

Il “dibattito pubblico” e la partecipazione degli interessi nella prospettiva costituzionale del giusto procedimento*

di Giuseppe Colavitti

9 aprile 2020

Sommario: 1. Precisazioni terminologiche. Democrazia deliberativa, democrazia partecipativa e democrazia rappresentativa. – 2. La natura giuridica delle pretese partecipative; partecipazione al procedimento e rappresentanza di interessi. – 3. Il dibattito pubblico nel diritto positivo italiano; dibattito pubblico e partecipazione al procedimento amministrativo. – 4. La partecipazione al procedimento amministrativo come principio generale dell'ordinamento. – 5. Il principio del “giusto procedimento” e le “suggestive prospettive di ricerca” (V. Crisafulli). – 6. L'antecedente storico della partecipazione al procedimento: le deduzioni e le osservazioni delle parti “ammesse” ai sensi dell'art. 3, L. 20 marzo 1865, n. 2248. – 7. L'imparzialità amministrativa e l'interpretazione dell'interesse rappresentato. – 8. Il principio del buon andamento e la partecipazione delle formazioni sociali. – 9. La faticosa ricerca del fondamento costituzionale della partecipazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – 10. Giusto procedimento, giusto processo e diritto ad una buona amministrazione.

1. Precisazioni terminologiche. Democrazia deliberativa, partecipativa, e rappresentativa

Accostare e giustapporre due riferimenti a concetti complessi e ontologicamente ambigui come “democrazia deliberativa” e “rappresentanza politica” induce a fornire alcune brevi precisazioni, se non sul significato di senso da individuare in capo a ciascuno di essi (compito incompatibile con l'economia di un semplice intervento), quantomeno sull'uso che di essi viene fatto nel presente scritto.

Nell'approccio probabilmente più diffuso nella letteratura italiana – e mi pare di poter dire, anche nella logica sottesa all'ideazione del presente seminario – “democrazia

* Il presente scritto consta della rielaborazione e dell'ampliamento dell'intervento dell'Autore al seminario “*Democrazia deliberativa e rappresentanza politica. L'esperienza francese del debat public ed il dibattito sulla democrazia in Europa*”, svoltosi nell'Università degli studi dell'Aquila il giorno 24 ottobre 2019. Gli atti del convegno sono in corso di pubblicazione in un volume a cura del prof. Fabrizio Politi.

deliberativa” è espressione sostanzialmente riconducibile al polo della “democrazia diretta”, e sostanziale sinonimo di “democrazia partecipativa”¹. In questo senso, termini come democrazia deliberativa e democrazia partecipativa sono di frequente utilizzati in antitesi rispetto ad espressioni come “democrazia rappresentativa” o, più semplicemente, “rappresentanza politica” - in una sorta di “tirannia della simmetria”, come direbbe appunto Di Gaspare – e cioè per indicare processi decisionali “diversi” da quelli realizzati in assemblee elettive informate al principio ed alle tecniche della rappresentanza politica, e basate su una sostanziale devoluzione di compiti e di responsabilità deferite dagli elettori agli eletti, nell’ambito di un mandato non imperativo, costruito sull’idea di rappresentanza come figura dell’unità politico ideale del rappresentato, in stretta connessione con l’elaborazione teorica e filosofica dell’idea di interesse generale². Questi processi decisionali “diversi” possono assumere varie forme (i casi più ordinari di forme di democrazia diretta sono considerati i referendum popolari, e le proposte di iniziativa legislativa popolare, ma esistono anche istituti più articolati come il cd. *recall*) ma sono per lo più accomunati da metodi e tecniche di espressione appunto “diretta” di volontà, opinioni, aspettative, interessi, da parte degli elettori, singoli o organizzati, che non passano per le sedi assembleari depositarie di funzioni di rappresentanza politica. In questo senso, i fenomeni cui normalmente ci si riferisce quando si parla di democrazia deliberativa o partecipativa possono essere intesi come casi ed istituti nei quali si esprime, in un ordinamento informato al principio pluralista, la rappresentanza di interessi nell’esercizio di funzioni pubbliche.

Con il che siamo molto vicini a ritenere confermata la tradizionale dicotomia e tendenziale inconciliabilità tra rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi, o tra interesse generale e interessi parziali, come appunto sostiene la dottrina legata alla concezione classica della rappresentanza politica³.

Chi scrive non condivide tale impostazione.

¹ Cfr. G. DI GASPARE, *Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Amministrazione in cammino*, 30 settembre 2017; in tema vedi anche U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press, 2010).

Nella letteratura americana sembra invece di cogliere nell’espressione *deliberative democracy* una accezione diversa, più vicina all’idea del parlamentarismo come “*government by discussion*”. E cioè all’idea che i rappresentanti legittimi della sovranità popolare possano e debbano deliberare solo all’esito di un processo comunicativo autentico tra opinioni differenti. Un’idea che trova solide radici nel pensiero di John Stuart Mill, e che Cass Sunstein riassume nelle antiche parole di Roger Sherman: “Io ritengo che, quando il popolo abbia scelto un rappresentante, sia dovere di quest’ultimo incontrarsi con altri che vengono da parti diverse dell’Unione, e consultarsi, e accordarsi con loro su atti tali da portare un beneficio generale a tutta la comunità (Roger Sherman, 1789) (C. SUNSTEIN, *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton, Princeton University Press, 2017; trad. it. *#republic. La democrazia nell’epoca dei social media*, Il Mulino, Bologna 2017).

² Su tale concezione della rappresentanza politica esiste letteratura scientifica sterminata. Per ulteriori riferimenti, e per un tentativo di ricostruzione sistematica, sia consentito rinviare a G. COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati. Contributo allo studio dei rapporti tra rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi*, Giuffrè, Milano 2005.

³ Così definita da G. ZAGREBELSKY, *La sovranità e la rappresentanza politica*, in A.A. V.V., *Lo Stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 1994, 83 e ss., 85.

È un'impostazione ovviamente accettabile come approssimazione, ed in qualche modo anche inevitabile ai fini della comprensione reciproca tra gli osservatori, e all'impostazione di un dibattito in materia, che ha sempre bisogno di alcune chiavi di lettura condivise. Ma appare viziata da dogmatismo. E, soprattutto, da quella che Constant avrebbe chiamato "un'idea assai esagerata dell'interesse generale"⁴. E delle esagerazioni è sempre opportuno diffidare.

Non è questa la sede, ovviamente, per approfondire ulteriormente, ma mi sia consentito solo di segnalare come, ad avviso del sottoscritto, nelle democrazie pluraliste contemporanee, da tempo i confini tra la rappresentanza politica e la rappresentanza di interessi risultino piuttosto sfumati. Il che sembra confermare un'ipotesi teorica avanzata qualche anno fa: un'ipotesi che, attraverso il riconoscimento di un'immanente "vocazione alla parzialità" della rappresentanza, si basa sull'idea di un avvicinamento della nozione di rappresentanza di interessi al concetto di rappresentanza politica, vista come categoria generale comprensiva di sviluppi e di percorsi che, negli Stati democratici, non si esauriscono nel circuito esclusivo della rappresentanza parlamentare, ma "testimoniano che, mai completamente e definitivamente ingabbiata entro i confini dello Stato, la politica continua a svolgersi secondo forme non statali"⁵, e finiscono per aumentare il novero dei soggetti che "agiscono politicamente, vale a dire che collaborano direttamente e indirettamente alla formazione delle decisioni collettive"⁶. Accanto a tale apertura della sfera politica, che attrae verso di sé le forme organizzate di rappresentanza di interessi, si pone la considerazione per cui ogni forma di rappresentanza cela al suo interno una relazione di dominio, fondata sull'interpretazione e la promozione dell'interesse da rappresentare come prerogative indefettibili del rappresentante: in altre parole, come la rappresentanza di interessi "si eleva" al rango più alto della dimensione politica, così la rappresentanza politica "discende" al livello più basso che ne svela l'intima essenza, cioè quella di essere una dimensione del potere, anzi "la" dimensione del potere propria della modernità⁷.

Fatta questa precisazione, è d'uopo ora abbandonare questi (pur così affascinanti) lidi teorici, per segnalare come, accolta - seppur solo per esigenze metodologiche - la distinzione sopra menzionata, la democrazia deliberativa e l'istituto del cd. dibattito pubblico, o *debat publique*, per richiamare l'esperienza francese di certo ben più matura di quella italiana, si collocano dunque concettualmente nell'area della rappresentanza di interessi, e dello studio del rapporto tra questa e l'esercizio di funzioni pubbliche.

⁴ "Che cos'è infatti l'interesse generale, se non la transazione che si opera tra gli interessi particolari? Che cos'è la rappresentanza generale se non la rappresentanza di tutti gli interessi parziali che devono trovare un accordo sui fini che sono loro comuni? L'interesse generale è senza dubbio distinto dagli interessi particolari, ma non gli è affatto contrario...non si distingue da essi che nel modo in cui il corpo differisce dalle sue parti" (B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle* (1820), ora in D. FISICHELLA (a cura di), *La rappresentanza politica*, Giuffrè, Milano, 1983, 105 ssg., 106-107).

⁵ L. ORNAGHI (a cura di), *Il concetto di "interesse"*, Giuffrè, Milano, 1984, 15.

⁶ N. BOBBIO, *Rappresentanza ed interessi*, in G. PASQUINO (a cura di), *Rappresentanza e democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 1988, 6.

⁷ Per ulteriori approfondimenti, sia consentito rinviare a G. COLAVITTI, *Rappresentanza*, cit.

Viene ovviamente in considerazione primaria la funzione amministrativa, nell'ambito della quale è certamente l'istituto della partecipazione al procedimento amministrativo quello idoneo a focalizzare l'attenzione degli studiosi sia del diritto amministrativo che del diritto costituzionale, in ragione dell'attitudine del tema ad offrire terreno di indagine di estremo interesse sul versante dell'individuazione dei principi generali dell'ordinamento e dei principi in tema di assetto costituzionale del pluralismo. Un terreno di indagine che presenta dunque indubbiamente tono costituzionale, a prescindere dal rango formale occupato dalle fonti di diritto positivo che insistono sulla materia.

2. La natura giuridica delle pretese partecipative; partecipazione al procedimento e rappresentanza di interessi

Del resto, per riprendere le efficaci parole di Alberto Predieri, "per normativizzare una partecipazione di interessi si può ricorrere alla costituzione di un organo o alla previsione di un procedimento"⁸.

Sono note le interpretazioni più diffuse dell'istituto della partecipazione al procedimento amministrativo: partecipazione come anticipazione del contraddittorio e come istituto potenzialmente deflattivo del carico giurisdizionale; partecipazione come momento del processo di affievolimento del carattere unilaterale ed imperativo dell'azione amministrativa, nella logica, della cd. democrazia amministrativa; partecipazione come istituto di potenziamento delle capacità conoscitive dell'amministrazione, in chiave collaborativa⁹; partecipazione come contestazione della proposta di decisione formulata dall'amministrazione¹⁰. Giova precisare sin d'ora che in questa sede si propende per una visione della partecipazione come istituto espressione di un più generale *favor* ordinamentale verso l'interpretazione e la promozione dell'interesse da parte dei suoi titolari, nel quadro delle dinamiche rappresentative, le quali postulano quasi "per forza propria" che un interesse non possa

⁸ Così A. PREDIERI, nella replica alle considerazioni svolte da altri studiosi in occasione del convegno sulla riforma dello Stato, ora in AA.VV., *Processo allo Stato*, Sansoni, Firenze 1971, 156.

⁹ F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133 ss., configurava l'apporto dell'interventore privato nel procedimento come "discorso informativo" potenzialmente idoneo a consentire all'amministrazione procedente di analizzare una situazione problematica, specificarne ulteriormente i tratti e qualificarla nei termini del problema amministrativo, cioè di una situazione problematica già qualificata giuridicamente, spesso recante già in sé una prima ipotesi di risoluzione e di decisione provvedimentoale.

In tempi più risalenti, G. AMATO, *Nuove tendenze nella formazione degli atti governativi di indirizzo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 92 ss., spec. 116, riteneva di distinguere tra "presenze-intervento" e "presenze-partecipazione", le prime tese a consentire un più efficace esercizio del potere in capo al titolare, le seconde rivolte invece verso una forma di corresponsabilità nell'assunzione delle decisioni da parte del titolare del potere.

¹⁰ A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano 1996, spec. 103 ss.

essere rappresentato da altri che non i suoi titolari, a meno di non voler rinunciare al carattere pluralista della forma di Stato e di propendere per modelli eteronomi (spesso autoritari) e non autonomi di interpretazione del conflitto.

In questo senso, seppur non assuma una portata centrale e dirimente l'indagine circa il profilo della posizione giuridica vantata dagli interventori, o in altre parole, il problema della natura giuridica delle pretese partecipative¹¹, chi scrive ritiene che, tra le tesi volte ad inquadrare il fenomeno nel *genus* dell'interesse legittimo¹² (nonostante la diversa qualificazione giuridica operata dal legislatore)¹³, e quelle propense a ricostruirlo secondo i caratteri del diritto soggettivo - privilegiando l'interpretazione sistematica dell'istituto nel quadro dei principi della legge 241¹⁴, o magari considerandone la natura strumentale rispetto agli interessi sostanziali dedotti nel procedimento¹⁵ - una lettura del fenomeno più direttamente vincolata ai dati di riferimento costituzionale pare indirizzare verso la tesi della situazione giuridica soggettiva piena. In questo contesto la partecipazione si conformerebbe, dal punto di vista dell'interventore, come un vero e proprio "diritto di partecipare", un diritto soggettivo, cioè, di carattere endoprocedimentale, posizione giuridica distinta (anche se collegata dalla circostanza di sussistere nell'ambito della medesima vicenda amministrativa) dalla situazione giuridica dell'interessato rispetto al contenuto del provvedimento finale, la quale può assumere anche le vesti di un interesse legittimo pretensivo od oppositivo¹⁶. La logica adottata è insomma quella a suo tempo coltivata

¹¹ E' d'obbligo il riferimento all'attenta indagine di A. ZITO, *op. cit.*, che ricostruisce ampiamente il dibattito che ha impegnato la dottrina amministrativistica nei primi anni di applicazione della legge generale sul procedimento (dal 1990 in poi).

¹² Cfr., tra gli altri, V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino 1994, 46 e ss.

¹³ In questo senso anche A. ZITO, *op. cit.*, 23.

¹⁴ Cfr. E. DALFINO, L. PACCIONE, *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione*, in *Foro it.*, 1992, V, 378 ss., 387.

¹⁵ M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Giuffrè, Milano 1991, 72.

¹⁶ *Contra*, A. ZITO, *op. cit.*, 30, che critica la posizione di chi sostiene sussistere un'autonoma pretesa partecipativa nei termini del diritto soggettivo, perchè ritiene che in tal caso si dovrebbe ammettere una sorta di degradazione di tale posizione nella (meno "piena") situazione giuridica dell'interesse legittimo, allorché tale veste assume l'interesse del privato al contenuto del provvedimento finale. Zito ritiene piuttosto che per ammettere una simile ricostruzione occorra muoversi concettualmente sul terreno di una revisione, o quantomeno di una rimodulazione interpretativa della coppia concettuale "potere pubblico-interesse legittimo", giacché "...le maggiori difficoltà di ricondurre le pretese partecipative all'interno della categoria del diritto soggettivo nascono dalla circostanza che esse si collocano a fronte di un'azione che è vista come estrinsecazione di un potere...", e che invece la strada sia quella del "...superamento di tale schema...per una configurazione del rapporto tra amministrazione e cittadini riconducibile, almeno in parte, alla dialettica diritti soggettivi-obblighi" (A. ZITO, *op. cit.*, 43). Strada indubbiamente affascinante, anche se può forse lasciare intendere (e ciò sarebbe meno condivisibile, ad avviso di chi scrive) che, per costruire le pretese partecipative in termini di diritti soggettivi, vi sia bisogno di "demolire" concettualmente la nozione di potere pubblico. Non è un caso che tale autore costruisca il procedimento amministrativo come un processo decisionale nel quale si confrontano diverse proposte di soluzione del problema amministrativo, "...in termini assolutamente paritari" (A. ZITO, *op. cit.*, 97). La norma sugli accordi procedimentali e provvedimenti (art. 11, legge 241/1990) induce poi l'Autore da ultimo citato a paragonare la vicenda partecipativa alle trattative precontrattuali (A. ZITO, *op. cit.*, 108).

da un grande giurista sardo, Giovanni Marongiu, che riteneva di “separare” la vicenda procedimentale da quella più propriamente provvedimentale¹⁷, cogliendo nella prima proprio quella natura di sequenza di atti e fatti giuridici volti a ricercare una specifica proposta di regolazione e di assetto degli interessi coinvolti che conduce chi scrive a collocare l’istituto partecipativo tra le molteplici forme nelle quali l’ordinamento giuridico “riconosce” giuridicamente i fenomeni di rappresentanza di interessi.

3. Il dibattito pubblico nelle conferenti fonti di diritto positivo italiano; dibattito pubblico e partecipazione al procedimento amministrativo

A questo punto, effettuato il collegamento sistemico tra dibattito pubblico e partecipazione al procedimento, può essere utile una breve disamina dei conferenti dati di diritto positivo italiano.

Mentre l’istituto della partecipazione è da diversi decenni positivizzato nella fonte generale in materia di procedimento amministrativo, e cioè nella legge 241 del 1990 – un atto che, seppur soggetto a numerose novelle nel tempo, è rimasto (almeno nella parte appunto dedicata a tale istituto) molto vicino al suo ordinato impianto generale delle origini per lo più apprezzato dagli studiosi¹⁸ – in materia di dibattito pubblico le fonti da considerare sono una unica norma di rango primario inserita nel codice degli appalti, ed un regolamento attuativo assunto nella forma di un decreto del presidente del consiglio dei ministri (DPCM 10 maggio 2018, n. 76).

La norma primaria è l’art. 22 del d. lgs. 18 aprile 2016 (il codice dei contratti pubblici), e ne è stata già evidenziata la laconicità, *rectius*, la sostanziale mancanza di contenuti precettivi¹⁹. A ben vedere, la norma del codice dei contratti si limita ad inquadrare il contesto nel quale il dibattito pubblico si deve svolgere, che è quello delle “grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull’ambiente, sulle città e sull’assetto del territorio” (art. 22, comma 1, cod. cit.). Si tratta invero di una definizione roboante ma scarsamente incisiva: la vera linea di delimitazione dell’ambito operativo dell’istituto è infatti devoluta alla fonte attuativa, che la fissa con parametri dimensionali declinati in una tabella allegata al DPCM 10 maggio 2018, n. 76, e basati alternativamente o cumulativamente sugli importi della tipologia di intervento o sulle dimensioni fisiche dell’opera stessa.

¹⁷ G. MARONGIU, *Funzione amministrativa*, in *Enc. Giur.*, XIV, 1988.

¹⁸ Secondo la dottrina, la legge n. 241 del 1990 sarebbe un raro caso di felice rapporto tra iniziative legislative riformatrici ed elaborazione teorica e culturale intorno ai temi del rapporto tra amministrazione e cittadinanza. La legge è stata, com’è noto, anticipata e preparata dai lavori della Commissione guidata da Mario Nigro (G. AZZARITI, *Modelli di amministrazione e trasformazione dello Stato*, ora in ID., *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello stato costituzionale*, Giappichelli, Torino 2000, 73 ss., 81).

¹⁹ G. DI GASPARE, *Il dibattito pubblico*, cit.

In conformità peraltro ad un indirizzo rinvenibile non solo nel codice dei contratti pubblici, ma forse, più probabilmente, nelle linee generali di tendenza del diritto amministrativo italiano, almeno negli ultimi anni, piuttosto che precisare cosa sia e a cosa serva il dibattito pubblico, il legislatore si sofferma con particolare enfasi sull'esigenza di trasparenza e sugli obblighi di pubblicazione "*nel proprio profilo del committente*" (verosimilmente, si parla del sito internet dell'ente) dei "*progetti di fattibilità*" e degli "*esiti della consultazione pubblica, comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse. I contributi ed i resoconti sono pubblicati, con pari evidenza, unitamente ai documenti predisposti dall'amministrazione e relativi agli stessi lavori*" (art. 22, comma 1, cod. cit.)²⁰.

Molta fiducia nelle virtualità taumaturgiche della trasparenza e del web sembra riporre anche la normativa di attuazione, che scandisce gli obblighi di pubblicazione a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, del coordinatore del dibattito, delle amministrazioni locali coinvolte, della Commissione nazionale per il dibattito pubblico²¹.

La laconicità sopra evidenziata è confermata dalla difficoltà di capire perfino se, alla luce dell'art. 22 cod. cit., nella via italiana al *debat public* lo stesso debba o possa avvenire a monte o a valle della decisione circa il varo di una cd. grande opera. In altre parole, a leggere la fonte primaria conferente, non è dato capire se il dibattito pubblico sia volto (solo) a influire sul decisore pubblico circa le modalità più opportune della progettazione e poi della realizzazione dell'intervento, o se piuttosto il dibattito pubblico possa anche vertere sull'*an* dell'*agere* pubblico. E dunque sulla scelta politica di fondo, circa la realizzazione o meno dell'opera. Si tratta con tutta evidenza di una questione centrale, ben evidenziata dalla dottrina che si è occupata del tema. È stato infatti sottolineato come nell'esperienza anglosassone l'istituto pare affondare le sue radici nello stesso humus culturale e socio economico delle esperienze di autogoverno locale, in chiave sostanzialmente "antistatalistica", mentre in quella francese si lo stesso si afferma sulla spinta delle sensibilità ambientalistiche e si colloca da subito nell'alveo della pianificazione, metodologia di governo del territorio usuale in un paese non a caso "modello" tra quelli a cd diritto amministrativo²². Pur con queste significative differenze, in entrambe le esperienze lo svolgimento del dibattito pubblico si tiene prima della decisione circa l'*an* dell'intervento, ed è destinato ad influire innanzi tutto sulla scelta di fondo, e cioè sull'opzione fondamentale tra realizzare l'opera e non realizzarla. Sia dunque che si declini secondo logiche di tipo oppositivo (rispetto alla

²⁰ Per una critica complessiva delle recenti tendenze normative volte ad enfatizzare il principio di trasparenza, ed a trascurare la circostanza per cui, in sede di bilanciamento con altri interessi pubblici meritevoli di tutela, lo stesso resti, allo stato attuale del diritto positivo italiano, privo di base costituzionale, si consenta il rinvio a G. COLAVITTI, *Concorrenza, trasparenza e autonomia Regolazione dei mercati e nuove forme di governo pubblico dell'economia*, Cacucci ed. Bari 2018, spec. 62 e ss.

²¹ Ai sensi dell'art. 6, comma 6, lett. d), DPCM cit., il coordinatore del dibattito "*in modo oggettivo e trasparente, definisce e attua il piano di comunicazione e informazione al pubblico ed è responsabile dell'organizzazione e degli aggiornamenti del sito internet del dibattito pubblico*".

²² G. DI GASPARE, op. cit.

dimensione pubblica), come succede negli Stati Uniti d'America, sia che invece si realizzi in modelli marcatamente pubblicistici - tanto da costituire la Commissione nazionale per il dibattito pubblico (CNDB) come vera e propria autorità amministrativa indipendente – sembra potersi dire che un dibattito pubblico “serio” non possa non essere preventivo.

Da questa logica, ove volessimo tentare la riconduzione dell'istituto all'una o all'altra delle ipotesi che giustificano la partecipazione al procedimento dei singoli o dei portatori di interessi collettivo e/o diffusi, e quindi ne integrano la *ratio*, dovremmo inferire che il dibattito pubblico, se vuole essere effettivo, ha a che vedere di certo più con il tema della democrazia amministrativa, e cioè con la questione della codecisione di scelte amministrative e della riduzione delle distanze tra governanti e governati, piuttosto che con il tema dell'integrazione istruttoria e dell'apporto di conoscenze effettuato dai portatori di interesse a beneficio del pubblico decisore. Del resto, trattandosi di scelte attinenti grandi opere, e quindi inevitabilmente connotate politicamente, se ci si limitasse a discutere circa le modalità più opportune di realizzazione dell'opera o di redazione dei progetti, si rischierebbe di declinare in una deriva tecnicistica, magari più interessante per progettisti ed addetti ai lavori, piuttosto che riconoscere appunto un caso rilevante di partecipazione al procedimento amministrativo da parte di singoli e formazioni sociali.

Va dunque segnalato con favore che questo nodo sia affrontato e sciolto dalla fonte di attuazione. La lettura del DPCM pare infatti colmare quel senso di vuoto che la lettura della fonte primaria indubbiamente lascia nel lettore: nel fornire la definizione di dibattito pubblico, l'art. 2, comma 1, lett. a, DPCM cit., contempla appunto il tema dell'opportunità, e quindi sembra indicare che il dibattito pubblico possa anche concludersi nel senso della ritenuta inopportunità dell'intervento. Considerato che, a monte dell'avvio del processo di consultazione, una previa valutazione di opportunità deve essere formulata dall'amministrazione aggiudicatrice (cfr. art. 7, comma 1, lett. a, DPCM cit.), ne consegue che sarebbe pertanto possibile registrare, a valle del dibattito, una divergenza circa l'*an* della realizzazione dell'intervento. Resta in capo all'amministrazione la decisione finale al riguardo, che dovrà pronunziarsi espressamente anche circa “*la volontà o meno di realizzare l'intervento*”. Grava sull'amministrazione un obbligo di tenere conto dei risultati del dibattito, fissato già dalla fonte primaria, per cui “*gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate in sede di predisposizione del progetto definitivo e sono discusse in sede di conferenza di servizi relativa all'opera sottoposta al dibattito pubblico*” (art. 22, comma 4, cod. contr. pubbl.). Ad esso si accompagna ovviamente un obbligo di motivazione, implicito nel precetto di rango primario, ma opportunamente declinato espressamente nella fonte secondaria, laddove nel dossier conclusivo redatto a cura dell'amministrazione saranno doverosamente esplicitate “*le ragioni che hanno condotto a non accogliere eventuali proposte*” (art. 7, comma 1, lett. a, DPCM cit.).

In ogni caso, mentre di trasparenza si parla fin dalla rubrica dell'art. 22 cod. contr. pubbl., e di oneri di pubblicazione su internet sono piene come detto sia le disposizioni del predetto articolo, che quelle del regolamento attuativo, per capire in cosa consista effettivamente il dibattito pubblico bisogna attendere l'art. 8 del DPCM: esso consiste di *“incontri di informazione, approfondimento, discussione e gestione dei conflitti, in particolare nei territori direttamente interessati, e nella raccolta di proposte e posizioni da parte di cittadini, associazioni, istituzioni”*.

Per quanto le modalità di svolgimento concreto del dibattito pubblico siano rimesse in larga misura alla gestione affidata al coordinatore del dibattito pubblico, figura introdotta dal regolamento, che sembra unire le funzioni tipiche del responsabile del procedimento a quelle di una sorta di “facilitatore” del dibattito, in grado di promuovere la capacità di manifestazione degli interessi coinvolti, la formula di cui al citato art. 8, ed in particolare il riferimento alle posizioni formulate da cittadini, associazioni, istituzioni, sembra confermare l'assunto formulato al principio della presente indagine, e sembra consentirci di collocare il dibattito pubblico conformato dal diritto positivo italiano nell'alveo dell'istituto della partecipazione al procedimento.

4. La partecipazione al procedimento amministrativo come principio generale dell'ordinamento

Le “posizioni” espresse da cittadini, associazioni e istituzioni di cui all'art. 8 DPCM cit., sembrano dunque evocare l'art. 7 e soprattutto l'art. 9 della legge 241, ai sensi del quale *“qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento”*. Com'è noto, nel dibattito giuspubblicistico italiano, l'introduzione nell'ordinamento dell'art. 9 L. 241/90, e cioè la sua collocazione in una normativa di carattere generale, applicabile secondo criteri oggettivi e soggettivi particolarmente ampi (dalla “portata generalissima”, secondo la suprema magistratura amministrativa²³), ha svolto la funzione storica di rivitalizzare dal profondo un dibattito che rischiava altrimenti di restare soffocato nell'interpretazione dell'istituto del contraddittorio così come succintamente descritto nell'art. 3 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, abolitrice del contenzioso amministrativo.

Con la legge 241, la partecipazione al procedimento amministrativo non può più essere considerata riduttivamente come la doverosa inserzione di un sub-procedimento nel procedimento principale, inteso come “forma dell'azione amministrativa” (F. Benvenuti), bensì integra un vero e proprio principio generale dell'amministrazione in

²³ Consiglio di Stato, sez. V, 2 febbraio 1996, n. 132, in *Foro amm.*, 1996, 506 e ssg..

sensu oggettivo, accanto ai principi di legalità²⁴, di buon andamento²⁵, di imparzialità²⁶, di pubblicità²⁷, e di un principio generale dell'ordinamento²⁸. Se, infatti, l'interesse giuridicamente rilevante che

²⁴ Sul principio di legalità esiste una letteratura scientifica sterminata, data la sua coesistenzialità alla vicenda storica e politica dell'affermazione dello Stato di diritto. La definizione che ne diede il secolo scorso O. MAYER, fortemente connotata da una percepibile matrice liberale, resta ancora, a mio avviso, una delle più pregnanti: "...nessuna restrizione della libertà e della proprietà senza autorizzazione della legge..." (è riportata tra gli altri da F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, fasc. 11-12, 3303-3327, 3304). Con gli strumenti attuali del diritto pubblico, potrebbe dirsi che la pubblica amministrazione possa servirsi di poteri autoritativi solo quando la legge la autorizzi espressamente. Il principio è desumibile da diverse disposizioni costituzionali (artt. 97, 24, 113, 103, ma soprattutto 23 Cost.) e di esso può considerarsi espressione la tecnica delle riserve di legge.

²⁵ A fronte di alcune interpretazioni riduttive, relativamente diffuse nei primi due decenni di vigenza della Carta costituzionale, peraltro comuni a molte delle norme costituzionali più innovative, considerate dotate di valenza programmatica, non immediatamente precettiva, dalla fine degli anni settanta, con sempre maggiore decisione la dottrina (vedi per tutti A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1979) ha invece riconosciuto portata propriamente giuridica al principio del buon andamento, individuandone un duplice significato giuridico: obbligo di conseguire un risultato che assicuri ponderata soddisfazione a tutti gli interessi pubblici coinvolti; indicazione dei mezzi attraverso i quali conseguire quel risultato. Coordinando tali esiti dottrinari con l'impianto democratico della Costituzione, ed in particolare con il principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, il principio di buon andamento assumerebbe una differente prospettiva in riferimento ad un'amministrazione di "prestazione" e ad una di "regolazione"; nel primo settore il principio implicherebbe l'adeguamento delle strutture, dei mezzi del personale alle esigenze del cittadino-utente, in modo da assicurare il pieno sviluppo della persona e la sua effettiva partecipazione; nell'amministrazione di regolazione, quella basata sui provvedimenti autoritativi, il buon andamento consisterebbe invece nell'adeguamento dei procedimenti al fine di assicurare una combinazione degli interessi coinvolti in concorso con i soggetti pubblici e privati, singoli e associati, titolari di quegli interessi. Così, dunque, come l'imparzialità mirerebbe ad assicurare l'eguaglianza "formale", il buon andamento mirerebbe all'eguaglianza "sostanziale" nell'amministrazione di prestazione, al superamento del carattere unilaterale ed autoritativo nell'amministrazione di regolazione.

²⁶ Il principio di imparzialità è stato innanzitutto letto come una qualità soggettiva del pubblico funzionario, dalla quale deriva un obbligo di astensione ogni qualvolta "...l'amministratore non si trovi in una posizione di assoluta serenità rispetto alla deliberazione da adottare" (P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della p.a.*, in *Scritti in onore di P. Calamandrei*, IV, Padova 1958, 25 ss.). Dal punto di vista oggettivo, invece, il principio in parola è stato ritenuto comprensivo della necessità, per l'amministrazione procedente, di valutare tutti gli interessi tutelati dalla legge e coinvolti nell'azione amministrativa, o fattore integrante di una metodologia decisoria basata sull'adozione delle scelte discrezionali secondo criteri previsti dalla legge, o conformemente ad indirizzi generali, fissati dagli organi competenti o dalla stessa amministrazione (in questo senso A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Cedam, Padova 1973, e, più di recente, G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova 1990, 590 ss.).

La giurisprudenza amministrativa riconduce la violazione del principio di imparzialità all'eccesso di potere, nella figura sintomatica dell'ingiustizia manifesta. Sempre al principio di imparzialità si ricollegano la responsabilità risarcitoria dell'amministrazione per ritardo nell'adozione di atto dovuto, il dovere di rettifica degli atti erronei, e persino la sindacabilità (da parte del giudice) delle questioni di ordine tecnico: tali valutazioni possono formare infatti oggetto di verifica da parte del giudice amministrativo solo sotto il profilo della loro rispondenza ai principi di logica, di ragionevolezza e, appunto, di imparzialità.

²⁷ L'attività amministrativa era tradizionalmente informata, nel nostro paese, al principio della segretezza, correlato con il principio di supremazia dell'amministrazione nei rapporti con i cittadini. In un sistema autenticamente democratico, viceversa, il potere amministrativo non ha una legittimazione propria, bensì derivata da quella popolare, e deve informare la propria attività al principio democratico.

legittima all'intervento nel procedimento consiste non solo nella possibilità di subire un pregiudizio dal provvedimento conclusivo del procedimento in corso, ma anche nella posizione dei soggetti "...nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti..."²⁹ (art. 7 della legge 241/1990), la *ratio* della previsione appare ragionevolmente essere quella di consentire a tutti coloro che possono comunque subire delle conseguenze dal procedimento in corso, di "far presente" (rappresentare, appunto) la propria posizione rispetto alla decisione da assumere, o comunque addurre elementi utili ai fini della deliberazione dell'autorità decidente. In questo senso assume una valenza specifica l'assunzione dei principi di cui alla legge 241/1990 tra i principi generali dell'ordinamento, oltre, dunque, i confini propri del diritto amministrativo. E ciò in funzione di una lettura sostanzialistica dei principi democratico e della sovranità popolare di cui all'art. 1 della Costituzione repubblicana; questi comportano non solo la necessità della legittimazione popolare (attraverso il *continuum* corpo elettorale-Parlamento) dei pubblici poteri, ma anche la

Ciò si desume, oltre che dall'impianto complessivo delle norme costituzionali sull'amministrazione, e da quelle che connotano più direttamente la forma di Stato, dalla norma di cui all'art. 52 della Costituzione, che ipostatizza il principio democratico come principio-guida nell'organizzazione delle forze armate. Se infatti tale principio viene espressamente sancito dal legislatore costituente per il settore della pubblica amministrazione che più degli altri è stato sempre imperniato su relazioni gerarchiche funzionali e personali particolarmente stringenti, *a fortiori* il principio democratico deve essere ritenuto immanente all'organizzazione delle altre branche dell'amministrazione dello Stato e degli enti pubblici (su questo tema, si vedano le splendide pagine di V. BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Giuffrè, Milano, 1962). La pubblicità degli atti è corollario irrinunciabile della democraticità, ed è regola generale, mentre la segretezza è regime eccezionale e transitorio, e deve trovare giustificazione in altri interessi costituzionalmente rilevanti. Da qui la ideazione della nota immagine dell'"amministrazione-casa di vetro", cioè di un'amministrazione che faccia della trasparenza e della conoscibilità dei propri atti un criterio cardine dell'organizzazione (profilo soggettivo) ed un principio-guida nell'esercizio delle sue funzioni (profilo oggettivo) (cfr. G. MARONGIU E G. C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1992, ed ivi, in particolare, F. BENVENUTI, *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico contemporaneo: traccia per la discussione*, 13 e sgg.). La legge 241/90 ha codificato in via generale il principio della pubblicità come principio fondamentale dell'attività amministrativa (art. 1) e ha istituito un ampio strumentario di tutela del cittadino di fronte al "segreto" dell'amministrazione procedente. L'art. 25 concede infatti ai singoli o ai gruppi legittimati un'*actio ad exhibendum* nei confronti della pubblica amministrazione che non consenta l'esercizio del diritto di accesso, mentre l'art. 8 descrive dettagliatamente l'obbligo di contenuto delle informazioni che il responsabile del procedimento deve fornire agli interessati in occasione dell'avvio del procedimento. Norme analoghe sono previste anche nella legge n. 142/1990 recante l'ordinamento delle autonomie locali (in particolare all'art. 7).

²⁸ La suprema magistratura amministrativa ha espressamente definito le norme della legge n. 241/1990 come integranti "principi generali dell'ordinamento", "regole essenziali e indefettibili" (Consiglio di Stato, sez. V, 2 febbraio 1996, n. 132, in *Foro amm.*, 1996, 506). Questa collocazione, condivisa da chi scrive, riconosce alla partecipazione uno *status* che esorbita dai confini del diritto amministrativo, e ne fa una categoria generale del diritto pubblico, utile anche ai fini di una ricostruzione (ambiziosa e problematica) di una teoria generale dei procedimenti di formazione delle decisioni pubbliche.

²⁹ Sono infatti richiamati dall'art. 10 L. 241/1990, e possono dunque, "partecipare" al procedimento, sia gli interventori cd. "necessari" (coloro che sono destinatari degli effetti diretti del provvedimento, coloro che la legge indica di volta in volta nelle norme speciali, coloro che possono subire un pregiudizio dal provvedimento), che gli interventori cd. "facoltativi" (tutti i soggetti, pubblici o privati e i portatori di interessi diffusi costituiti in comitati e associazioni, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento).

necessarietà della democraticità sia del modo di esercizio di questi, che dell'individuazione delle finalità perseguite³⁰. Il principio della partecipazione è intimamente collegato al principio democratico, perché "...tendenzialmente, in ogni interstizio cui la legge lasci un margine di scelta, la decisione deve essere giustificata da una qualche forma di partecipazione..."³¹. In questa prospettiva, "...l'azione amministrativa, anche quando è espressione del potere discrezionale, deve tendere a soluzioni condivise e, per quanto possibile, concordate con gli interessati e, al pari che nelle procedure giurisdizionali, il provvedimento finale dei procedimenti amministrativi dev'essere il frutto della dialettica con gli interessati e non di decisione unilaterale; ciò perché il principio democratico esige che ogni potere pubblico di scelta che residui rispetto alla legge sia controbilanciato da forme di contraddittorio, partecipazione e pubblicità..."³².

In una prospettiva simile, l'istituto della partecipazione è stato anche letto come strumento di legittimazione *lato sensu* politica dell'esercizio del potere amministrativo, in particolare di quello discrezionale, che ne rappresenta certamente la modalità d'esercizio virtualmente più delicata, con riguardo al possibile sacrificio delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte³³. In realtà, la lettura da ultimo citata appare a mio avviso insufficiente, laddove, pur muovendo dalla premessa di una sottolineatura della valenza garantistica e di tutela propria dell'istituto della partecipazione, finisce poi per radicarne la *ratio* ultima lontano dalla sua effettiva dimensione, che è quella della sfera dell'esercizio dei diritti e delle facoltà dei singoli e dei corpi sociali, per allocarla in una (a mio avviso) "fumosa" funzione di legittimazione dell'"...operato e della stessa esistenza" dell'amministrazione³⁴. In realtà l'amministrazione, anche quella di regolazione, non abbisogna di alcuna legittimazione e di alcun fondamento diversi dalla legge, come ben sanno i cittadini che hanno subito lesioni alle proprie situazioni giuridiche soggettive, a nulla rilevando, sul piano della legittimità dell'attività amministrativa subita, e quindi delle effettive possibilità di tutela giudiziale, la legittimazione dell'operato e dell'esistenza dell'amministrazione. Le virtualità più spiccate dell'istituto della partecipazione vanno invece a mio parere ricercate inquadrando tale tematica nel dibattito in materia di "giusto procedimento". L'analisi del più recente istituto del dibattito pubblico pare offrire peraltro alcune conferme al riguardo. Anche nel caso delle grandi opere, a ben vedere, ciò che conta è

³⁰ Lariccia sostiene che la sovranità popolare esclude la possibilità di imputare la titolarità dell'interesse generale all'ente-Stato, e considera piuttosto l'interesse generale come un esempio di interesse collettivo, proprio cioè del singolo, ma in quanto membro della comunità generale (S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, Milano, 1967, 20-21).

³¹ A. PUBUSA, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino 1996, 47. Già M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 226, aveva costruito la partecipazione come intervento nell'ambito di un procedimento di esercizio del pubblico potere.

³² A. PUBUSA, *op. ult. cit.*, 49.

³³ Così G. CORSO, *Conclusioni*, in *L'attuazione della legge 241/90. Risultati e prospettive*, atti del Convegno dell'Università di Macerata, 21-22 giugno 1996, Giuffrè, Milano, 1997, 55-59, 59.

³⁴ G. CORSO, *op. cit.*, 59.

arrivare a modalità decisorie le più eque possibili, nel quadro di una ponderazione bilanciata di tutti gli interessi coinvolti.

5. Il principio del “giusto procedimento” e la configurazione di un procedimento di formazione delle decisioni pubbliche come categoria unitaria, tra “suggestive prospettive di ricerca”

Il dibattito sul giusto procedimento è particolarmente risalente e trova un momento di accelerazione nel 1962. Nel 1962, infatti, la Corte costituzionale consegna agli studiosi del diritto pubblico una sentenza di notevole interesse, e il relativo commento di Vezio Crisafulli resta un passaggio ineludibile per gli approfondimenti successivi³⁵. La Corte riconosce l'esistenza di un principio generale dell'ordinamento in forza del quale, ogni qualvolta si decida di apportare limitazioni ai diritti dei cittadini, ciò deve avvenire non solo sulla base di apposite prescrizioni di legge, ma anche a seguito di procedimenti amministrativi nei quali le autorità competenti espletino gli adempimenti relativi, effettuino i dovuti accertamenti, collaborando eventualmente con altri soggetti pubblici, e, soprattutto, pongano “...i privati interessati in condizioni di esporre le proprie ragioni...”. Accanto alla riserva di legge, cioè, la Corte pare costruire una sorta di “riserva di amministrazione”, valevole se non per le fonti primarie statali, almeno per quelle regionali. Se, infatti, una Regione disponesse con legge una o più limitazioni delle sfere giuridiche soggettive di uno o più cittadini, eluderebbe i principi del giusto procedimento, ricorrendo ad una forma dell'agire giuridico per eccellenza libera nel fine e non bisognosa di motivazioni, data la natura politica, e impedendo conseguentemente agli interessati di far valere le proprie ragioni. La qualificazione del principio del giusto procedimento come principio generale dell'ordinamento è infatti strumentale - nell'ottica della Corte - all'inclusione di questo tra i limiti alle potestà legislative regionali. Una certa facoltà partecipativa - anche se questo termine non viene usato dalla Corte - viene poi ritenuta ancora più necessaria in costanza di poteri amministrativi sanzionatori: “...ed alla limitazione di diritti si accompagna, di regola, la possibilità per l'interessato di esporre le proprie ragioni, specialmente prima che gli sia inflitta una sanzione...”, si legge nella motivazione.

In ogni caso, ciò che più qui conta sottolineare è l'enucleazione di un sistema complesso di protezione delle situazioni giuridiche soggettive articolato su tre pilastri: la riserva di legge, cui l'ordinamento consegna il compito di prefigurare le ipotesi generali ed astratte che giustificano l'intervento limitativo delle pubbliche autorità; la rappresentanza dei propri interessi esercitata da soggetti individui o collettivi nelle forme proprie del procedimento amministrativo; la possibilità di ricorrere all'autorità giurisdizionale contro decisioni illegittime. Conta meno in questa sede approfondire la

³⁵ Si tratta della sentenza 2 marzo 1962, n. 13, in *Giur. cost.*, 1962, 126 e ssg., con nota di V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, 130-143.

ratio propria dell'intervento partecipativo, se sia rintracciabile nella "...tutela del proprio interesse...", o sia "...a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico..."³⁶, o vada piuttosto rinvenuta in altre finalità. Il collegamento che il principio del giusto procedimento presenta con il piano della tutela giurisdizionale è infatti uno dei perni essenziali sui quali ruota il complesso sistema di garanzia articolato sui tre momenti, e non è un caso che su questo punto la Corte aderisca alle allegazioni in tal senso della difesa della parte privata del giudizio *a quo*: questa aveva appunto lamentato un'indebita limitazione del sindacato giurisdizionale nella legge regionale che, applicando un regime vincolato all'intero territorio della Regione, aveva di fatto eroso il "diritto alla giurisdizione" (art. 113 Cost.) di quei cittadini che potevano legittimamente agire contro i provvedimenti restrittivi della propria sfera giuridica vantando un interesse di natura oppositiva³⁷.

La legge non può insomma costituire l'abito formale per sottrarre i *vulnera* ai diritti dei cittadini alla cognizione del giudice e per impedire loro di "esporre le proprie ragioni".

Sulla stessa scia, la giurisprudenza successiva della Corte, che non manca di ribadire come la limitazione di attività qualificabili come esercizio di diritti soggettivi non possa essere disposta direttamente dalla legislazione regionale, senza la garanzia di un procedimento che offra agli interessati adeguati spazi di intervento e di partecipazione³⁸.

È vero che la Corte pose espressamente su un piano diverso la potestà legislativa statale e quella regionale, riconoscendo il "giusto procedimento" come principio dell'ordinamento giuridico dello Stato e quindi predicandone l'inderogabilità per le Regioni ma non per il legislatore statale, ma è anche vero che la legislazione statale, pur potendo derogare a tale principio, assai spesso, in casi di particolare rilevanza, ne ha fatto un canone fondamentale di tecnica normativa: la Corte cita gli esempi della legge sulle espropriazioni per pubblico interesse e della legge urbanistica, e cita soprattutto un caso, quello relativo alla riforma fondiaria, in cui pur provvedendo con atti aventi forza di legge alle limitazioni delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, lo Stato ha comunque atteso al principio in parola, configurando quegli atti come "...l'epilogo di un procedimento durante il quale gli interessati hanno potuto addurre le

³⁶ Corte costituzionale, *ult. sent. cit.*, punto 3 del considerato in diritto, 141.

³⁷ La dottrina amministrativistica più attenta ai profili delle garanzie non ha mancato di sottolineare con preoccupazione l'erosione dell'area della giurisdizione come uno degli esiti più pericolosi nei processi di trasformazione dell'assetto dell'apparato amministrativo nazionale attualmente in atto. Si veda al riguardo, e con particolare riferimento alla proliferazione delle autorità indipendenti, F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, fasc. 11-12, 3303-3327.

³⁸ Nel caso deciso con la sentenza n. 212 del 1972, la Corte costituzionale rigettò la questione di legittimità costituzionale promossa con riferimento ad una legge del Friuli Venezia Giulia, che identificava direttamente talune aree in riserve di caccia, senza alcun rinvio a procedimenti amministrativi, proprio sulla base dell'argomento per cui la caccia non può essere considerata oggetto di un diritto soggettivo (cfr. A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico. Casi e materiali*, Giuffrè, Milano 1999, 336).

difese utili nell'ambito di quel sistema"³⁹. Quasi cioè ad indicare che, pur nel rispetto delle scelte politiche del legislatore nazionale, il principio del giusto procedimento sia almeno canone auspicabile, se non principio giuridicamente vincolante, di tecnica di redazione delle norme di legge, oltre che principio immanente la funzione amministrativa (Crisafulli parla di "valore direttivo nei rapporti con la legge statale"⁴⁰).

Ma c'è di più.

Allorquando la Corte riconduce il principio in parola alla categoria dei principi generali dell'ordinamento, aggiunge sì che questi non vincolano il legislatore nazionale, ma solo a condizione che "...non si identifichino con norme o principi della Costituzione..."; nel caso cioè che un principio generale dell'ordinamento integri anche un principio o una norma costituzionale, o, in altre parole, riceva "copertura costituzionale", tale principio sarebbe cogente anche per il Parlamento. Ciò viene espressamente escluso nel caso di specie. Ma siamo certi che gli sviluppi normativi in materia di procedimento amministrativo, le linee di tendenza verso le quali l'ordinamento giuridico faticosamente e dialetticamente si indirizza, soprattutto oggi alla luce dell'integrazione europea, in qualche modo non consentano al lettore di quella pronuncia ormai antica di dubitare dell'assunto allora formulato con sicurezza dal giudice delle leggi? E' possibile che l'ordinamento costruisca un sistema complesso di protezione delle situazioni giuridiche soggettive articolato su tre pilastri, dei quali solo il primo - la riserva di legge - e il terzo - la tutela giurisdizionale - abbiano copertura costituzionale, mentre il secondo - il giusto procedimento - ne sarebbe sprovvisto? In ogni caso, per l'interprete che si sforza di cogliere le virtualità democratiche dell'istituto della partecipazione, troppo forte è la tentazione di ricercare una copertura costituzionale al principio del giusto procedimento, proprio raccogliendo "...le suggestive prospettive di ricerca *che* si aprono nell'ordine problematico evocato dalla sentenza annotata"⁴¹.

6. L'antecedente storico della partecipazione al procedimento: le deduzioni e le osservazioni delle parti "ammesse" ai sensi dell'art. 3, L. 20 marzo 1865, n. 2248

Già Crisafulli distingueva, nel commentare la sentenza citata, due profili rinvenibili nella ricostruzione del principio operata dalla Corte: il profilo contenuto nell'affermazione del principio di legalità in base al quale l'amministrazione adotta provvedimenti restrittivi delle sfere giuridiche dei cittadini sulla base di ipotesi normative generali ed astratte, ed il profilo più propriamente procedimentale ai sensi

³⁹ Corte costituzionale, *ult. sent. cit.*, punto 3 del considerato in diritto, 141. Sul punto vedi A. CERVATI, *La delega legislativa*, Giuffrè, Milano, 1972, 64-65 (note n. 47 e 48).

⁴⁰ V. CRISAFULLI, *op. cit.*, 134.

⁴¹ V. CRISAFULLI, *op. cit.*, 142.

del quale il provvedimento deve conseguire ad un procedimento che consenta ai soggetti nei confronti dei quali è destinato a produrre effetti di rappresentare, appunto, i propri interessi⁴². L'Autore evidenzia magistralmente la valenza garantistica della sussistenza di "un margine", di "uno stacco" "tra la legge e l'atto applicativo, tra la norma e il provvedimento", che consente appunto la "raffrontabilità dell'atto di volta in volta posto in essere alla norma", e che costituisce, secondo il Nostro, il significato più pregnante del principio di legalità, fino a costruire una vera e propria riserva di amministrazione o riserva di provvedimento, in forza della quale devono essere i provvedimenti amministrativi, certo sulla base di norme di legge, a limitare i diritti e gli interessi dei cittadini.

È invece sul terreno di quelle che Crisafulli chiama "garanzie interne al procedimento" che la valutazione diviene più problematica; e non perché non si avvertano nelle statuizioni della Corte le implicazioni di una coraggiosa apertura nella direzione di un'amministrazione più vicina alle istanze degli amministrati, ma proprio perché l'Autore avverte lo iato tra quelle e lo stato del diritto positivo vigente al momento in cui scrive. Quelli della Corte dovevano apparire a Vezio Crisafulli dei *desiderata*, delle pregevoli e raffinate indicazioni programmatiche circa auspicabili linee di sviluppo dell'ordinamento, visto che nel 1962 la base normativa per un ancoraggio positivo della facoltà di "esporre le proprie ragioni" in un procedimento amministrativo era l'art. 3 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, abolitrice del contenzioso amministrativo. Questa legge, dopo aver devoluto alla cognizione del giudice ordinario le questioni relative ai "diritti civili e politici" (leggi: diritti soggettivi), recita all'art. 3: "*Gli affari non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti alle autorità amministrative, le quali ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati, previo parere dei consigli amministrativi che per diversi casi siano dalla legge stabiliti. Contro tali decreti, che saranno scritti in calce del parere egualmente motivato, è ammesso il ricorso in via gerarchica in conformità delle leggi amministrative*".

Questo scarso riferimento testuale è stato per lungo tempo il principale dato normativo in sostegno delle tesi che riconoscevano un fondamento positivo all'istituto del contraddittorio. Il primo studioso che sostenne l'applicabilità della norma in parola all'intera attività amministrativa oltre che ai ricorsi gerarchici era stato, pur problematicamente e con alcune oscillazioni ricostruttive, il Cammeo⁴³. Con maggiore decisione lo Zanobini, nel secondo dopoguerra, riterrà senz'altro il contraddittorio riferibile "...al procedimento di formazione dell'atto amministrativo, prima cioè

⁴² V. CRISAFULLI, *op. cit.*, 131.

⁴³ F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, 1919, II, Giuffrè, Milano, II. ed., 512 ss.. Il Cammeo pare in realtà attribuire efficacia solo programmatica al principio di cui all'art. 3, che ritiene comunque confermato dalla legislazione e dalla prassi amministrativa successiva. In un momento successivo della sua elaborazione, l'Autore pare invece escludere che l'art. 3 legittimi un vero e proprio diritto di partecipazione al procedimento (F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1960, 343).

dell'emanazione di esso e quale elemento che può contribuire alla formazione di un atto legittimo, giusto ed opportuno..."⁴⁴.

Al momento dunque in cui Crisafulli commenta la sentenza n. 13/1962 della Corte costituzionale, la dottrina amministrativistica italiana è appena arrivata a concepire il contraddittorio (non si parla ovviamente ancora di "partecipazione") come istituto proprio

dell'attività amministrativa di primo grado, oltre che di quella di secondo grado e, com'è ovvio, del diritto amministrativo processuale⁴⁵.

Malgrado gli orientamenti dottrinari descritti, pur tuttavia, a dimostrazione di quanto le elaborazioni teoriche legate al principio democratico abbiano fatto fatica a farsi breccia presso gli operatori del diritto, la giurisprudenza, fino addirittura a metà degli anni ottanta, conservava un atteggiamento alquanto restrittivo nei confronti dell'istituto. L'art. 3 continuava ad essere per lo più interpretato come norma programmatica, e se ne escludeva conseguentemente la portata generale, ammettendo la facoltà in capo al "partecipante" di addurre "osservazioni e deduzioni" solo in presenza di un'esplicita disposizione di legge⁴⁶.

Ciò che colpisce di tali ricostruzioni, è l'assoluta indifferenza del giudice verso il dato costituzionale. È pur possibile che la dottrina italiana possa avere alle volte in questo campo percorso i tempi, quasi indicando la strada al legislatore, ma pronunzie del genere sembrano effettivamente appartenere ad altre epoche del diritto pubblico, quando il sovrano statuiva che *"...le suppliche, che riguarderanno materie meramente graziose, o che saranno miste di Giustizia e di Grazia, dovranno riferirsi a Noi per avere le Nostre determinazioni..."*⁴⁷. La riduzione a mere enunciazioni programmatiche, o a norme senza efficacia precettiva, di norme costituzionali certamente pertinenti (artt. 97, 98 Cost.), la valutazione di non pertinenza di altre norme costituzionali, come l'art. 24 Cost., in astratto spendibili ai fini dell'affermazione dell'esistenza di un principio generale di contraddittorio amministrativo nell'ordinamento italiano inducono nell'interprete il sospetto che il giudice amministrativo acceda ancora, a metà degli anni ottanta, ad antiche concezioni del diritto pubblico, secondo il quale il diritto amministrativo sta, e il diritto costituzionale passa (O. Mayer).

⁴⁴ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 1958, 81.

⁴⁵ La dottrina successiva allo Zanobini si orienterà per lo più nel solco dell'impostazione zanobiniana (si vedano ad esempio G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Cedam, Padova, 1971, 64 e ssg., e M. NIGRO, *Prefazione*, in AA. VV., *Partecipazione e regioni*, atti del Convegno della fac. di Sc. pol. di Teramo, 1979-1980, 29).

⁴⁶ Cfr. TAR Sardegna 23 novembre 1976, n. 310, in *TAR*, 1977, p. 300 e ssg.; TAR Calabria, Catanzaro, 19 gennaio 1983, n. 3, *ivi*, p. 262 e ssg.; TAR Campania, Salerno, 5 luglio 1983, n. 315, in *TAR*, 1983, I, p. 2671 e ssg..

⁴⁷ Così le Costituzioni piemontesi del 1723, proclamate da Vittorio Amedeo II di Savoia.

7. L'imparzialità amministrativa e l'interpretazione dell'interesse rappresentato

Già nel 1965, invece, Umberto Allegretti sosteneva la tesi del fondamento costituzionale del contraddittorio, collegando l'istituto al più generale principio dell'imparzialità amministrativa (art. 97 Cost.)⁴⁸. La norma di cui all'art. 97 della Costituzione ha in verità conosciuto un percorso interpretativo alquanto faticoso, forse anche a ragione della stringatezza del disposto costituzionale, rilevata da autorevole dottrina⁴⁹. In una ricostruzione della funzione amministrativa⁵⁰ come attività imperniata sul canone dell'unilateralità, per cui appunto l'interesse pubblico è affidato alla cura di una certa amministrazione, che unilateralmente lo persegue attraverso procedimenti "impermeabili" alle istanze degli interessati, le virtualità del principio di imparzialità sono restate a lungo depresse⁵¹. L'imparzialità è rimasta pertanto per molto tempo confinata a principio immanente il profilo soggettivo dell'amministrazione, come obbligo di neutralità del pubblico funzionario, e tutt'al più divieto di disparità di trattamento nell'attività discrezionale di composizione degli interessi coinvolti.

L'essenzialità del contributo di Allegretti è stata proprio nell'aver rilevato come la configurazione in senso soggettivo del principio contenga invece in sé gli elementi per un suo superamento in una più penetrante interpretazione oggettivistica del principio stesso.

⁴⁸ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova, 1965.

⁴⁹ F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, voce dell' Enc. giuridica Treccani, XV, Roma, 1989.

⁵⁰ Intorno alla categoria concettuale di funzione amministrativa la scienza del diritto amministrativo ha costruito pagine di grande raffinatezza teorica. La manualistica tradizionale definisce, come si è visto, la funzione come attività volta ad uno scopo. Alla base della identificazione del concetto di funzione con quello di attività sta la pandettistica tedesca e la tradizione germanica della concezione organica dello Stato. A questa tradizione si può ricondurre ragionevolmente - con tutte le riserve che simili sistematizzazioni sempre presentano - il filone dominante della dottrina italiana, cioè quello dell'approccio oggettivo alla categoria di funzione (Ranelletti, Orlando).

L'approccio soggettivo alla categoria della funzione, cioè quello che identifica tale soggetto con il potere o la potestà piuttosto che con l'attività, è invece di derivazione francese. Nella cultura statale francese, da Montesquieu in poi, il collegamento e la riconduzione della funzione alla pubblica autorità è strumentale ad un disegno di garanzia e di tutela del privato cittadino. L'illuminismo è sempre stato più sensibile al tema delle garanzie e dell'equilibrio dei poteri pubblici - che dal primo ovviamente discende come condizione indispensabile di sicurezza per i sudditi - piuttosto che a quello dell'elaborazione di meccanismi idonei a consentire ai cittadini i poteri necessari per la direzione dello Stato. Tale approccio viene filtrato nel pensiero giuridico italiano dall'opera di Santi Romano (cfr. S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1949). Al padre della teoria dell'ordinamento giuridico si deve la difficile sintesi tra le due tradizioni qui sinteticamente (e semplicisticamente) descritte; sintesi che vede nella funzione sì un'attività, ma un'attività qualificata dalla sua imputabilità ad un soggetto dotato di potestà imperative, cioè allo Stato. E l'imperatività trova giustificazione proprio in quanto l'autorità procedente fa valere un interesse non suo proprio, o almeno "non suo" nel senso di non ascrivibile alla sfera degli interessi privati delle persone fisiche o giuridiche che agiscono; l'interesse perseguito, infatti, è alieno, oggettivo, altro da quello privato, super individuale, in una parola, pubblico. Ecco che la figura dell'interesse pubblico si pone come fondamento, spiegazione, ragione di essere della pubblica funzione, cioè della attribuzione di poteri imperativi alle autorità statuali che agiscono.

⁵¹ A. PUBUSA, *L'attività amministrativa...*, op. cit., 24.

Se infatti l'imparzialità è innanzi tutto una condizione soggettiva del funzionario pubblico nel momento della composizione discrezionale degli interessi che integra il contenuto decisorio del provvedimento amministrativo, diviene gioco forza necessario consentire ai titolari di quegli interessi, pubblici o privati, individuali o collettivi che siano, di rappresentarli all'interno del procedimento stesso. E ciò, non soltanto perché diversamente l'efficacia della sintesi operata dall'amministrazione sarebbe alquanto dubbia, ma soprattutto per un ordine di ragioni che ha a che fare con l'intima essenza della funzione rappresentativa. Un primo essenziale momento nell'attività di rappresentanza di interessi consiste proprio nell'interpretazione dell'interesse stesso; conseguentemente, non può certo risultare indifferente che un certo interesse sia rappresentato direttamente dal suo titolare, o sia piuttosto interpretato da un altro soggetto. Se fosse l'amministrazione procedente a farsi carico dell'istanza o della prospettazione dell'interesse propria di un determinato soggetto, priveremmo tale soggetto di un momento essenziale e costitutivo della rappresentanza stessa⁵². La funzione rappresentativa non tollera infatti di essere esercitata da soggetti diversi da quello effettivamente preposto alla cura dell'interesse medesimo, a meno di non snaturare del tutto i caratteri essenziali ed indefettibili della funzione. L'interpretazione dell'interesse è infatti indefettibilmente connessa alle successive attività di promozione e di protezione dello stesso; nei casi di partecipazione delle formazioni sociali, quando la rappresentanza di interessi è corredata di una vera e propria *leadership* culturale, l'interpretazione dell'interesse diviene riformulazione del bisogno collettivo, e costituisce propriamente espressione dell'egemonia di un gruppo dirigente nei confronti della base rappresentata⁵³. L'art. 97 postula allora inevitabilmente la partecipazione al procedimento dei soggetti coinvolti; perché la rappresentazione degli interessi nel procedimento sia effettivamente tale, e non una mera finzione, non si può non ammettere che a rappresentare tali interessi nel procedimento siano proprio i titolari degli stessi interessi coinvolti.

In questa logica, dunque, al pensiero di Allegretti è possibile ascrivere le tendenze ad ancorare l'istituto della partecipazione al procedimento alla base costituzionale costituita dall'art. 97 Cost., o, meglio a riconoscere nell'art. 97 virtualità espansive nel senso di modellare l'esercizio in concreto delle funzioni amministrative in una direzione di maggiore permeabilità rispetto agli interessi coinvolti nel procedimento stesso. Senza che questo comporti ovviamente un cedimento sistematico delle ragioni di pubblico interesse a fronte delle istanze private. Non è infatti mancato in dottrina chi

⁵² F. GIGLIONI, S. LARICCIA, *Partecipazione dei cittadini*, cit., colgono il nesso tra rappresentanza di interessi e partecipazione al procedimento amministrativo, evidenziando una definizione funzionale della partecipazione, che si denoterebbe, appunto, come "...libera manifestazione di interessi o di valutazioni...nell'alterità incompressibile dei soggetti coinvolti" (F. GIGLIONI, S. LARICCIA, *op. cit.*, 2).

⁵³ Si fa qui riferimento alla nozione gramsciana di egemonia, intesa come compiuta capacità di direzione che realizza un complesso sistema di relazioni e mediazioni tra la classe egemone e le altre classi, e presuppone indefettibilmente una particolare *leadership* culturale, e poi etico morale, del gruppo dominante (A. GRAMSCI, *Il Risorgimento*, Einaudi, Torino 1954, VI ed., 70).

ha ritenuto di leggere il collegamento tra partecipazione al procedimento ed imparzialità come potenzialmente ambiguo, idoneo da un lato a garantire spazi e momenti opportuni di rappresentazione degli interessi privati nel procedimento, dall'altro a preservare comunque spazi di autodeterminazione e di responsabile discrezionalità in capo all'amministrazione, ritenendo piuttosto che l'imparzialità possa costituire in talune occasioni l'ultima risorsa per impedire, all'ombra di una rassicurante "visione angelicata della partecipazione", inaccettabili derive di occupazione privata della cosa pubblica⁵⁴.

8. Il principio del buon andamento e la partecipazione delle formazioni sociali

Anche però a voler ragionare in un'ottica del tutto diversa, e cioè senza riconnettere alla partecipazione procedimentale spiccate virtualità nel senso della promozione di forme di vera e propria democrazia amministrativa, l'istituto sembra dotato di copertura costituzionale. Se infatti si accede alla ricostruzione della funzione dell'istituto in termini meramente collaborativi, di potenziamento cioè, delle capacità conoscitive dell'amministrazione procedente, e si costruisce quello partecipativo come un subprocedimento inserito a fini meramente strumentali nella fase istruttoria, anche in questo caso, comunque, si può ragionevolmente dubitare dell'attitudine del provvedimento finale di un procedimento "non partecipato" a perseguire efficacemente l'interesse pubblico primario, quale esso sia. I soggetti che intervengono nel procedimento possono infatti addurre elementi di notevole rilevanza per l'amministrazione, e fornire ad essa un quadro di fatto e di diritto che difficilmente potrebbe ottenere grazie alle sue sole risorse. E ciò vale soprattutto per la partecipazione dei soggetti collettivi, di quegli enti, cioè, che l'art. 9 della legge 241/1990 chiama "comitati e associazioni", e che possiamo genericamente intendere come formazioni sociali. Soggetti chiamati a svolgere un ruolo centrale anche nella logica del dibattito pubblico, come conferma l'art. 8. DPCM cit. In molti casi poi, le formazioni sociali coinvolte nel procedimento possono rendere un contributo informativo all'amministrazione che può essere nei fatti insostituibile, di gran lunga superiore a qualsiasi risultato che ci si possa aspettare dal funzionario responsabile del procedimento, *dominus* della fase istruttoria, o dal coordinatore del dibattito, nell'ambito del *debat public*. Si pensi ad alcune amministrazioni di piccole dimensioni organizzative, come ad esempio alcuni enti locali, pure dotati di competenze assai rilevanti in materia di governo del territorio, e ad un procedimento o ad un dibattito pubblico dove partecipi magari un'organizzazione nazionale o internazionale di difesa dell'ambiente, con dotazione di risorse umane e materiali infinitamente superiore. È di palmare evidenza che, ferma restando la responsabilità della decisione amministrativa

⁵⁴ C. PINELLI, Art. 97, 1° comma, parte II, in *La pubblica amministrazione*, art. 97-98, *Commentario della Costituzione* (fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO), 71.

in capo all'amministrazione, il contributo tecnico e di conoscenza di una certa problematica ambientale fornito da un'organizzazione complessa di tale entità è di ordine assolutamente non comparabile rispetto alle acquisizioni che potranno essere realizzate dall'ufficio competente dell'ente locale. E come può un'amministrazione che non raccolga tutte le informazioni necessarie per la conoscenza della situazione di fatto e di diritto produrre una sintesi ben ponderata ed efficace degli interessi coinvolti, pubblici o privati, individuali o collettivi che siano, e soprattutto tutelare nel modo migliore l'interesse primario? Se mi si consente l'immagine, un'amministrazione che proceda come un treno che non faccia fermate, lasciando a piedi i viaggiatori che attendono alle varie stazioni, anzi che addirittura ne travolga qualcuno che cerchi di salire al volo mentre le vetture rallentano, sarebbe un'amministrazione manifestamente contraria al canone costituzionale del buon andamento.

Alla stessa conclusione possiamo arrivare perfino accedendo ad una terza interpretazione dell'istituto della partecipazione. Mi riferisco alla posizione di chi ritiene che la partecipazione, specie quella dei soggetti collettivi, spesso più organizzati e "battaglieri" degli interventori individuali, realizzi una sorta di anticipazione del contraddittorio giudiziale già in sede di amministrazione attiva, scongiurando, o quantomeno riducendo, le possibilità di successive impugnative⁵⁵. Il ragionamento su cui si basa tale ricostruzione muove dal presupposto che il consentire già nella sequenza procedimentale la rappresentazione degli interessi dei soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre i suoi effetti può condurre ad una decisione più condivisibile, se non addirittura effettivamente condivisa, e pertanto evitare che l'atto giuridicamente efficace sia soggetto ad impugnazioni in sede giurisdizionale, o a ricorsi amministrativi. Posto che nessun intervento nel procedimento può inibire al soggetto la successiva presentazione di un ricorso, pena la lesione dell'art. 111 Cost., e posto che il fatto che l'interessato abbia eventualmente già rappresentato le proprie posizioni dinanzi all'amministrazione procedente non può essere considerato elemento che concorra alla formazione del libero convincimento del giudice riguardo all'integrazione delle prove⁵⁶, anche la ricostruzione dell'istituto da ultimo descritta,

⁵⁵ "...la partecipazione al procedimento amministrativo è teoricamente e funzionalmente essenziale in quanto la previsione generalizzata di un contraddittorio anticipato, rispetto al provvedimento, è destinata ad assicurare non solo la garanzia del privato, ma altresì l'interesse pubblico alla completezza dell'istruttoria nonché a prevenire possibili motivi di contenzioso" (Tar Molise, 7 febbraio 1984, n. 28, in A. CERRI, *op. ult. cit.*, 338).

⁵⁶ Il problema della distinzione tra legittimazione procedimentale e legittimazione processuale merita un approfondimento. Infatti, se la circostanza per cui la partecipazione al procedimento non interferisce con la legittimazione a ricorrere avverso il provvedimento adottato a seguito del procedimento "partecipato" può essere considerata un momento di garanzia del cittadino, giacché non gli impedisce di agire per la tutela dei suoi diritti o interessi, per altro verso tale separatezza può spesso comportare che chi ha titolo per partecipare al procedimento amministrativo non lo ha per proporre ricorso: come la partecipazione non inibisce la legittimazione a ricorrere, così essa non ne comporta l'acquisizione, che resta pur sempre vincolata agli indefettibili presupposti della natura personale, attuale, diretta dell'interesse vantato dal ricorrente. In un caso relativamente recente, il Consiglio di Stato ha escluso la legittimazione a ricorrere di un'associazione di consumatori (Codacons) avverso provvedimento dell'autorità garante per la

cioè quella di una anticipazione del contraddittorio, ha evidentemente a che fare con l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa, e cioè con il principio del buon andamento, così come esplicitato anche nell'art. 1 della legge n. 241/1990.

Insomma, sia che si veda nella partecipazione un'espressione del principio democratico e la si colleghi pertanto al principio dell'imparzialità inteso in senso oggettivo, sia che, più riduttivamente, si consideri la partecipazione un istituto rientrante nell'economia della fase istruttoria, o, ancora, uno strumento di deflazione del carico giurisdizionale, e la si colleghi pertanto al principio del buon andamento, ciò che l'interprete non può mancare di rilevare, è che la rappresentanza degli interessi nella funzione amministrativa ha ormai sicuramente un ancoraggio costituzionale. Un ancoraggio che il Crisafulli, all'inizio degli anni sessanta, poteva solo parzialmente intravedere. Alla fine delle suggestive prospettive di ricerca da questi colte fin già nella sentenza n. 13/1962, vi è allora, secondo il ragionamento proposto, l'ancoraggio costituzionale del principio del giusto procedimento, inteso come principio in forza del quale i destinatari di una decisione dovrebbero essere messi in grado di rappresentare i propri interessi di fronte all'autorità decidente; viene così completato quel circuito di garanzia costituzionale del cittadino di fronte al pubblico potere che ruotava e ruota attorno ai tre pilastri della riserva di legge, del diritto di agire in giudizio, e, per l'appunto, del giusto procedimento. Un circuito che, com'è evidente a chi scrive, ha che fare con l'essenza della forma di Stato italiana, con il "dogma" della sovranità popolare⁵⁷. Quello che già nel 1962 la Corte poteva ritenere principio generale dell'ordinamento, e pertanto limite alle potestà legislative regionali, ma solo criterio dal valore direttivo per il legislatore nazionale, è oggi, ad avviso di chi scrive, principio generale dell'ordinamento di rango costituzionale, e quindi principio giuridico vincolante anche nei confronti del legislatore nazionale, oltre che di quello regionale.

9. La faticosa ricerca del fondamento costituzionale della partecipazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale⁵⁸

La Corte costituzionale si è di frequente occupata di queste materie, sancendo che i principi di cui alla legge 241/90, lungi dal doversi ritenere propri solo della funzione amministrativa, vanno considerati a tutti gli effetti principi generali dell'ordinamento. Purtroppo, in molte occasioni, la Corte costituzionale ha forse perso l'occasione propizia per raccogliere i risultati delle elaborazioni della migliore dottrina, ed ha finito

concorrenza ed il mercato, laddove pure tale associazione aveva partecipato al relativo procedimento in base all'art. 9 della legge 241/1990 (Consiglio di Stato, sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1792; cfr A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico. Casi e materiali*, Giuffrè, Milano, 1999, 338-339, e 530 e ss.).

⁵⁷ BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano 1969, 42 ss., e 51 ss.

⁵⁸ L'Autore ringrazia la studentessa Irene Stigliano per l'accurata ricerca di giurisprudenza effettuata ai fini della redazione del presente paragrafo.

per perpetuare la considerazione che il principio del “giusto procedimento” non sia “...in quanto tale...un principio assistito in assoluto da garanzia costituzionale...”, sottovalutando pertanto il collegamento che la partecipazione al procedimento presenta con i principi di imparzialità amministrativa e di buon andamento, e con i principi della sovranità popolare e della natura democratica della forma di Stato⁵⁹.

La sentenza da ultimo citata non è che un episodio di un cospicuo filone giurisprudenziale nel complesso coerente nell'escludere copertura costituzionale al principio del “giusto procedimento”, filone che si dispiega lungo tutto un ampio arco temporale, e che dà conto emblematicamente dell'attitudine alla riproposizione sistematica di talune interpretazioni, pur in una cornice ordinamentale indubbiamente mutata⁶⁰.

Anche dopo l'entrata in vigore ed i primi anni di applicazione della legge n. 241 del 1990, la Corte costituzionale resta dunque sostanzialmente ferma nel ritenere che “la disciplina del procedimento amministrativo è rimessa alla discrezionalità del legislatore nei limiti della ragionevolezza e del rispetto degli altri principi costituzionali, fra i quali non è da ricomprendere quello del giusto procedimento amministrativo, dato che la tutela delle situazioni soggettive è comunque assicurata in sede giurisdizionale dagli artt. 24, primo comma, e 113 della Costituzione”⁶¹. In questo contesto, nell'apparato argomentativo del Giudice costituzionale il giusto procedimento non solo non è costituzionalmente necessario per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, ma, a rovescio, proprio l'esistenza della tutela in sede giurisdizionale rende superflua una tutela anticipata in sede procedimentale⁶².

⁵⁹ Corte costituzionale 24 febbraio 1995, n. 57, in *Giur. cost.*, 1995, I, 481 e ss., 483. Il passo richiama anche l'ordinanza n. 503 del 1987. Vedi anche la sentenza n. 197/1994, che peraltro pare collegare la partecipazione ai principi di imparzialità e buon andamento, e la n. 311/1994.

⁶⁰ Numerose sono le decisioni della Corte con le quali il principio del giusto procedimento viene dichiarato privo di copertura costituzionale. Si vedano infatti al riguardo le sentenze n. 59/1965, n. 212/1972, n. 7/1982, n. 91/1982, n. 301/1983, n. 234/1985, n. 48/1986, n. 270/1986, n. 503/1987, n. 45/1988, n. 313/1988, n. 344/1990. In tempi meno risalenti, si segnalano la sentenza 19 marzo 1993, n. 103 dove appunto è escluso che la violazione del principio del giusto procedimento possa integrare un *vulnus* dell'art. 97 Cost., “dato che la tutela delle situazioni soggettive è comunque assicurata in sede giurisdizionale dagli artt. 24 e 113 della Costituzione”. Nella sentenza 24 febbraio 1995, n. 57, la Corte afferma che “se è vero infatti che il “giusto procedimento” in quanto tale non può dirsi un principio assistito in assoluto da garanzia costituzionale [...] è certo ch'esso costituisce sempre almeno un criterio di orientamento, come per il legislatore così per l'interprete.”. Linea poi confermata nella sentenza 31 maggio 1995, n. 210, e poi nella sentenza 12 luglio 1995, n. 312, e in quella 17 marzo 1998, n. 68. Nella sentenza 1° dicembre 2006, n. 397, la Corte Costituzionale, riferendosi al potere sostitutivo esercitato dalle Regioni nei confronti degli enti locali, afferma che: “L'esercizio di un siffatto potere - inserendosi in un procedimento amministrativo in funzione di controllo sostitutivo - soggiace alle regole procedurali eventualmente predeterminate di volta in volta dal legislatore, nonché al principio generale del giusto procedimento, che impone di per sé la garanzia del contraddittorio a tutela degli enti nei cui confronti il potere è esercitato.” riferendosi, quindi, al giusto procedimento in termini di “principio generale”.

⁶¹ Corte costituzionale 12 luglio 1995, n. 312

⁶² Cfr. L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 277 ss.

E tuttavia, alla luce di un'analisi più attenta della giurisprudenza costituzionale, talune "crepe" possono essere rilevate nel corposo filone sopra richiamato. Del resto, autorevole dottrina non ha mancato di sottolineare che, pur constatando un orientamento generale della giurisprudenza costituzionale volto ad escludere il rango costituzionale del principio del "giusto procedimento", pur tuttavia "...questo principio, però, in determinati settori, in collegamento con le regole della ragionevolezza e le norme sulla tutela del lavoro, ad es., può acquisire immediata rilevanza costituzionale"⁶³.

Ciò è particolarmente evidente nella cospicua giurisprudenza in materia di procedimenti amministrativi disciplinari, o comunque di procedimenti volti all'adozione di provvedimenti afflittivi nei confronti di determinati soggetti (per lo più appartenenti ad ordinamenti sezionali)⁶⁴.

A proposito dell'erogazione della sanzione amministrativa della cessazione della ferma per motivi disciplinari, la Corte ha ritenuto costituzionalmente illegittime le norme

che prevedevano la possibilità di comminazione della stessa al di fuori della garanzia di un apposito procedimento ove fosse consentito all'incolpato di rappresentare la propria posizione, o la propria prospettazione dei fatti contestati, avvalendosi dell'assistenza di un difensore⁶⁵. E alla declaratoria di illegittimità si è arrivati non solo in virtù della constatazione di un *vulnus* al principio di eguaglianza, sotto il profilo della razionalità, essendo un procedimento previsto per altre sanzioni disciplinari, ma anche adducendo - ciò che qui più conta - la lesione dei principi dell'imparzialità e del buon andamento della funzione amministrativa. Il fatto cioè che, laddove a seguito di un'inchiesta disciplinare emergano elementi tali da condurre alla cessazione del rapporto di impiego con l'amministrazione d'appartenenza l'ordinamento preveda "...il giudizio di una Commissione di disciplina che garantisca un giusto processo e l'assistenza di un difensore...", è considerato dalla Corte istituto funzionalmente collegato all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione, e pertanto istituto che non vi è ragione di escludere per l'amministrazione militare, soggetta anch'essa all'art. 97 Cost..

Nel solco della sentenza citata, ma con argomentazioni forse ancora più significative per il tema della nostra indagine, la pronuncia che dichiara illegittima la norma che non consente al militare sottoposto a procedimento disciplinare di nominare difensore un militare non appartenente all'ente di appartenenza⁶⁶. In questa circostanza

⁶³ A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico. Casi e materiali*, Giuffrè, Milano, 1999, 337.

⁶⁴ C. PINELLI, *op. cit.*, 65.

⁶⁵ Corte costituzionale 18 gennaio 1991, n. 17, in *Giur. cost.*, 1991, I, 106 e ss.

⁶⁶ Corte costituzionale 5 febbraio 1992, n. 37, in *Giur. cost.*, 1992, I, 206 e ss. La obbligata scelta del difensore nell'ambito del medesimo ente d'appartenenza non garantisce l'indipendenza e l'autonomia del difensore stesso, ed espone il difensore a condizionamenti negativi che possono derivargli dal proprio ambiente di lavoro in considerazione del mandato svolto. Ciò si traduce nella ineffettività del diritto di difesa che compete all'incolpato ex art. 24 Cost.; vedi anche R. NANIA, *Spunti in tema di potere disciplinare e diritto alla difesa*, nota a Corte costituzionale 5 febbraio 1992, n. 37, in *Giur. cost.*, 1992,

il giudice *a quo* (T.A.R. Liguria) esplicitava con estrema chiarezza che la mancata previsione di regole procedurali idonee "...ad assicurare un'esatta valutazione degli interessi coinvolti nella decisione da adottare" si risolve(va) in una lesione del principio dell'imparzialità amministrativa, inteso, evidentemente, nell'accezione di tipo oggettivo che la dottrina citata ha così magistralmente elaborato.

È interessante rilevare che, a seguito dell'intervento del Presidente del Consiglio dei ministri nel senso del rigetto della questione, l'Avvocatura dello Stato predicava l'improprio richiamo dell'art. 97, giacché "...il procedimento disciplinare in esame deve rispondere a criteri di economicità e di rapidità, sicché dare la possibilità al militare inquisito di scegliere il proprio difensore al di fuori dell'ente di appartenenza significherebbe rallentare lo svolgimento del procedimento medesimo e far venire meno il requisito dell'immediatezza che gli è proprio". In effetti di fronte alla Corte si fronteggiavano due concezioni diametralmente opposte dei principi di imparzialità e buon andamento, due interpretazioni che, nel caso di specie, conducevano a soluzioni del tutto divergenti, ma che presentavano entrambe un certo qual collegamento con il piano dei valori costituzionali, la cui ponderazione prudente veniva così rimessa al giudizio del giudice delle leggi, secondo il noto criterio decisorio del bilanciamento⁶⁷. Non è infatti scorretto ritenere che il principio del buon andamento contenga in sé anche l'esigenza di economicità e speditezza dell'azione amministrativa, come peraltro l'art. 1 della legge n. 241/1990 pare avere esplicitato, ma, a meno di non ritenere che l'art. 98 rechi in sé un'insanabile contraddizione, è evidente che le esigenze descritte dall'Avvocatura dello Stato non costituiscono l'unico contenuto del principio invocato. Nell'amministrazione di prestazione, il principio del buon andamento conduce probabilmente a ritenere prevalente il profilo dell'efficienza della prestazione del bene o del servizio reso al cittadino-utente, mentre nell'amministrazione di regolazione sembra piuttosto doversi ritenere che il principio spinga nel senso di una doverosa acquisizione e prudente ponderazione degli interessi coinvolti nel procedimento, in un'accezione pertanto molto vicina a quella del principio di imparzialità in senso oggettivo. Qui, di fronte alla pubblica amministrazione procedente non vi è un cittadino utente, ma un "cittadino-suddito", sottoposto all'imperatività e all'esecutorietà del provvedimento finale. E la Corte costituzionale, aderendo all'impostazione suggerita dal giudice *a quo*, non ha mancato di avvertire come insufficiente, a fronte del potere di irrogare un provvedimento affittivo, l'argomento del pericolo di "rallentamento".

Se, dunque, la Corte costituzionale non ha mancato di predicare l'applicabilità dell'art. 97 ai procedimenti amministrativi disciplinari, garantendo pertanto copertura

n. 2, 1513 e ss., e C. PINELLI, *op. cit.*, 67; G. MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della costituzione*, in *Foro amm. TAR*, fasc.7-8, 2007, 2707 e ss.

⁶⁷ Individua nell'esistenza in Costituzione di norme "...in qualche senso, antagonistiche.." la necessità della ponderazione comparativa e del bilanciamento tra interessi "...costituzionalmente avvalorati..." A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1997, 246. Sul tema della ragionevolezza vedi anche G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000.

costituzionale all'istituto del contraddittorio quantomeno in quel contesto, un ulteriore significativo aggancio costituzionale è stato da essa rinvenuto nell'art. 24 Cost., che ipostatizza, com'è noto, il diritto di difesa, e che viene tradizionalmente riferito ai soli procedimenti giurisdizionali.

All'atto infatti di sancire l'incostituzionalità della norma che consentiva, in via automatica e senza la previsione di un adeguato procedimento, la declaratoria di decadenza dall'incarico di componente la Commissione tributaria, per sopravvenuta mancanza di uno dei requisiti di legge (nel caso di specie, la "buona condotta"), la Corte ha ritenuto che il principio di cui all'art. 24 debba essere considerato applicabile anche ai procedimenti amministrativi, in quanto "...principio generale avente preciso rilievo costituzionale (...), soprattutto quando si determini una *deminutio* di situazioni giuridiche soggettive..."⁶⁸.

Nello stesso senso la giurisprudenza costituzionale relativa ai procedimenti disciplinari dei liberi professionisti, che si esercitano nell'ambito dei relativi ordinamenti sezionali⁶⁹. La Corte disegna insomma il procedimento amministrativo come il luogo giuridico nel quale l'autorità decidente effettua la ponderazione degli interessi coinvolti che vengono pertanto, doverosamente e non graziosamente, acquisiti e valutati. E dato che la logica inevitabile delle attività di rappresentanza di interessi non tollera che l'interesse stesso sia rappresentato nel procedimento da altri che non il suo titolare, che tale rappresentanza debba avere luogo è questione che non attiene solo all'imparzialità amministrativa, ma anche al rispetto del diritto di difesa, soprattutto quando all'esito del procedimento si determina una *deminutio* della sfera giuridica soggettiva di taluno⁷⁰.

⁶⁸ Corte costituzionale 31 marzo 1994, n. 107, in *Giur. cost.*, 1994, I, 923 e ssg., 926.

⁶⁹ Con sentenza 18-21 gennaio 1999, n. 2 la Corte costituzionale ha avuto occasione di ribadire alcuni principi fondamentali in materia di esercizio della funzione disciplinare da parte degli ordini professionali.

Il tribunale di Prato aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 38 d.P.R. 27 ottobre 1953, n. 1068 (ordinamento della professione di ragioniere e perito commerciale) per contrasto con l'art. 3 Cost. (principio d'eguaglianza in senso formale e sostanziale). La Corte ha ritenuto la questione fondata e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 38 nella parte in cui prevede la radiazione di diritto dall'albo dei ragionieri che abbiano riportato condanne penali per taluni reati. Il punto di principio fondante la declaratoria di incostituzionalità attiene propriamente all'affermazione della necessità che le sanzioni destitutive nel campo delle professioni inquadrare in ordini o collegi professionali non vengano mai erogate in via automatica, ma sempre e comunque a seguito di un apposito procedimento disciplinare che consenta di adeguare la sanzione al caso concreto, secondo il principio di proporzionalità, e che consenta di ascoltare comunque le ragioni dell'interessato. La sentenza conferma quanto già espresso a suo tempo a proposito della destituzione di diritto del notaio (sent. n. 40/1990), e della radiazione dall'albo del dottore commercialista (sent. n. 158/1990).

I principi espressi dovrebbero essere applicabili anche alla legge professionale degli avvocati, che all'art. 42 prevede due ipotesi di sanzioni comminabili di diritto (radiazione e cancellazione dall'albo). Nell'unico precedente relativo a tale norma, la Corte costituzionale, di fronte alla questione di legittimità costituzionale sollevata da un Consiglio dell'ordine, considerò inammissibile la questione stessa, per difetto del requisito soggettivo (natura non giurisdizionale dell'organo rimettente), astenendosi pertanto dall'entrare nel merito (sent. 2 marzo 1990, n. 113).

⁷⁰ "Il provvedimento deve conseguire a un procedimento definito nel rispetto delle garanzie partecipative dell'interessato cui non può essere negato il diritto di rappresentare i propri interessi" (F. CASTIELLO, *Il*

Nello stesso solco, ma con una significativa implementazione in senso garantistico, si colloca la giurisprudenza costituzionale formatasi in materia di *spoils system* dei dirigenti pubblici. Nella sentenza del 23 marzo 2007, n. 104 la Corte, dopo aver rilevato che “il legislatore, proprio per porre i dirigenti (generali) «in condizione di svolgere le loro funzioni nel rispetto dei principi d'imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione [...], ha accentuato [con il d.lgs. n. 80 del 1998] il principio della distinzione tra funzione di indirizzo politico-amministrativo degli organi di governo e funzione di gestione e attuazione amministrativa dei dirigenti» (ordinanza n. 11 del 2002)” afferma altresì, nel paragrafo immediatamente successivo, che “agli stessi principi si riporta la disciplina del giusto procedimento, specie dopo l'entrata in vigore della l. 7 agosto 1990 n. 241 [...], come modificata dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15, per cui il destinatario dell'atto deve essere informato dell'avvio del procedimento, avere la possibilità di intervenire a propria difesa, ottenere un provvedimento motivato, adire un giudice”. La Corte conclude affermando che “l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione esigono che la posizione del direttore generale sia circondata da garanzie; in particolare, che la decisione dell'organo politico relativa alla cessazione anticipata dall'incarico del direttore generale di Asl rispetti il principio del giusto procedimento. La dipendenza funzionale del dirigente non può diventare dipendenza politica. Il dirigente è sottoposto alle direttive del vertice politico e al suo giudizio, ed in seguito a questo può essere allontanato. Ma non può essere messo in condizioni di precarietà che consentano la decadenza senza la garanzia del giusto procedimento”. Non a caso, la dottrina ha considerato tale pronuncia un “punto di arrivo del faticoso cammino della costituzionalizzazione del giusto procedimento”⁷¹.

Sulla stessa scia si colloca la sentenza 5 febbraio 2010, n. 34, dove la Corte dichiara inequivocabilmente la violazione dell'art. 97 Cost. ad opera dei “meccanismi di c.d. *spoils system*, ove riferiti a figure dirigenziali non apicali, ovvero a titolari di uffici amministrativi per la cui scelta l'ordinamento non attribuisce, in ragione delle loro funzioni, rilievo esclusivo o prevalente al criterio della personale adesione del nominato agli orientamenti politici del titolare dell'organo che nomina”, in quanto “pregiudicano la continuità dell'azione amministrativa, introducono in quest'ultima un elemento di parzialità, sottraggono al soggetto dichiarato decaduto dall'incarico le garanzie del giusto procedimento e svincolano la rimozione del dirigente dall'accertamento oggettivo dei risultati conseguiti”. Nella medesima sentenza, la Corte ha affermato altresì che: “il carattere automatico della decadenza dall'incarico del funzionario, in occasione del rinnovo dell'organo politico, viola l'art. 97 Cost. sotto due aspetti: da un lato, lede il principio del giusto procedimento, perché esclude il diritto del funzionario di intervenire nel corso del procedimento che conduce alla sua rimozione e di conoscere la motivazione di tale decisione; dall'altro lato, pregiudica i

principio del giusto procedimento. Dalla sentenza n. 13 del 1962 alla sentenza n. 104 del 2007 della Corte Costituzionale, in Foro amm. CdS, fasc.1, 2008, 269 e ss., 272).

⁷¹ F. CASTIELLO, *op. cit.*, 285

principi di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, in base ai quali le decisioni relative alla rimozione dei funzionari incaricati della gestione amministrativa, così come quelle relative alla loro nomina, debbono essere fondate sulla valutazione oggettiva delle qualità e capacità professionali da essi dimostrate⁷².

Seppur dunque affiancate anche a motivazioni riconducibili al piano della efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa, e dunque ad interessi pubblici di tono costituzionale propri dell'amministrazione, e non dei privati, emergono finalmente con chiarezza in questo segmento della giurisprudenza costituzionale le connessioni che legano la partecipazione al procedimento con il diritto di difesa delle proprie situazioni giuridiche soggettive. Il diritto di difesa come riferibile, dunque, anche ai procedimenti amministrativi, secondo una prospettiva molto vicina a quella del "dovuto procedimento legale", o del *due process of law* di cui al XIV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America⁷³.

Si tratta di risultati non definitivi ma certamente apprezzabili, anche se non sono mancate pronunzie che, successivamente ai risultati raggiunti e sopra succintamente descritti, sono sembrate riportare indietro le lancette del tempo, e ribadire ancora una volta che "il principio del giusto procedimento (in virtù del quale i soggetti privati dovrebbero poter esporre le proprie ragioni, e in particolare prima che vengano adottati provvedimenti limitativi dei loro diritti), non può dirsi assistito in assoluto da garanzia costituzionale"⁷⁴.

10. Giusto procedimento, giusto processo e diritto ad una buona amministrazione

⁷² Per una lucida analisi della giurisprudenza costituzionale in materia di *spoils system*, nel quadro degli orientamenti più generali in in tema di giusto procedimento, vedi F. G. COCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Dir. amm.*, fasc.1-2, 2012, 21 e ss.

⁷³ L'espressione "*due process of law*" non è di facile traduzione. "Un legittimo processo provato", lo chiamò Mario Pagano (cfr. G. VASSALLI, *Introduzione al tema*, in AA.VV., *Il giusto processo*, cit., 19). Il senso più profondo del concetto abbisogna di una traduzione più libera o quantomeno più diffusa, e probabilmente può consistere nella idea di una "regolare procedura legale resa nella forma dovuta". Sul tema, vedi anche J.R. PENNOCK, J.W. CHAPMAN, *Due process*, New York University Press, New York 1977, e M. Comba, *Riflessioni sul diritto al giusto procedimento negli Stati Uniti d'America*, in *Dir. soc.*, 1992, 269 ss. Sul tema, vedi J. K. PENNOCK, J. W. CHAPMAN, *Due process*, New York, 1977. Vedi anche M. COMBA, *Riflessioni sul diritto al giusto procedimento negli Stati Uniti d'America*, in *Dir. Soc.*, 1992, 269 ss.

⁷⁴ Corte cost. 30 aprile 2015, n. 71. La Corte, al paragrafo immediatamente successivo, afferma altresì: "Questa constatazione non sminuisce certo la portata che tale principio ha assunto nel nostro ordinamento, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), e successive modifiche, in base alla quale «il destinatario dell'atto deve essere informato dell'avvio del procedimento, avere la possibilità di intervenire a propria difesa, ottenere un provvedimento motivato, adire un giudice» (sentenza n. 104 del 2007)".

L'esito qui sostenuto e cioè la definitiva acquisizione del rango propriamente costituzionale del principio del "giusto procedimento", si fonda su di una interpretazione sistematica degli artt. 97 e 98 Cost., in funzione del collegamento dei principi di imparzialità e buon andamento con il principio democratico, la cui resa effettiva "...non dipende, infatti, solo dall'applicazione dell'istituto della rappresentanza politica, ma, anche, da un processo partecipativo all'elaborazione ed applicazione delle regole, improntato a criteri di correttezza e giustizia"⁷⁵; in altre parole, la "costituzionalizzazione del giusto procedimento è la tesi oggi più corretta sul piano dell'interpretazione; tuttavia essa non è ancora acquisita"⁷⁶.

Si tratta di un esito largamente condiviso in dottrina, ma le applicazioni giurisprudenziali continuano ad escluderlo⁷⁷.

⁷⁵ N. LONGOBARDI, *Costituzione, magistratura e amministrazioni*, cit., 61 ss., 71-72.

⁷⁶ Così N. LONGOBARDI, *Il sistema politico amministrativo e la riforma mancata*, Giappichelli, Torino 1999, 158. In questa monografia, ma anche in ID., *A dieci anni dalla legge n. 241 del 1990. Sulle implicazioni tra organizzazione ed attività amministrativa*, in *Cons. Stato*, 2001, 1545 e ss., 1547, lo studioso offre una interessante e assai critica ricostruzione dei rapporti tra la legge generale sul procedimento e gli sviluppi della legislazione successiva, con particolare riferimento al D. Lgs. n. 29 del 1993, recante la riforma del pubblico impiego. Tale riforma si fonderebbe su falsi presupposti: una acritica e ingiustificata assimilazione tra impresa privata e amministrazione; una separazione-distinzione tra politica e amministrazione sulla base della distinzione tra direzione e gestione, e/o tra fini e mezzi; e soprattutto, l'indifferenza del regime dell'organizzazione rispetto al regime dell'attività. Ma forse, la responsabilità maggiore del D. Lgs. n. 29/1993 starebbe proprio nell'aver "interferito assai negativamente" sulla vicenda applicativa della legge generale sul procedimento,

⁷⁷ La tesi del rango propriamente costituzionale del principio del giusto procedimento è maggioritaria in dottrina. Per Cavallaro "le qualificazioni « principio generale dell'ordinamento » e « principio costituzionale » non sono necessariamente alternative, perché la prima descrive il contenuto di una proposizione normativa, la seconda designa il rango, nel sistema delle fonti, della disposizione normativa che incorpora. In ultima analisi, appare una forzatura interpretare il principio del giusto procedimento come un principio generale dell'ordinamento al fine di sanzionare per illegittimità costituzionale una legge regionale che lo violi; sembra invece più logico ritenere che il vizio di legittimità costituzionale della legge regionale, come della legge statale, discenda direttamente dalla violazione di un principio costituzionale" (M. C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro Amm.*, fasc.6, 2001, 1829 e ss., 1837). Manfredi richiama l'insegnamento di Feliciano Benvenuti, per il quale la partecipazione al procedimento amministrativo è funzionale alla attuazione dei precetti costituzionali «secondo cui la sovranità appartiene al popolo e tutti i cittadini devono poter effettivamente partecipare all'organizzazione del paese» (G. MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in *Foro amm. TAR*, fasc.7-8, 2007, 2707 e ss., 2709-2710). Per Bellavista, "nonostante la Costituzione non contenga una disposizione che esplicita il principio del giusto procedimento [...] non è possibile affermare che esso non sia costituzionalizzato. In primo luogo, perché non è necessario [...] che un principio debba essere enunciato formalmente per essere un principio costituzionale; esso può ben essere contenuto nella c.d. costituzione materiale. Non a caso, il Giudice delle legge negli ultimi anni, cambiando orientamento, ha affermato che la legge n. 241 del 1990 non solo attua i principi di buon andamento ed imparzialità, ma addirittura quello di difesa nei confronti della pubblica amministrazione (ricavabile dagli artt. 24 e 113 Cost.). In secondo luogo, il comma 2-bis dell'art. 29 della legge n. 241 del 1990 (come introdotto dall'art. 10, 1° comma, lett. b, n. 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69) ha stabilito che le norme di procedura attinenti alla partecipazione (quindi al contraddittorio) attengono ai livelli essenziali di protezione dei diritti civili, ai sensi dell'art. 117 Cost.". (M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.2, 2011, 596 e ss., 640). Secondo Gagliardi il rango costituzionale del principio del giusto procedimento sarebbe acquisito. Richiama in proposito la sentenza n. 182 del 2008 della Corte Costituzionale, in cui si afferma che i "principi che ispirano la disciplina del « patrimonio costituzionale comune » relativo al procedimento

Se si passa dall'analisi della giurisprudenza costituzionale a quella amministrativa, il panorama è ancora meno soddisfacente, e talvolta segnala degli incomprensibili ritorni all'indietro.

Qualche anno fa, il Consiglio di Stato, decidendo sulla "legificazione" regionale di un provvedimento amministrativo per il quale era pendente ricorso giurisdizionale, ha correttamente richiamato la giurisprudenza costituzionale che ha assegnato "alla pendenza di una controversia avente ad oggetto un atto amministrativo la valenza di limite specifico all'esercizio della funzione legislativa relativa a leggi in sostituzione di provvedimento" (Corte cost. 20 novembre 1995, n. 492), e perfino la chiara giurisprudenza costituzionale per la quale i diritti di difesa, a fronte di una legificazione del provvedimento, si trasferiscono dalla giurisdizione amministrativa a quella costituzionale, dove possono essere valutati alla luce del canone della ragionevolezza delle scelte legislative (Corte cost. 16 febbraio 1993, n. 62). Eppure, nonostante la corretta indicazione del quadro di riferimento sistematico, il giudice amministrativo ha ritenuto non solo di respingere nel merito le pretese del ricorrente che aveva fatto valere la lesione del diritto di difesa dovuta alla plurima legificazione del provvedimento, ritenendo minoritario e inconferente al caso di specie il pur esistente indirizzo con la quale la Corte costituzionale ha affermato il diverso principio della sindacabilità di un atto amministrativo, nonostante la sua sopravvenuta approvazione con legge regionale⁷⁸, ma ha anche compiuto una delicata operazione di ponderazione tra l'esigenza di protezione del diritto di difesa (evidentemente considerata recessiva) e l'esigenza di contenere la spesa sanitaria con una più oculata articolazione della rete ospedaliera regionale⁷⁹. In buona sostanza il Consiglio di Stato si è sostituito nel caso di specie al giudice delle leggi, cui probabilmente avrebbe dovuto rimettere gli atti, accogliendo l'eccezione di incostituzionalità sollevata dalla difesa dell'appellante. Una scelta poco comprensibile, specie se si considera che, nella stessa decisione, era stato

amministrativo" impongono che siano garantiti all'interessato "alcuni essenziali strumenti di difesa, quali la conoscenza degli atti che lo riguardano, la partecipazione alla formazione dei medesimi e la facoltà di contestarne il fondamento e di difendersi dagli addebiti" (nello stesso senso Corte Cost., 17 marzo 2006, n. 104; Corte Cost., 3 novembre 2000, n. 460)" (B. GAGLIARDI, *Intervento nel procedimento amministrativo, giusto procedimento e tutela del contraddittorio*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.2, 1 giugno 2017, 373 e ss., 387-388, in nota 42). Di diverso avviso Maria Alessandra Sandulli, per la quale "il principio del giusto procedimento, pur se non trova diretta garanzia costituzionale, costituisce importantissimo corollario del principio di buona amministrazione" (M. A. SANDULLI, *La comunicazione di avvio del procedimento tra forma e sostanza, spunti dai recenti progetti di riforma*, in *Foro amm. TAR*, fasc.5, 2004, 1595 e ss., 1596).

⁷⁸ Corte cost., 11 giugno 1999, nn. 225-226, in *Giur. cost.*, 1999, 2005 ss., e 2024 ss.

⁷⁹ Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2004, n. 1559, in *Foro amm.* 2004, 795 ss. I provvedimenti in questione erano le delibere della Giunta regionale pugliese n. 2087/2001 e n. 1429/2002 relative alla gestione del servizio sanitario locale e alla definizione di un nuovo assetto della rete ospedaliera regionale. In particolare, la questione più controversa riguardava la soppressione di un presidio ospedaliero collocato nel Comune di Terlizzi e il trasferimento nel territorio di altro Comune. Per ben due volte, la Regione inibiva la prosecuzione del ricorso nel frattempo presentato, la prima con legge regionale 9 dicembre 2002, n. 20, che comportava la sopravvenuta improcedibilità del ricorso di fronte al TAR Puglia, la seconda con legge 7 gennaio 2004, n. 1, che entrava in vigore in concomitanza con la pendenza del giudizio di appello presso il Consiglio di Stato.

correttamente rilevato come “i diritti di difesa del cittadino, in caso di sopravvenuta approvazione con legge di un atto amministrativo lesivo dei suoi interessi, non vengono sacrificati, ma si trasferiscono, secondo il regime di controllo proprio del provvedimento normativo *medio tempore* intervenuto, dalla giurisdizione amministrativa alla giustizia costituzionale”, per cui “il sistema di tutela segue la natura giuridica dell’atto contestato, sicché la legge-provvedimento, ancorché approvativa di un atto amministrativo, può essere sindacata, previa intermediazione del giudice remittente, solo dal suo giudice naturale: la Corte costituzionale”. “Prevvia intermediazione del giudice remittente”, appunto, che dovrebbe pertanto consentire la ponderazione degli interessi costituzionalmente rilevanti nella sede più opportuna, e non sostituirsi alla missione del giudice delle leggi.

Su questo complesso quadro, variegato di luci e di ombre, è intervenuta alcuni anni or sono la riforma costituzionale del “giusto processo”, che ha modificato l’art. 111 Cost.

La riforma è stata in qualche modo anche provocata dalle diverse pronunzie della Corte costituzionale che avevano di fatto destrutturato il modello accusatorio del nuovo codice di procedura penale, suscitando aspre reazioni di talune parti politiche e degli organismi di rappresentanza degli avvocati⁸⁰, ma forse presenta una portata generale che va ben oltre il processo penale. Il nuovo art. 111 Cost. plasma infatti tutti i procedimenti giurisdizionali, di natura anche civile, amministrativa o tributaria⁸¹.

Vi è da chiedersi se la codificazione in Costituzione del principio del contraddittorio, anche se espressamente riferito al (solo) procedimento giurisdizionale, non comporti delle conseguenze anche sul quadro di principi vigenti in tema di procedimento *tout court*⁸².

⁸⁰ Mi sia consentito di citare, sollecitato dall’andamento dell’esposizione, un episodio di “politica degli interessi”. Dopo la sentenza della Corte costituzionale 2 novembre 1998, n. 361 (in *Giur. cost.*, 1998, 3083-3189, con osservazioni di M. SCAPARONE, G. GEMMA, R. PELLATI, N. ZANON, P. VENTURA; per una lettura critica della controversa giurisprudenza costituzionale in materia, vedi V. CAIANIELLO, *Riflessioni sull’art. 111 della Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 42 ss.), i penalisti italiani effettuarono una prolungata astensione collettiva dalle udienze, che provocò tra l’altro un duro intervento del Capo dello Stato, Oscar Luigi Scalfaro. Il giorno 5 novembre 1999, a Cagliari, in occasione di una seduta itinerante del Consiglio nazionale forense, alla quale avrebbe partecipato anche il Ministro della giustizia, il prof. Giuseppe Frigo, allora presidente dell’Unione Camere penali italiane (UCPI), rilevando i numerosi rinvii della calendarizzazione in aula del giusto processo, minacciò l’indizione di un’altra clamorosa astensione generale dalle udienze. Cinque giorni, dopo, appunto, la Camera approvò definitivamente la riforma.

⁸¹ Per le prime valutazioni circa l’impatto del nuovo art. 111 Cost. sul processo amministrativo, vedasi E. PICOZZA, *Il “giusto” processo amministrativo*, in *Cons. St.*, 2000, 1061 ss, e poi, dopo la riforma operata con la legge 21 luglio 2000, n. 205, L.P. COMOGLIO, *La riforma del processo amministrativo e le garanzie del “giusto processo”*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 633 ss.

⁸² “Non sarebbe la prima volta che disposizioni tipiche del diritto penale trovino applicazione analogica nell’ambito dell’attività amministrativa: si pensi, a titolo esemplificativo, all’analogia individuata dalla dottrina e accolta dal legislatore nella l. 24 novembre 1981 n. 689, tra illecito amministrativo e illecito penale” (M. C. CAVALLARO, op. cit., 1829 e ss., 1836, in nota 23. Per Gian Candido De Martin, “d’altra parte il giusto procedimento amministrativo fa logicamente il paio con il giusto processo, espressamente ora sancito in Costituzione, a seguito di una riforma del 1999” (G. C. De MARTIN, *L’amministrazione*

In precedenza abbiamo già constatato come il dibattito sulla tematica della partecipazione al procedimento amministrativo si sia alimentata per molto tempo solo sulla base dell'esile riferimento normativo di cui all'art. 3 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, che codificava il diritto al contraddittorio per i ricorsi amministrativi. Ad avviso di chi scrive, l'assonanza evidente tra le espressioni giusto processo e giusto procedimento può forse celare qualche spunto interpretativo utile, ai fini della presente indagine. Innanzitutto se si ha riguardo al retroterra culturale, e alla cornice di riferimento storico-giuridica, largamente comune ai due principi. Non vi è dubbio, infatti, che il corrispondente logico-giuridico del "giusto processo" nel panorama anglosassone, e cioè il richiamato concetto di *due process of law*, sia in quel contesto ordinamentale principio afferente anche le sfere del diritto sostanziale, oltre che di quello processuale, e indichi proprio un modo di porsi del pubblico potere che non si esaurisce certo nelle dinamiche processualpenalistiche, e pare piuttosto estendersi a tutte le modalità di decisione pubblica che comportano o possono comportare una diminuzione delle sfere giuridiche soggettive dei cittadini⁸³. È in fondo uno dei contenuti più qualificanti e ricco di implicazioni della *Magna Charta*, nella quale il giudice della Corte suprema americana William Johnson riconobbe l'intento di "mettere il singolo al riparo dall'arbitrario esercizio dei poteri dello Stato, non frenato dai principi che si sono consolidati sui diritti individuali e sul carattere distributivo della giustizia"⁸⁴.

È proprio il riferimento al tema della giustizia quello che accomuna i due principi del giusto procedimento e del giusto processo. La giustizia, è stato correttamente osservato, non è affatto preclusa alla dimensione amministrativa, anzi si qualifica come orizzonte di riferimento in grado di orientare in senso più conforme al principio democratico l'irrinunciabile principio di legalità, integrandolo in un superiore concetto di "legalità-giustizia"⁸⁵. E ciò a maggior ragione allorché l'amministrazione si sposta sempre più da un modello di mera esecuzione della legge ad una funzione più delicata di regolazione e composizione degli interessi, allorché deve "decidere in modo relativamente autonomo i conflitti e i contrasti tra interessi diversi"⁸⁶.

pubblica e la Costituzione, in www.amministrazioneincammino.it, intervento programmato al convegno MEIC su "Cattolicesimo italiano e riforme costituzionali", Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 5/6 maggio 2006, 6).

⁸³ G. VASSALLI, *Introduzione*, cit., ricorda come il *due process of law* compaia per la prima volta in una legge inglese del 1335, sotto il regno di Edoardo III, che stabiliva come nessun uomo, di qualsiasi stato o condizione, potesse essere espulso dalle sue terre o dai suoi possedimenti, né detenuto o diseredato o mandato a morte, senza essere chiamato ad esprimere la sua posizione nell'ambito appunto di un regolare procedimento legale.

⁸⁴ L'opinione del giurista americano è riportata in G. VASSALLI, *Introduzione*, cit., 19.

⁸⁵ M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema della legge generale sul procedimento amministrativo)*, in AA.VV., *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Formez, Napoli 1981, 31 ss.

⁸⁶ G. AZZARITI, *Il ruolo dell'amministrazione pubblica nella società italiana attuale: le tendenze strutturali in atto e gli effetti della legge sul procedimento nel rapporto fra amministrazioni e società*, in ID., *Forme e soggetti*, cit., 99 ss., 111.

In questa prospettiva, la ricostruzione qui proposta trova conforto anche nella Carta europea dei diritti fondamentali, e cioè al più alto livello delle fonti europee, nel testo normativo maggiormente carico di implicazioni assiologiche, recante la trama di valori fondamentali comuni che devono orientare l'azione dei pubblici poteri dell'Unione e degli Stati membri⁸⁷. Non è possibile in questa sede approfondire ulteriormente il punto, ma basti qui segnalare come il diritto ad una "buona amministrazione", codificato dall'art. 41 della Carta, preveda tra i suoi contenuti irrinunciabili il "diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio" (art. 41, par. 2, Carta cit.)⁸⁸. E attenta dottrina non ha mancato di evidenziare come, in quei particolari procedimenti amministrativi che sono i procedimenti sanzionatori, le violazioni procedurali del contraddittorio comportano la lesione del diritto inviolabile alla difesa, e dovrebbero sempre produrre la illegittimità del provvedimento finale, con la conseguenza che gli orientamenti purtroppo prevalenti nella giurisprudenza italiana si rivelano sotto questa prospettiva del tutto insufficienti, oltre che manifestamente fuori asse rispetto alla giurisprudenza europea⁸⁹.

La riflessione in ordine alla riforma costituzionale del giusto processo ci ha consegnato, tra gli altri risultati, un necessario approfondimento dell'attributo "giusto", che mi pare assai utile anche trasposto alla tematica del procedimento. "Processo giusto è innanzitutto quello che serve alla tutela dei diritti e degli interessi (art. 24 Cost.): ossia un processo adeguato allo scopo per cui è destinato"⁹⁰. Parafrasando questa efficace definizione funzionalistica, potremmo dire che un giusto procedimento è tale quando assicura la corretta tutela dell'interesse pubblico attraverso una attenta ed accurata acquisizione e valutazione degli interessi coinvolti dalla vicenda procedimentale, e quando ne sappia assicurare una adeguata ponderazione alla luce di una superiore esigenza di equità, conformemente al principio democratico.

⁸⁷ Cfr. P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino 2010, 169.

⁸⁸ In tema, vedi P. PIVA, *Commento all'Art. 41*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè editore, Milano 2017, 753 e ss.

⁸⁹ Cfr. S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Editoriale scientifica, Napoli 2017, spec. 332 e ss.

⁹⁰ G. CORSO, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo amministrativo. Profili generali*, in AA.VV., *Il giusto processo*, Roma 2003, atti del convegno tenutosi presso l'Accademia nazionale dei Lincei, 28 e 29 marzo 2002, spec. interventi di CAIANIELLO, CORSO, TRAVI, 17 ss., 51 ss., 61.