ss.

del principio: il quale resta fermo, ma non può certo realizzarsi integralmente secondo quegli schemi che venivano applicati (sia pur con qualche forzatura) ai provvedimenti di carattere puntuale. In verità, anche alla c.d. «macroamministrazione»<sup>64</sup> si estende la pretesa di una regolamentazione giuridica; ed anzi questa è resa manifesta proprio dal fatto che diverse discipline vengono impegnate dall'ordinamento per la realizzazione degli scopi assunti come propri.

Non è compito facile spiegare come questa pretesa possa essere realizzata: la più appropriata prospettiva per un'indagine dedicata a questo tema è forse quella che risulta dai recenti contributi sui principi e sulle clausole generali<sup>65</sup>, che estendono non poco l'ambito di controllo del diritto.

Certo è comunque che alle nuove tecniche di regolamento dovrebbero adeguarsi le tecniche giudicative<sup>66</sup>. Un sindacato può aversi anche quando al giudice non sia dato reperire criteri sostanziali di ordine propriamente giuridico direttamente riferibili alla materia della decisione amministrativa adottata: quest'ultima dovrebbe pur sempre essere sottoposta a controllo per ciò che attiene al modo della sua produzione (intesa come fatto sostanziale, non come semplice forma dell'agire). E dalla correttezza del processo produttivo dipende in ultima analisi quella accettabilità del risultato, o se si vuole quella razionalità pretendibile in concreto, che è necessaria ad appagare le esigenze dell'ordinamento quando questo richiami in modo esplicito od implicito i criteri d'altre discipline.

<sup>64</sup> Di una competenza «macroamministrativa» parla lo stesso SCHOLZ, *op. cit.*, 156.

<sup>65</sup> V. da ultimo l'importante studio di MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *Dir. Lav.*, 1992, 3 ss.

<sup>66</sup> SCHOLZ, *op. cit.*, 181 ss., enumera vari criteri (es. *Sach- und Systemgerechtigkeit, Folgerechtigkeit, Marktkonformität bzw. Inkonformität*), che l'A. considera rilevanti non tanto per se stessi ai fini di un giudizio immediato sulle decisioni amministrative, quanto in rapporto ad alcuni principi di carattere giuridico (*Willkürverbot, Vertrauensschutz, Gleichbehandlung, Verhältnismässigkeit, Eignungsgebot*). Ma par lecito prospettare l'ipotesi che i medesimi criteri rappresentino altrettante clausole generali o diverse espressioni di una clausola di ampia portata, il cui senso risulta anche dal collegamento con i principi successivamente richiamati. E appunto le clausole generali possono assumere una notevole importanza nei casi qui considerati.

La partecipazione degli interessati può assumere un valore in questo senso considerevole, ove fornisca dati significativi di riferimento ed attraverso pertinenti informazioni predetermini gli sviluppi che in ordine ad alcuni aspetti del problema si rendono necessari<sup>67</sup>; le carenze e i difetti che eventualmente si riscontrino nella storia della decisione, con riguardo a questi aspetti, hanno una diretta rilevanza giuridica come vizi attinenti alla funzione amministrativa.

### 13. La rappresentazione del procedimento come «sistema sociale» e le connesse indicazioni negative sulla partecipazione; riserve

Il valore centrale che al processo giudiziario deve riconoscersi nel quadro del sistema non giustifica peraltro l'atteggiamento scettico manifestato da taluni autori sull'importanza e sulla utilità degli istituti di partecipazione. Secondo la dottrina che concepisce anche il procedimento amministrativo come «sistema sociale» operante nel senso d'una riduzione della complessità che si manifesta nell'ambiente e si rispecchia nei problemi, a carico del medesimo sistema non potrebbero porsi le funzioni che sono proprie del processo giudiziario, caratterizzato da un ben diverso modo di distribuzione dei ruoli e da particolari «sistemi di contatto»: per i procedimenti di amministrazione, la presenza attiva degli interessati si porrebbe come causa di aggravamento delle difficoltà e di ritardo nelle decisioni<sup>68</sup>.

Essendo l'opinione sorretta da ragioni certamente serie e per qualche aspetto convincenti, deve ad essa dedicarsi almeno di sfuggita qualche osservazione critica. Innanzitutto, sembra discutibile che la

<sup>67</sup> La posizione scettica di SCHOLZ, *op. cit.*, 211, può essere condivisa solo per ciò che concerne l'esclusione della possibilità d'una tutela propriamente compensativa rispetto a quella giudiziaria.

<sup>68</sup> LUHMANN, *Legitimation*, cit., specie a p. 210 ss., con particolare riferimento alle decisioni da adottare secondo i c.d. programmi condizionali, che com'è noto l'A. distingue dai programmi di scopo (per il criterio di questa distinzione vedi dello stesso A. *Illuminismo sociologico*, trad. ital., Milano 1983, 224 ss.).

riduzione della complessità debba essere resa più agevole limitando in modo artificioso l'afflusso delle informazioni, od impedendo il manifestarsi dei fattori di complicazione che nell'ambiente trovano la loro origine (e in questo senso possono effettivamente assumere rilievo pratico i fatti di disposizione del partecipante): la potenzialità del sistema, la sua capacità di selezione, dovrebbero commisurarsi appunto al grado di complessità dei contesti problematici che debbono essere trattati.

Ma, soprattutto, le difficoltà che eventualmente si impedisse di porre in evidenza nel procedimento di amministrazione affiorerebbero quasi certamente nel processo, in quanto prospettate attraverso censure non prevedibili dall'amministrazione o non efficacemente confutabili con esito definitivo nella sede giudiziaria (in questo senso si è accennato più sopra a «fattori di sorpresa»). E ciò comporterebbe in ultima analisi un considerevole aumento della probabilità di annullamenti spesso sostanzialmente inutili perché facilmente superabili dall'amministrazione in sede di riesame: si pensi non soltanto ai difetti di motivazione<sup>69</sup> ma alle carenze e insufficienze dell'attività istruttoria, alla mancata valutazione d'interessi non manifestati e ad altre ipotesi consimili non certo eccezionali. Gli annullamenti inutili provocano a lor volta gravissimi ritardi nella decisione amministrativa che dovrà essere poi formalizzata nel provvedimento, o ne riducono grandemente l'efficacia; e queste conseguenze sono in pratica molto più gravi del sovraccarico o del ritardo che deriverebbe dalla partecipazione (può richiamarsi a tal proposito quanto si è detto sul modo di comporsi del procedimento amministrativo e del processo in un «sistema» di più ampia portata).

In quanto intervenuto nel procedimento, l'interessato può disporre inoltre di conoscenze tali da sconsigliare iniziative giudiziarie di esito per se stesso incerto, che potrebbero differire la definitiva soluzione: in questo senso decisiva sarà non tanto la maturazione di un «consenso», ma la più realistica ponderazione delle *chances*.

<sup>69</sup> Per spunti di riflessione sempre attuali v. l'importante lavoro di ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano 1987, 191 ss., 315 ss., 399 ss.

#### 14. Partecipazione e mutamenti nell'amministrazione: riduzione dell'autorità e suoi limiti

Sembra ragionevole supporre che la partecipazione debba indurre mutamenti di segno positivo nel modo stesso di atteggiarsi delle amministrazioni verso il cittadino, e promuovere indirettamente un miglioramento delle loro tecniche operative; ma è bene non anticipare previsioni che solo attraverso l'esperienza potranno trovare una conferma o una smentita. Nell'attuazione delle norme innovatrici si incontreranno difficoltà notevoli per ragioni oggettive inerenti allo stesso rapporto di comunicazione, che non può essere assoggettato ad una completa disciplina di tipo processuale: basti pensare alle già accennate questioni di linguaggio, o alla esigenza che l'interessato sia posto in grado d'intervenire quando il suo discorso può risultare significativo e utilizzabile.

Né si può escludere che gli apparati, per quella sorta di vischiosità che spesso si rivela nel loro modo di applicarsi alla funzione, intendano ed eseguano la legge secondo versioni riduttive che potrebbero vanificarla in larga parte; e questo atteggiamento dovrà essere attentamente valutato dalla giurisprudenza, cui spetta il compito di assicurare l'effettività degli istituti di partecipazione, cercando al tempo stesso di fissar le linee del «poligono magico» entro il quale le più disparate esigenze dovrebbero comporsi<sup>70</sup>.

Chi voglia attenersi ad un criterio realistico di giudizio non può non riconoscere in via preliminare i vantaggi connessi a quella «apertura» del legislatore che rispetto all'organizzazione assume quasi il significato di una sfida; ma deve evitare al tempo stesso esaltazioni ed enfattizzazioni che almeno indirettamente potrebbero fornire una giustificazione ulteriore al principio di autorità, non giunto ancora al suo declino.

La partecipazione riduce indubbiamente l'autoritarità del processo decisionale, in quanto sottrae a un regime quasi integrale di esclusiva l'attività di informazione e concorre a determinare gli

<sup>70</sup> L'immagine è di WAHL, *Verwaltungsverfahren* cit., 157.

sviluppi necessari della funzione amministrativa in guisa da renderli, tra l'altro, palesi e controllabili.

Non per questo però si attenua l'autoritarità giuridica dell'atto, che la teoria del provvedimento imperativo sembra avere esasperato. E fino a quando l'imperatività avrà modo di manifestarsi nelle forme che ci sono presentate come quasi naturali dalla giurisprudenza pratica e teorica, con tutte le conseguenze e implicazioni che direttamente o indirettamente possono ad essa ricondursi, sarà saggio consiglio rinunciare all'idea che la partecipazione dell'interessato valga a legittimare<sup>71</sup> la decisione conclusiva: vi è infatti da temere che, per certi aspetti, quell'idea possa in ultima analisi rendere ragione d'un incremento del potere che nel provvedimento si realizza.

Scopo precipuo degli istituti di partecipazione al procedimento amministrativo non è certo quello di catturare il consenso dell'interessato (ciò che potrebbe assumere rilievo, ancora, come fattore ulteriore di rafforzamento dell'autorità) ma quello di suscitare una differenziazione delle prospettive, e un incremento delle possibilità di acquisizione e selezione dei fatti rilevanti.

In questo modo viene assicurata o assecondata l'attuazione del principio d'imparzialità<sup>72</sup>, poiché il confronto di posizioni almeno potenzialmente antagoniste rende necessaria la ricerca d'un modo di composizione degli interessi in gioco o di risoluzione dei conflitti secondo giustizia sostanziale; e in questa applicazione sarà ancora utilizzabile la clausola generale di ragionevolezza, che necessariamente assorbe anche i valori incorporati nell'ordinamento positivo.

<sup>71</sup> Sul rapporto tra partecipazione e legittimazione vedi ancora SCHMITT GLAESER, *Partizipation* cit., 214 ss.; cfr. pure LUHMANN, *Legitimation* cit., specie a p. 210 ss.

<sup>72</sup> V. sul punto, sulla base di una concezione generale di grande interesse, ALLEGRETTI, *L'imparzialità* cit., specie a p. 245 ss.: della posizione illustrata dall'Autore non si condividono gli aspetti che più strettamente si collegano all'idea di una causa comune e quindi di una comune direzione oggettiva dell'agire; mentre pertinenti sono gli accenni alla posizione di autonomia del partecipante e al modo di inserirsi della sua attività nella funzione. Sul rapporto tra partecipante e imparzialità v. pure BARONE, *L'intervento* cit., specie a p. 63 ss.

### 15. Partecipazione e concezione fondamentale dello Stato di diritto

Secondo un convincimento che almeno in forma implicita si è già manifestato, la partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo, anche nella versione che ci è offerta da un legislatore ben consapevole di tutto il «nuovo» che la storia ci propone, vale innanzitutto a realizzare i postulati dello Stato di diritto, così come venivano pensati dai giuristi d'altri tempi (il riferimento all'art. 3 della legge abolitrice del contenzioso, per quanto discutibile e discusso<sup>73</sup>, è in questo senso sufficientemente indicativo); del resto agli stessi postulati - cui certo non insensibile era il legislatore austriaco del 1925 - si richiamano ancor oggi autorevoli scrittori con il supporto di precetti delle costituzioni attuali<sup>74</sup>.

Se ci si attiene alla concezione più comunemente accolta del *Rechtsstaatsprinzip*, come essenziale deve considerarsi l'esigenza di tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione pubblica: esigenza che viene riferita ad interessi intesi in senso soggettivo. Questa espressione - d'uso comune nel dibattito sulla giurisprudenza sul Consiglio di Stato - non designa necessariamente ai nostri giorni una situazione puramente individuale, o concepita secondo un'ideologia individualistica: una smentita a tal riguardo si ritroverebbe del resto nell'art. 9 della legge, che conferisce una sicura rilevanza agli interessi pubblici o diffusi.

Quando si dice che gli interessi vanno intesi in senso soggettivo, si

<sup>73</sup> V. da ultimo PUBUSA, *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino 1988, 11 ss.

<sup>74</sup> SCHMITT GLAESER, *Partizipation* cit., 43 ss. Si lasciano volutamente impregiudicate le questioni riguardanti gli istituti ispirati al principio di partecipazione popolare: sui quali può sempre con profitto consultarsi l'opera di CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa 1977 (del quale si raccomanda la lettura anche per le considerazioni dedicate al rapporto tra partecipazione e procedimento: v. ad esempio p. 384 ss., con specifico riferimento all'art. 3 della legge abolitrice del contenzioso).

vuole porre in luce che la partecipazione è preordinata in primo luogo alla tutela di situazione giuridiche del cittadino: che poi il concorso di quest'ultimo possa riuscir proficuo nella ricerca d'una soluzione opportuna od accettabile per gli interessi della comunità, si può e si deve ammettere (e non a caso sull'apporto o contributo del partecipante si è fin troppo insistito nelle precedenti pagine).

Probabilmente, di situazioni soggettive può parlarsi anche con riguardo agli interessi di cui siano portatori formazioni sociali o gruppi comunque costituiti<sup>75</sup>. Di questo opinamento non si può peraltro rendere ragione senza darsi carico di tematiche piuttosto ardue; e non a caso il discorso è stato dedicato soltanto alla tutela dei cittadini direttamente e singolarmente interessati, lasciando ad altri il compito di verificare se istituti necessariamente diversi per il fondamento, per il significato e la funzione debbano valere con riguardo alle posizioni prevedute dall'art. 9 della legge.

### 16. Importanza del confronto tra i soggetti del rapporto: la necessaria differenziazione delle posizioni; gli istituti di partecipazione e il principio democratico

Il valore del contraddittorio virtuale od effettivo viene talvolta posto in ombra da generiche descrizioni per immagini, e da notazioni di carattere politico difficilmente traducibili in termini giuridici. Così, si estende non di rado l'idea del «prender parte» per ricomprendersi lo stesso atto decisionale inteso essenzialmente come deliberazione conclusiva; si afferma che l'attività dell'interessato costituisce un fatto di amministrazione o co-amministrazione in cui la stessa organizzazione pubblica si manifesta; si vuole porre a carico del cittadino una corresponsabilità che riesce difficile definire nel fondamento e nelle applicazioni; e quasi involontariamente con formule diverse, ma in ultima analisi equivalenti, viene riproposto

<sup>75</sup> V. ancora PUBUSA, *op. cit.*, 115 ss., 285 ss.

quel concetto di collaborazione che nell'esperienza del nostro ordinamento non poche delusioni aveva cagionato<sup>76</sup>.

Se si assumono come termini di riferimento tali posizioni od altre simili, da questo scritto si può ricavare l'impressione che attraverso una incontrollata esaltazione del «confronto» si sia voluto riaffermare quel regime di «separatezza» che viene ai nostri giorni contestato per il suo contrasto con le nuove concezioni del pubblico potere, in larga parte avvalorate dalla Carta fondamentale.

Prima di affrontare temi di così ampia portata bisogna però intendersi sulle parole: talvolta i massimi principi del sistema sono chiamati in causa del tutto fuori di luogo; e ciò è dovuto spesso all'uso di un linguaggio tanto suggestivo quanto inappropriato. Quando si esclude che il cittadino assuma la veste di co-autore della decisione amministrativa che riguarda i suoi interessi, non si riconosce certo all'amministrazione pubblica la qualità di soggetto a se stante, quasi per natura titolare di poteri e portatore di interessi propri: si accentua invece l'importanza del principio di responsabilità, che occorrerebbe forse ripensare in una prospettiva così ampia da consentire la piena percezione del valore di tutte le sue possibili espressioni.

Appunto quel principio costituisce il più diretto ed efficace temperamento dell'autorità di cui attualmente tanto si discute; e a quel principio dovrebbe risalirsi, ancora, per una corretta ed aggiornata impostazione d'altri problemi di carattere fondamentale, come quelli attinenti al sindacato giudiziario.

Ma se si vuole che la responsabilità possa efficacemente essere imputata, una qualche forma di «soggettivazione» si rende necessaria per ragioni puramente tecnico-giuridiche (che poi la soggettività debba essere intesa secondo nuovi schemi esplicativi, è cosa che può ammettersi senz'altro). Solo come soggetto *in senso ampio* l'amministrazione può operare «responsabilmente», appunto, per la realizzazione degli interessi che sono propri della comunità, e l'esercizio dei poteri in cui si manifesta l'autorità *oggettiva* dell'ordinamento.

<sup>76</sup> Sulla collaborazione come fatto di rafforzamento della «struttura tradizionale e fondamentale del potere amministrativo» e di incremento della sua «quantità di legittimazione» v. ancora BERTI, *La struttura procedimentale* cit., specie a p. 54-65.

Può pure riconoscersi che, per il fatto stesso di poter «disporre» del problema amministrativo, il cittadino che partecipa al procedimento si atteggia come soggetto attivo e non più come mero oggetto di amministrazione; ma questa affermazione assume un senso giuridicamente apprezzabile se l'amministrazione stessa viene intesa essenzialmente come uno svolgimento sociale suscettibile a sua volta di considerazione oggettiva, secondo quel modello nuovo al quale sono stati dedicati discorsi di grandissimo interesse<sup>77</sup>. Tale modello non sembra postulare il venir meno di quelle distinzioni, senza le quali non è pensabile nessun confronto, e riesce impossibile cogliere il significato più genuino del processo comunicativo in cui si manifesta veramente il «prender parte».

Non si è parlato del valore che agli istituti di recente introduzione si può riconoscere in rapporto al principio democratico: occorre adesso motivare l'assenza non casuale di richiami specifici in tal senso, e a questo fine par necessario dare atto della capacità di trovare un punto di equilibrio tra la sfiducia alla quale l'esperienza induce e l'entusiasmo che i medesimi istituti sembrano avere suscitato.

In verità il principio democratico è stato troppo spesso pensato e definito sull'impronta del concetto di democrazia politica, e poi trasposto dal legislatore stesso nell'ambito assegnato all'amministrazione pubblica con adattamenti organizzativi del tutto inadeguati: in generale, non si è avvertita la necessità di «tradurre» quel concetto, facendo salvi solo i valori fondamentali di riferimento, in un complesso di schemi ordinativi che consentano l'attuazione della democrazia anche attraverso l'esercizio della funzione amministrativa, nell'osservanza piena ed incondizionata dei principi a questa imposti dalla Carta. Di fatto, grazie alla acritica trasposizione di cui si è fatto cenno, si son sacrificate l'efficienza e l'efficacia<sup>78</sup>; e in alcuni settori si è resa pressoché impossibile la individuazione di

<sup>77</sup> Cfr., tra gli scritti di BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. amm. sc. dell'amm.*, 1978, 6 ss.

<sup>78</sup> Soprattutto nei settori d'importanza vitale della c.d. *Leistungsverwaltung* si è potuto constatare come l'inefficienza può minacciare la democrazia (sia consentito richiamare la ns. relazione su «L'attività amministrativa», in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Atti del XXX Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 1984 (Milano 1987).

un valido criterio sostanziale d'imputazione delle responsabilità giuridiche e politiche.

La partecipazione ai procedimenti amministrativi può porsi come fattore di rinnovamento solo se si rinuncerà a pensare che essa valga per se stessa ad attuare la democrazia nell'amministrazione, e che a tal fine debbano adottarsi i modelli più consueti associando comunque nell'esercizio del potere i portatori d'interessi di cui si vuole far governo<sup>79</sup>.

Una condizione ben precisa dev'essere fatta salva in ogni caso. Il cittadino non può essere reso corresponsabile dell'atto decisionale né della stessa attività occorrente al suo prodursi<sup>80</sup>, ma deve invece essere posto in grado di manifestare liberamente ed efficacemente la propria autonomia: ché appunto con l'autonomia della persona umana, non indifesa ma presidiata dalla garanzia giurisdizionale, l'amministrazione dev'essere costretta a rifisurarsi per contenere entro i limiti del giusto l'esplicazione del potere. Così una sorta di «bilanciamento» potrà aversi anche nell'ambito del sottosistema amministrativo, se la partecipazione non si ridurrà a un rituale; mentre la corresponsabilizzazione nell'attività di cura dell'interesse pubblico riuscirebbe esiziale per la libertà dell'individuo. Il principio democratico non può essere utilmente richiamato per avvalorare l'ipotesi che il partecipante, in quanto tale, perda la propria soggettività per «immedesimarsi» anch'esso nell'organizzazione pubblica: cioè un'ipotesi che suscita sgomento<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> V. al riguardo i rilievi di A. ROMANO, «Il cittadino e la pubblica amministrazione», in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, cit., specie a p. 171 ss.

<sup>80</sup> Questa determinazione è perfettamente compatibile con quanto si è detto circa il concorso del cittadino al processo produttivo della decisione: basti al riguardo richiamare le osservazioni dedicate al controllo, doveroso per l'amministrazione, dei contenuti dell'informazione, alla «appropriazione» dei materiali da questa risultanti, alla responsabilità concernente la loro utilizzazione. Tali osservazioni sono ovviamente da riferire all'intero processo.

<sup>81</sup> Per una chiara accentuazione del valore che secondo il principio di democrazia deve attribuirsi agli interessi dei soggetti, e in generale alla personalità del cittadino, v. OTTAVIANO, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in *Scritti giur. in onore di M.S. Giannini, II*, Milano 1988, 367 ss.

Alessandro Pajno

1. Occorre, francamente, riconoscere che un discorso su quella che va sotto il nome di «amministrazione per accordi» appare, oggi, facile e difficile al tempo stesso.

Da una parte, infatti, mai come negli ultimi anni, il discorso sulla c.d. «amministrazione consensuale» è stato insistente e diffuso.

La legge sul procedimento ha introdotto una disciplina generale degli accordi prima inesistente, e si sono, così, moltiplicati gli interventi volti a richiamare l'attenzione sull'importanza di questa modalità di svolgimento dell'azione amministrativa.

Sembrirebbe, pertanto, che parlare della «amministrazione per accordi» equivalga a compiere un comodo viaggio su di un terreno ormai sufficientemente consolidato, se non, addirittura, abbondantemente arato.

Se, però, si passa dalle enunciazioni generali ad un approccio più analitico che cerchi di tener conto sia dell'esperienza maturata attorno ad alcuni moduli convenzionali di amministrazione già da tempo presenti nell'ordinamento, sia delle più recenti acquisizioni, anche giurisprudenziali, successive alla entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241, è facile rendersi conto che il discorso sull'amministrazione consensuale si presenta carico di una serie di difficoltà che non possono, obiettivamente, essere sottovalutate. Esso, anzi, richiede, per essere adeguatamente affrontato, l'abbandono di alcune prospettive tradizionali e di alcune, altrettanto tradizionali, certezze, dal momento che un rigido ancoraggio ad esse rischierebbe di compromettere la reale comprensione del fenomeno.

Il tema degli accordi nel diritto amministrativo deve, infatti, essere affrontato *con spirito critico* e senza indulgere a rassicuranti *luoghi comuni*. Occorre, per esempio, abbandonare quel (tradizionale) modo di pensare che lega la gestione dei *moduli negoziali* nel diritto amministrativo all'interno di una logica, «binaria», abituata a contrapporre autoritatività e consensualità, un modo di procedere

«imperativo» ad un altro, che condiziona lo sviluppo dell'azione amministrativa al conseguimento del consenso dei soggetti coinvolti in questa azione.

Pare sufficiente, per rendersi conto di quanto sia inappagante tale tradizionale modo di pensare, considerare alcune delle *suggerzioni* indotte proprio dalle norme di legge che regolano l'accordo nel diritto civile.

Si pensi, ad esempio, alla formula dell'art. 1371 cod. civ., che, nel disciplinare gli effetti di quell'*accordo* a contenuto patrimoniale che è il contratto, precisa che esso ha *forza di legge* tra le parti.

Non vi è nulla di più «imperativo» ed «autoritativo» della legge; e di tale autoritatività partecipa anche il contratto se della legge esso — sia pure *inter partes* — ha la forza.

Consegue da ciò che il ricorso a moduli convenzionali può divenire anche un modo di *rafforzare* l'autoritatività non del provvedimento ma dell'agire amministrativo nel suo complesso. Ad un esito del genere conduce, ad esempio, proprio il ruolo attribuibile, nella disciplina della legge 241/90, agli accordi determinativi del contenuto discrezionale del provvedimento e degli accordi sostitutivi di quest'ultimo; ruolo che è anche quello di rendere incontestabile in sede giurisdizionale, da parte del privato che vi ha preso parte, il regolamento di interessi posto in essere con il procedimento, o, se si vuole, l'assetto concreto che, in una determinata fattispecie, ha assunto l'agire amministrativo. In un certo senso, *l'inoppugnabilità* — che sembra costituire una conseguenza pacifica dell'avvenuta partecipazione all'accordo — costituisce infatti una forma, in qualche modo, estrema di *autoritatività*.

2. Si capisce pertanto come, al di fuori di un approccio semplificante, il discorso sull'amministrazione consensuale si manifesti in tutta la sua articolata complessità. Esso si colloca, infatti, all'interno di un nodo strategico che intercetta, in qualche modo, alcuni dei temi fondamentali del diritto amministrativo e della sua storia, sicché parlare degli strumenti consensuali di amministrazione può voler dire cercare di dar conto, anche, di un certo cambiamento

nel modo stesso di concepire l'amministrazione pubblica e la sua attività. La tematica degli accordi, segna, infatti, un percorso che attiene al *principio di legittimazione* della stessa azione dei pubblici poteri, sempre meno identificabile con il principio di autorità, e sempre più riscontrabile nel principio democratico.

E' in questo quadro che il discorso sull'amministrazione consensuale incrocia quello sul procedimento amministrativo; e non a caso, le norme sugli accordi sono contenute in una legge intitolata, appunto, al procedimento amministrativo.

C'è, infatti, un modo, per dire così, tradizionale, di classificare gli accordi, che li distingue a seconda della loro *relazione con il procedimento amministrativo*: si parla, di accordi endoprocedimentali, di accordi extraprocedimentali, di accordi integrativi del procedimento. Ciò significa che è il procedimento a determinare la *funzione* degli accordi (la «causa» dei medesimi, secondo un modo di pensare proprio del negozio giuridico); ma significa, altresì, che sono gli accordi a qualificare il ruolo e gli obiettivi raggiungibili con i singoli procedimenti, e quelli che, invece, abbisognano di adempimenti ulteriori.

3. Il discorso sull'amministrazione consensuale si incrocia, altresì, con quello, più generale, concernente *l'attività* dell'amministrazione pubblica. E' in questo spazio che si pone, anzi, il problema radicale sollevato dalla presenza degli accordi nel diritto amministrativo: può l'amministrazione agire in *modo consensuale*? Ovvero — il che è lo stesso — è possibile, attraverso un'attività che conosce momenti consensuali, perseguire correttamente il pubblico interesse?

Quest'ultimo modo di esprimere l'interrogativo rende palese che il discorso sull'amministrazione consensuale finisce con il mettere in discussione un certo modo (astratto) di concepire *l'interesse pubblico*. Su tale punto occorrerà ritornare più avanti: quel che, invece, deve essere sottolineato è che la questione degli accordi rinvia, necessariamente, ad alcune tematiche fondamentali del diritto amministrativo, quale quella, ad esempio, riguardante la distinzione tra attività di diritto pubblico ed attività di diritto privato